

Mario Castillo Freyre
Verónica Rosas Berastain

cuatro de temas hoy



Derecho & Sociedad
Asociación CMI

4 TEMAS DE HOY

MARIO CASTILLO FREYRE
VERÓNICA ROSAS BERASTAIN



Asociación Civil integrada por estudiantes de la
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad
Católica del Perú
Lima, 2005

4 TEMAS DE HOY

Primera edición, abril del 2005
Tiraje, 500 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, Verónica Rosas Berastain, 2005

© Derecho y Sociedad. Asociación Civil, 2005

Diseño de cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: Editorial e Imprenta DESA S.A.

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los autores.

ISBN: 9972-2569-0-1
Hecho el depósito legal: 2005-2225

Impreso en el Perú – Printed in Peru

CONTENIDO

Palabras liminares	9
La firma en los actos jurídicos <i>Mario Castillo Freyre</i>	11
Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante <i>Mario Castillo Freyre</i>	29
Doce razones para pensar lo bien (a propósito de la antigua –y muy reiterada– aspiración de que la propiedad inmueble se transfiera con la inscripción en el registro) <i>Mario Castillo Freyre</i>	65
La atomización de la responsabilidad civil (o cómo el mundo moderno ha desechado la unificación de la responsabilidad civil) <i>Mario Castillo Freyre</i> <i>Verónica Rosas Berastain</i>	91

PALABRAS LIMINARES

Constituye para mí motivo de honda satisfacción el que *Derecho y Sociedad*, asociación integrada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú haya acogido de buen grado la publicación de esta obra en la que se recogen cuatro ensayos sobre diversos temas de Derecho Civil, los mismos que tienen como común denominador el haber sido publicados o estar en camino de publicación en diversas revistas jurídicas.

El primero de ellos titulado *La firma en los actos jurídicos*, constituye el trabajo que preparé en el año 2003 para un evento organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en homenaje a quien fuera su ex Decano y amigo mío, el Doctor José León Barandiarán Hart, al cumplirse el primer año de su fallecimiento y representa el relato de una experiencia vivida hace veinte años, que siempre quise compartir con los demás, en torno a uno de los temas que a pesar de ser de la mayor importancia, no ha merecido el tratamiento doctrinario que dicha importancia amerita: la firma.

El segundo trabajo, titulado *Plazo prescriptorio de la acción de ineeficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante*, es fruto de una experiencia profesional vivida como abogado de parte en un proceso arbitral, en donde tuvimos la oportunidad de explorar diversos temas que generalmente pasan desapercibidos en doctrina, como es el caso de la interpretación de los plazos prescriptores, materia que, sin embargo, reviste notable importancia en la vida profesional.

En el tercer trabajo, *Doce razones para pensar lo bien...*, reflexiono con mucha preocupación sobre los serísimos problemas de orden práctico que todavía existen en el Perú para poder implementar la modificación legislativa referida a que el registro

sea constitutivo de derechos, especialmente en lo que respecta a la transferencia de propiedad inmueble.

Y en el cuarto trabajo, *La atomización de la responsabilidad civil*, intentamos exponer una nueva teoría en torno a cómo el mundo moderno ha desechado la pretendida unificación de la responsabilidad civil, tesis esta última, que pareció ser la predominante durante la segunda mitad del siglo XX.

Pero este libro representa para mí una enorme satisfacción adicional, en la medida que una de mis mejores alumnas de todos los tiempos, Verónica Rosas Berastain, hoy Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y —de seguro— muy pronto abogada, participa en él como coautora, pues ha colaborado conmigo dándome valiosas ideas en el ensayo titulado *Doce razones para pensar lo bien...*, y ha escrito junto a mí la *Atomización de la Responsabilidad Civil*.

Verónica es, además, asistente legal en mi Estudio de Abogados y ha sido invitada para incorporarse como abogada asociada, apenas obtenga tal título.

Sin duda, ella tiene mucho mérito, en la medida que no resulta común que alguien sea coautor de un libro antes de haberse titulado de abogado.

Antes de finalizar estas palabras, reitero mi mayor gratitud a *Derecho y Sociedad*, cuyo permanente esfuerzo permite desde hace tres lustros que publiquen la Revista del mismo nombre, y hoy lo hagan con este libro, el primero que aparece bajo su sello editorial.

Lima, febrero del 2005.

Mario Castillo Freyre

LA FIRMA EN LOS ACTOS JURÍDICOS*

Mario Castillo Freyre

SUMARIO:

1. *Introducción*
2. *Noción de firma*
3. *Funciones de la firma dentro de la teoría de los actos jurídicos*
4. *Validez probatoria de la firma*
5. *Problemática que encierra*
6. *Para concluir*

1. INTRODUCCIÓN

En octubre de 1985, precisamente el día que empecé a realizar mis prácticas pre-profesionales en un antiguo Estudio de Abogados, uno de los socios, hijo del dueño del Estudio, me encomendó realizar unos trámites en el Departamento de Valores de un Banco en el centro de Lima.

Fui al Banco y entregué la documentación respectiva al Jefe de la Sección, quien luego de revisarla me dijo que había un problema, pues los documentos, a pesar de corresponder al hijo del dueño del Estudio, habían sido firmados por su padre. Ambos, dicho sea de paso, tenían el mismo nombre.

Me sentí muy contrariado y con el fastidio de tener que volver al Estudio luego de un primer trámite infructuoso, pues tal vez ha-

* Este trabajo constituye la ponencia expuesta por el suscrito con fecha 11 de noviembre de 2003 en el marco del Congreso Internacional de Derecho Civil que organizó la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, en homenaje a quien fuera su Decano, el Señor Doctor José León Barandiarán Hart, querido y apreciado por todos los que lo conocimos y con quien me unía una amistad heredada, que iniciaron su padre y mi abuelo Juan Lino Castillo Vargas.

bía sido culpa mía el no verificar la diversidad entre la persona y la firma estampada en el documento.

Pero grande fue mi sorpresa cuando al poner en conocimiento del abogado joven lo que acababa de decirme el Jefe de Valores del Banco, me indicó que el error era del funcionario y no suyo, pues tanto él como su padre tenían la misma firma.

Acto seguido, procedió a mostrarme la firma de su padre y compararla con la suya, para que yo viera que ambas eran idénticas.

Nunca había visto un caso así, en el cual dos personas tuvieran la misma firma y no por coincidencia, sino de manera deliberada. De inmediato empecé a hurgar entre las normas legales y constaté que no existía dispositivo alguno que impidiera una situación como esa.

Esta fue mi primera experiencia jurídica en torno a la firma y desde ese momento tuve la sensación de que poco o nada sabía sobre este tema y que sobre el mismo no trataban las leyes ni los Códigos.

Cinco años más tarde, en 1990, fui a retirar un dinero de mi cuenta de ahorros en un Banco.

Firmé la papeleta de retiro (pues en esa época todavía no existían las claves digitales), me entregaron mi dinero, lo puse en mi billetera y cuando estaba a punto de salir de la agencia, me dio el encuentro el Administrador, diciéndome que la señorita que me entregó el dinero no debió haberlo hecho, pues la firma que yo había estampado en la papeleta de retiro no correspondía a la de mi Libreta Electoral.

Me pidió que por favor volviese a llenar otra papeleta con la misma firma de la Electoral, para no tener ningún problema.

Así lo hice, pero luego de ensayar en más de diez papeletas distintas, todos constatamos que no podía hacer la misma firma de la Electoral, pues mi firma había cambiado notablemente.

Ella, antes era más alta y con mayores trazos; la nueva era más alargada, con menos trazos y marcas más firmes.

El Administrador entró en pánico y no quería que abandonara el local.

Le dije que, ante tanto problema, iba a registrar otra firma, que no era ni la vieja ni la nueva, sino mi nombre completo de puño y letra.

Exclamó que eso era imposible, que necesariamente tenía que hacer la firma de la Electoral.

Le repliqué en el sentido que eso no era posible, pues esa ya no era mi firma y que tampoco iba a hacer la nueva, porque en realidad no estaba convencido de ella y quería cambiarla, pero no sabía todavía cuál iba a ser mi firma definitiva.

Un poco aturdido, el Administrador me pidió que pasara a su oficina y llamáramos al Departamento Legal de la sede central del Banco.

Luego de intercambiar ideas con tres abogados, todos ellos convinieron en que más allá de tratarse de un asunto exótico, no había ningún impedimento legal para que yo procediera de esa forma, de modo tal que acto seguido registré mi nombre escrito de puño y letra, como nueva firma oficial ante dicha institución financiera.

Así, en ese instante pasé a tener tres firmas, todas ellas distintas, ninguna de las cuales es hoy en día mi firma: aquella que constaba en el Registro Electoral, aquella otra que empleaba para todos mis actos cotidianos y, por último, la firma que sólo tenía vigencia frente al citado Banco.

Más allá de lo extraño de la situación, lo cierto era que mis tres firmas tenían pleno valor jurídico. Total, lo importante era que las tres eran hechas por mí y representaban mi expresión de voluntad.

Estas dos anécdotas, que corresponden a épocas ya lejanas, despertaron en mí el interés sobre el tema de la firma y confieso que siempre quise escribir sobre él, pero mis investigaciones sobre Obligaciones y Contratos me impidieron dedicarle unos días y escribir sobre esta materia.

Así, cuando recibí la generosa invitación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, formulada especialmente por los Doctores Oswaldo Hundskopf, Enrique Varsi y Gustavo Portocarrero, acepté de inmediato, proponiéndoles desarrollar el tema de la firma en los actos jurídicos, en el marco de este evento organizado en homenaje a quien fuera nuestro común amigo, el Doctor José León Barandiarán Hart, con quien me unía una amistad heredada, iniciada por su padre, el maestro León, y por mi abuelo Juan Lino.

En nuestro país recién se empezó a hablar acerca de la firma con ocasión de la entrada en vigencia, hace algunos años, de la Ley de Firmas y Certificados Digitales, Ley N° 27269, la cual tiene por objeto, de acuerdo a lo establecido en su artículo 1, regular la utilización de la firma electrónica, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

Todos hemos sido testigos de lo mucho que se ha hablado y sigue hablando en nuestro país acerca de la firma digital, sobre todo a raíz de la entrada en vigencia de la citada Ley.

Lo curioso e irónico del caso es que nuestro ordenamiento legal no regula cuáles son los efectos jurídicos de la firma ológrafo o manuscrita. Nos preocupamos tanto por saber sobre la firma digital y, sin embargo, ignoramos los alcances de la firma ológrafo, que es la absolutamente mayoritaria.

Sucede que la firma manuscrita es un tema que damos por terminado, suponemos que sabemos todo sobre él y no nos cuestionamos nada cuando en realidad hay mucho que cuestionar. La firma, como veremos en unos minutos, resulta ser un tema valioso dentro de la teoría del Derecho de Personas y con profunda raigambre en el mundo de los actos jurídicos y de los contratos.

Partiendo de estas premisas, abordaremos primero la noción de firma, para luego revisar cuáles son las funciones que cumple y comprender así su valor. De igual manera, trataremos algunos de los problemas que se plantean como consecuencia del silencio normativo al que hemos hecho mención.

2. NOCIÓN DE FIRMA

Una de las principales dificultades radica en precisar la función de la firma en los instrumentos privados.

En el Derecho Argentino la formalidad escrita de los actos jurídicos, está ligada indisolublemente al requisito de la firma, considerando como tal al conjunto de escrituras o signos puestos de puño y letra del emisor de voluntad, en la forma en que habitualmente suscribe y otorga validez a sus actos.

El artículo 1012 del Código Civil de ese país, uno de los pocos cuerpos normativos que regulan el tema, expresa que «La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto

bajo forma privada. Ella no puede ser reemplazada por los signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos».

Tal norma, en la que se otorga a la firma la categoría de requisito legal de todo acto jurídico privado, no debe ser leída ni interpretada de manera aislada, sino conforme al artículo 1014 del mismo cuerpo sustantivo, precepto que establece que «Ninguna persona puede ser obligada a reconocer un instrumento que esté sólo firmado por iniciales o signos; pero si el que así lo hubiese firmado lo reconociera voluntariamente, las iniciales o signos valen como la verdadera firma».

Nuestra legislación, como ya hemos comentado, no realiza estas precisiones, por lo que es necesario valernos del sentido común y de lo que indica la costumbre en materia contractual.

Si bien una revisión histórica nos permite aseverar que la firma manuscrita u ológrafo no ha sido la única forma de dar autenticidad a los documentos, en tanto fueron utilizados otros procedimientos, ella ha representado y representa aún, el instrumento por excelencia a través del cual la manifestación de voluntad de los sujetos queda legitimada y corroborada.

De esta manera, para saber si un documento fue emitido por un individuo, para conocer la relación que existe entre el documento y el individuo legalmente, o al menos por la práctica común, se procede a estampar la firma autógrafo.

De esta noción general que acabamos de esbozar, es posible extraer como primera conclusión que la firma manuscrita implica, ineludiblemente, la intervención directa del agente que coloca con su puño y letra su nombre y/o apellidos, generalmente acompañados de una rúbrica, al pie de un escrito.

A esta primera inferencia es necesario realizar ciertas anotaciones.

En primer lugar debemos señalar que si bien regularmente la firma lleva el apellido o los apellidos del signatario; ello no constituye un requisito de rigor, si el hábito constante de la persona no es firmar de esta manera.

La firma puede –incluso– ser un garabato infame, como ocurre con la mía.

Sobre el particular, Vélez Sarsfield dejó sentado que la firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el

modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad.

Según refiere Graciela Rolero, en principio, este trazo escrito debe corresponder al nombre y apellido del firmante, no siendo relevante que el mismo sea legible o no. Lo que es fundamental es el carácter de habitualidad, es decir que el trazo sea siempre el mismo, sin perjuicio de las alteraciones de detalle que pudieran producirse con el tiempo.¹

En este mismo sentido se pronuncia también López Olaciregui,² al señalar que la firma es firma aunque sea ilegible y no es firma aunque sea legible, si no corresponde a la habitual forma de suscribir los actos por parte del sujeto jurídico que la estampó.

Lo anterior nos permite inferir que la regla general es la de la preeminencia de la libertad en la expresión gráfica, y por ello se acepta la validez de las firmas que sólo contienen el apellido del otorgante, y aun sus iniciales u otros signos, cuando ella constituyere su forma habitual de firmar.

No sólo eso, sino que cada quien puede hacer la firma que quiera, incluso sin que ella tenga relación alguna con su nombre o apellidos.

Lo cierto es que la firma, entendida en su sentido amplio, esto es, como medio de identificación personal, puede adoptar diversas formas, desde nombres completos hasta garabatos ilegibles.

3. FUNCIONES DE LA FIRMA DENTRO DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Ahora bien, el examen que hemos realizado hasta este momento nos conduce necesariamente a sostener que la firma cumple un

¹ ROLERO, Graciela Lilián. Documento electrónico y firma digital. Necesidad de una legislación específica. Ponencia del II Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI celebrado en Argentina los días 25, 26 y 27 de Abril de 2001. Comisión N° 13: Derecho y Nuevas Tecnologías. <http://www.aaba.org.ar/>

² Citado por ROLERO, Graciela Lilián. Documento electrónico y firma digital. Necesidad de una legislación específica. Ponencia del II Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI celebrado en Argentina los días 25, 26 y 27 de Abril de 2001. Comisión N° 13: Derecho y Nuevas Tecnologías. <http://www.aaba.org.ar/>

rol predominante en lo que respecta a la teoría de los actos jurídicos. Dicho rol se encuentra determinado y delimitado por las funciones que la firma manuscrita cumple en la celebración de todo acto jurídico con formalidad escrita.

A decir de la doctrina consultada, tales funciones son básicamente tres: la indicativa, la declarativa y la probatoria:

3.1. En principio, la firma cumple una *función indicativa* o *identificatoria*, en tanto sirve para identificar quién es el autor del documento, en el que se encuentra inserta.

La inserción de la firma en un instrumento público o privado permite individualizar al sujeto que lo suscribe, dado su carácter habitual que implica un trazo particular.

La firma, en sí misma, cumple con el objetivo de identificar al sujeto que ha elaborado el documento, que ha expresado cierta declaración de voluntad.

Es preciso recalcar, en este punto, que la firma implica una presunción de autoría o atribución. Dicha presunción surge de relacionar un determinado trazo representativo de una persona con los documentos que la contengan. Por ello, si un documento determinado posee una firma, se presupone que el mismo ha emanado del firmante. Por supuesto, tal presunción es *iuris tantum* y, por ende, admite prueba en contrario.

3.2. En segundo lugar, la firma cumple una *función declarativa*, lo que significa la asunción del contenido del documento por el autor de la firma. Sobre todo, cuando se trata de la conclusión de un contrato, la firma es el signo principal que representa la voluntad de obligarse.

Lo anterior nos permite enlazar, siguiendo la doctrina mayoritaria, al concepto de firma con la voluntad jurídica del agente signante, afirmando que es el trazo peculiar mediante el cual el sujeto consigna habitualmente su nombre y apellido, sólo su apellido, o cualquier otro signo que habitualmente lo identifique, a fin de hacer constar las manifestaciones de su voluntad.

La firma equivale, de esta manera, a la expresión de conformidad respecto del escrito que la antecede. Al encontrarse la firma al final del texto, se presume, también admitiendo prueba en contrario, que lo allí manifestado corresponde a la voluntad del signatario.

Existe, pues, una presunción de integridad del texto que avala. De esta manera, al presumirse la conformidad, se presume asimismo la integridad del texto al que acompaña.

Obviamente que dicho texto debe encontrarse sin enmiendas ni raspaduras o añadidos, ya que la presunción legal alcanza al contenido completo del documento firmado y que se presume completo y conocido por el firmante, quien a través del trazo otorga su conformidad.³

La firma, por ende, no sólo individualiza a quienes intervienen en el acto jurídico formal, sino que, además, al insertarse en aquél implica la conformidad del firmante con su contenido.

3.3. A entender de la doctrina consultada, y como consecuencia de lo expuesto, la firma cumple una tercera función: la probatoria, ya que permite acreditar si el autor de la firma es efectivamente aquel que ha sido identificado como tal en el acto que se acredita con la propia firma.

Tal y como puede inferirse de la breve descripción que hemos realizado de cada una de las funciones que cumple la firma, éstas se encuentran unidas, conectadas. Ello no significa, sin embargo, que toda firma o toda rúbrica cumpla con cada función en el mismo grado, pues tal situación dependerá de las circunstancias del caso y del valor jurídico que se le pueda otorgar de acuerdo con la apreciación razonada de aquéllas.

4. VALIDEZ PROBATORIA DE LA FIRMA

Indica la doctrina que el tema de la validez probatoria de la firma conduce a dos conceptos básicos y esenciales, como son los de integridad y autenticidad:

4.1. La integridad del documento, implica que la información no carece de ninguna de sus partes, que no ha sido modificada. De esto se sigue que la integridad es una cualidad imprescindible para otorgar validez jurídica a la información.

³ CAMPOLI, Gabriel Andrés. Argentina: Firma Ológrafa y Firma No Ológrafa. <http://www.alfa-redi.org/revista/data/46-11.asp>

Lo que se pretende, por consiguiente, es garantizar que existe una correspondencia e igualdad unívocas con la manifestación de voluntad expresada originalmente por las partes. Tal correspondencia debe poder hallarse en cualquier momento en que se realice su lectura, ya sea por las partes, para su interpretación y cumplimiento, ya fuere por el Juez, para su valoración y juzgamiento.

4.2. Por otro lado, la autenticidad del documento, implica poner a esta declaración de voluntad, íntegra e inalterada, en relación de correspondencia unívoca e indestructible con las partes que la emitieron, de modo tal que no pueda ser negada o repudiada por sus autores. Ni la firma ni el documento que certifica deben haber sido alterados, toda vez que los escritos deben perdurar en el tiempo.

Prevalecen, de esta manera, los principios de inalterabilidad y perdurabilidad.

El lugar y la fecha en que se realizó la firma del documento constituyen elementos también relevantes en lo que concierne al valor jurídico que aquélla puede tener como prueba de la celebración del acto jurídico.

Entonces, se dice que a través de todos estos conceptos vinculados a la firma, quedan garantizados tres importantes presupuestos legales que acompañan la celebración de los actos jurídicos:

- (a) En primer lugar, la existencia de una declaración de voluntad bajo la formalidad de un documento;
- (b) En segundo término, que esta declaración sea idéntica e inalterada a la que las partes emitieron en un lugar y momento determinados, y;
- (c) Finalmente, que tales manifestaciones pertenezcan indubitablemente a las personas que las firmaron.

Como indica la doctrina, el cumplimiento de estos tres presupuestos conlleva a aseverar que se encuentran cumplidos los requisitos necesarios para inferir, en estricta lógica jurídica, la existencia de prueba documental de los actos, declaraciones y obligaciones expresados en el instrumento.

Desde esta perspectiva, se puede concluir en que la firma ológrafo o manuscrita permite simultáneamente identificar al autor

de la declaración de voluntad y verificar indubitablemente que el mensaje no ha sido alterado desde el momento de su firma.

5. PROBLEMÁTICA QUE ENCIERRA

Hasta aquí parece quedar claro que la firma manuscrita, conformada por el nombre escrito o esos trazos que tal vez ni siquiera incorporan el nombre escrito y que el titular considera conveniente estampar, constituye una imagen identificatoria cuya consignación establece conformidad y/o manifestación de voluntad.

En consecuencia, es evidente que el fin primordial de la firma, radica en la identificación del titular, con el propósito de otorgar seguridad a sus actos en el tráfico jurídico.

Como señala José de Jesús Ángel, por décadas, o mejor dicho siglos, la firma autógrafa ha servido para identificar la autoría de documentos; sin embargo, esta firma desde su invención ha acareado imperfecciones. Dos de éstas son la falsificación y el procedimiento de verificación de la firma.

A pesar de ello, la firma autógrafa ha servido como el método más aceptado para verificar la identidad de una persona y, con ello, presumir su conformidad respecto a la declaración de voluntad contenida en el escrito.⁴

Dentro de tal orden de ideas, la firma en sí, tiene dos acciones, la de firmar y la de verificación de la firma:⁵

- Para la primera, es decir para la acción de firmar, sólo basta que un individuo pueda escribir su nombre, o algún conjunto de caracteres y líneas particulares. Esta firma no es autorizada por nadie en general, y es común que ella sea la que aparezca en los documentos oficiales de esa persona, como el DNI y el pasaporte.

⁴ ÁNGEL ÁNGEL, José de Jesús. La Firma Digital y sus consecuencias dentro de los marcos jurídicos actuales. http://www.htmlweb.net/seguridad/variros/firma_juridico.html

⁵ ÁNGEL ÁNGEL, José de Jesús. La Firma Digital y sus consecuencias dentro de los marcos jurídicos actuales. http://www.htmlweb.net/seguridad/variros/firma_juridico.html

- La acción de verificación de la firma, en cambio, es más complicada, a pesar de que en la práctica se lleva a cabo sin mucho cuidado. Podemos ver todos los días este procedimiento al cobrar un cheque o al comprar con una tarjeta de crédito. El proceso de verificación de la firma en general se realiza de forma visual, es decir, el cajero de un Banco sólo compara la firma del cheque con otra que está en alguna identificación o que se realice ahí mismo, y —de esta manera— acepta o rechaza la firma, es decir, acepta o rechaza la identidad del firmante del cheque.

Es obvio que ese rechazo no significará necesariamente que la persona de que se trata no sea el titular del derecho. El tema se reducirá a algo mucho más simple: la firma que ha hecho en el voucher o en el cheque no es igual que aquella que figura en el DNI.

Esto es común, sino, pregúntenle al Administrador de la agencia bancaria donde tuve problemas.

Ahí no sólo interesa que uno demuestre ser esa persona. Interesa, además, que uno firme como consta en el documento de identidad de que se trate.

El problema es que en los hechos, puede valer más que una persona firme igual y no que quien firme sea la misma persona.

Todavía recuerdo la frase del Administrador que me decía: «Sí, no tengo ninguna duda de que usted es el Señor Castillo, pero usted no puede retirar el dinero de su cuenta».

Para casos más complejos, una firma se puede someter a un procedimiento de verificación, como ocurre en un proceso judicial. Esta verificación es ordenada por un juez y ello significa que el procedimiento visual no basta para poder declarar a la firma como aceptada o rechazada, por lo que se recurre a un peritaje.

Por otro lado, más allá de estas nociones formales, académicas y legales a las que hemos hecho referencia, no podemos negar que la firma es la marca de fábrica de nuestra personalidad; es el sello o distintivo propio, el emblema que nos representa ante los demás y ante nosotros mismos.

Por tales consideraciones, cabe preguntarnos en qué medida es

posible esperar que nuestra firma sea la misma en todo momento, en toda etapa de nuestra existencia y ante toda circunstancia.

La salud, la edad, el estado de ánimo, así como las circunstancias materiales, constituyen factores relevantes en este tema.

A través de los años y las experiencias vividas, el temple o el carácter de una persona sufre cambios que se ven reflejados en su firma, por lo que es difícil, sino imposible, que aquélla se conserve siempre igual.

Si alguna duda tenemos, miremos cómo firmaba una persona a los 18 años y cómo firma a los 80. Es evidente que si la simple letra cambia con el paso de los años, la firma también tiene que cambiar, aunque no exista la voluntad del agente para que cambie.

Con el paso de los años, si las personas no hablan igual, no caminan igual, no piensan igual, no hacen las mismas cosas, es evidente que no podemos pedir que lo único que sigan haciendo igual sea la firma.

Ello implicaría sostener que a pesar de que todo cambia con el paso de los años, la firma sea lo único inmutable.

Lo mismo podemos decir en cuanto a elementos a simple vista menos trascendentales –pero que en los hechos son muy importantes para la variación de la firma–, tales como el apremio con el que se realiza la firma o la posición física en la que se encuentre el signatario al momento de realizarla.

Es claro que no será lo mismo firmar sentado en una cómoda silla de cuero, apoyado en un escritorio de madera, con la presencia de una *linda secretaria* y con aire acondicionado en la oficina, que hacerlo de pie, en una Municipalidad sobre un papel donde han dejado sólo un pequeño espacio para firmar y con una *bruja* que nos mira fijamente, como diciéndonos, ¿por qué nos demoramos tanto?

Después de todo –lo reiteramos–, la firma no es sólo un conjunto de signos gráficos, sino que constituye también la marca de fábrica de nuestra personalidad; y desde esta perspectiva, puede definirse, como un conjunto de gestos habituales y automatizados elegidos libremente sin restricción alguna, que plasma la estilización de la autoimagen, la autorrepresentación de sí, es decir, un autorretrato o una autobiografía abreviada, y la expresión del núcleo más íntimo, más privado y más real de nuestra personalidad.

En otras palabras, es la expresión del comportamiento íntimo y el nivel de autoaceptación y sentimiento de sí mismo.⁶

A partir de este enfoque, se define a la firma autógrafa como una biometría, esto es, como una característica física propia de cada individuo.

Junto a la firma y dentro de este mismo orden de ideas, se encuentra la rúbrica, que todos reconocemos como ese garabato caprichoso, que no sigue ninguna norma fija, en el que plasmamos, de acuerdo a estudios grafológicos, nuestras ambiciones, el resumen de lo que buscamos en la vida.

La rúbrica supone el gesto menos pensado de todos los que realizamos cuando escribimos. Es el trazo menos consciente y más ágil de nuestra escritura, salvo que alguien lo haga con plena voluntad para corregir algún matiz particular de su personalidad, es decir como grafoterapia; o como demostración de una peculiaridad de su profesión, lo que se aprecia con frecuencia en los artistas.⁷

Conforme expresa la doctrina, mediante la rúbrica plasmamos nuestras circunstancias personales más marcadas, todo aquello que pasó por nuestra vida y que quedó grabado en el inconsciente. Se afirma que estudios clínicos han demostrado que este trazo es la abstracción de aquellos dibujos que hacíamos en nuestra más tierna infancia, de cuando empezábamos a garabatear. De aquellos dibujos en los que a una casa le colocábamos una chimenea –a pesar de que en el Perú las casas no tienen chimeneas–, cuando dibujábamos sus puertas y ventanas, y en el exterior uno o dos árboles y uno que otro animal –como *Devorador*, nuestra mascota–.

De allí, hemos pasado a resumir todo esto en una o más líneas de trazado más o menos confuso, pero muy útil y demostrativo.⁸

La rúbrica, entonces, al igual que la firma, cambia con nosotros de acuerdo al paso de los años, de acuerdo a nuestra experiencia

⁶ Facilitado por el Profesor Jaime Tutsaus de sus apuntes de clase de la especialidad de Peritaje Grafopsicológico de la Escuela de Doctorado - Instituto de Ciencias del Grafismo, UAB. Seminario virtual sobre grafopsicología de la firma. Instituto de Ciencias del Grafismo-UAB (Universitat Autònoma de Barcelona). www.grafologiauniversitaria.com

⁷ En: www.canta.org/rubrica.htm

⁸ En: www.canta.org/rubrica.htm

y dependerá también de las situaciones que rodeen la realización de su trazado.

Ahora bien, en nuestro medio, lo reiteramos, felizmente no existe una legislación que se encargue de regular esta figura, lo que implica que ante determinadas situaciones no existan respuestas o soluciones únicas.

Como expresamos en la anécdota del inicio de esta exposición, es posible que dos personas compartan una misma firma, ya sea por mera coincidencia o a propósito. En ninguna norma se prohíbe que existan firmas iguales, por el simple hecho de que tal prohibición sería tan exótica como inútil, en la medida que –finalmente– es imposible que una persona sepa si hay otro sujeto que utiliza una firma igual o similar a la suya.

Tampoco hay texto alguno en nuestro ordenamiento legal que señale que la firma de un sujeto deba ser la misma en cada acto que celebre. Es posible, por tanto, que cualquier individuo tenga más de una firma, lo que de hecho se da con regularidad.

Seguramente muchos de nosotros solemos firmar de manera distinta a la firma que aparece en nuestro DNI –felizmente ya no es mi caso–; o tal vez usamos sólo nuestra rúbrica para los actos jurídicos que celebramos usualmente, porque hacerla resulta más fácil, sencillo y rápido.

¿Acaso en esos supuestos, al ser la firma diferente a la que aparece en el DNI se debería considerar que en realidad no hubo firma y, por tanto, que no hubo manifestación de voluntad válida del agente?

Una respuesta afirmativa resultaría absurda, cuando la firma realizada cumple, al ser analizada, con las funciones propias de la misma, como son la de identificar al sujeto y asumir que la declaración de voluntad expresada en el documento le corresponde.

En otro escenario, también común en nuestro medio, podemos pensar en sujetos que, a sabiendas y guiados por su mala fe, firman un documento por el que se celebra un acto jurídico empleando una firma que no acostumbran usar o firman con la mano izquierda, siendo diestros, de modo tal que luego –ellos mismos– puedan cuestionar la validez del contrato celebrado, perjudicando a su contraparte o a terceros que han actuado de buena fe.

Incluso podemos ir más lejos y preguntarnos por qué un acto jurídico celebrado por escrito requiere de la firma escrita a puño y letra del o de los sujetos declarantes, cuando en realidad no hay norma que establezca que aquello deba ser así.

Ante el silencio legislativo es posible afirmar que un acto jurídico que revista formalidad escrita solemne puede celebrarse válidamente entre dos sujetos con el sólo asentimiento de ambos al texto escrito, a pesar de que en el documento simplemente se coloquen los nombres de ambos, escritos en computadora; o que, en vez de firmar tal cual acostumbran hacerlo, sólo coloquen sus nombres, cada uno de puño y letra o, simplemente, lo haga uno de ellos por los dos –claro está– con el asentimiento del otro.

La libertad de formas y el concepto amplio de firma que venimos manejando, nos permite, igualmente, colocar bajo la noción de firma a la huella digital, a las simples iniciales, y a todas las firmas que permiten –de la manera que fuere– individualizar al sujeto y presumir su conformidad con lo señalado en el texto.

En uno y otro caso, lo que variará –sin duda– será el valor probatorio, el mismo que dependerá de las circunstancias particulares de cada caso, situación que no invalida ni otorga ineficacia *a priori* al acto jurídico.

6. PARA CONCLUIR

En fin, para concluir sólo nos queda recordar que a medida que la realidad ha impuesto nuevos cambios, la firma se ha ido adaptando a las necesidades del momento. Así, al surgir la escritura aparece la firma manuscrita y al dificultarse la firma de grandes volúmenes de documentos por parte de una sola persona, la ley permitió la firma por medios mecánicos.

Bajo esta perspectiva, debe admitirse que los avances tecnológicos permiten señalar hoy en día que la escritura ológrafo no es el único medio hábil para registrar una manifestación de voluntad que revista los caracteres de representativo, susceptible de percepción sensorial y aprehensión mental, y que sirva de demostración histórica, indirecta y representativa de un hecho o idea.⁹

⁹ VIGGIOLA, Lidia E. y Eduardo Molina QUIROGA. Valor probatorio de los documen-

Cuestionamos que el requisito de la firma de las partes sea condición esencial para la existencia de todo acto jurídico con formalidad escrita, considerando que el tema debe ser entendido en sentido amplio, incorporando todo signo y todo otro medio que asegure la verificación de la autoría atribuida y la autenticidad de la declaración de voluntad contenida en el documento que plasma una declaración de voluntad.¹⁰

Es así que admitimos que el concepto de firma puede desdoblarse en dos direcciones: por un lado, el tradicional de grafía escrita con mano propia del nombre y/o apellido del autor, concepto que se limita a la firma *manuscrita*; y, por el otro, como un medio de autenticación que individualiza fehacientemente a su autor, comprendiendo así a la firma *electrónica* y digital, así como cualquier otro medio que permita alcanzar tales fines.

Actualmente, la firma manuscrita permite certificar el reconocimiento, la conformidad o el acuerdo de voluntades sobre un documento por parte de cada firmante o signatario, aspecto de gran importancia desde un punto de vista legal.

La firma manuscrita tiene un reconocimiento singularmente alto, ya que tiene particularidades que la hacen fácil de realizar, de comprobar y vincular a quien la realiza. Por tanto, sólo puede ser efectuada por una persona y puede ser comprobada por cualquiera con la ayuda de una muestra. En este caso, el DNI juega un importante papel, ya que lleva incorporada la firma del titular, pero no es determinante, como ya hemos expresado.

Bien, para concluir quiero subrayar que esta exposición sólo ha pretendido llamar la atención sobre un tema de enorme importancia práctica y de ninguna atención teórica en el Perú.

tos emitidos por sistema informático. Ponencia del Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI celebrado en Argentina los días 28, 29 y 30 de Abril de 1999. Comisión N° 13: Derecho y Nuevas Tecnologías. <http://www.aaba.org.ar/bi151303.htm>

¹⁰ VIGGIOLA, Lidia E. y MOLINA QUIROGA, Eduardo. Valor probatorio de los documentos emitidos por sistema informático. Ponencia del Congreso Internacional de Derechos y Garantías en el Siglo XXI celebrado en Argentina los días 28, 29 y 30 de Abril de 1999. Comisión N° 13: Derecho y Nuevas Tecnologías. <http://www.aaba.org.ar/bi151303.htm>

Tanto así, que como me contó Gustavo Portocarrero, un día que me llamó por teléfono antes de publicitar este evento, le habían entrado dudas con respecto al título de mi disertación, ya que un profesor, luego de leer el programa del evento, le había dicho que debía haber un error en una letra, pues el tema –de seguro– era el de la *forma* en los actos jurídicos; en tanto que otro profesor le había dicho que en el título del tema faltaba una palabra, pues seguramente estaba referido a la firma *electrónica*.

En fin, la firma es todo lo que hemos expresado y mucho más; es incluso, hasta un derecho humano y, tal vez, un deber, cuyo cumplimiento no está regulado en las leyes civiles, y qué bueno que no lo esté, porque a las leyes y a los legisladores, por lo general, les sobran artículos y les falta imaginación.

Muchas gracias.

PLAZO PRESCRIPTORIO DE LA ACCIÓN DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR EL REPRESENTANTE*

Mario Castillo Freyre

SUMARIO:

1. *Generalidades*
2. *La ineficacia*
3. *Los plazos prescriptorios*
4. *Los supuestos de eficacia e ineficacia regulados expresamente en el Código Civil Peruano*
 - 4.1. *La existencia de la persona jurídica de derecho privado*
 - 4.2. *Efectos del exceso de los límites del poder*
 - 4.3. *El fraude del acto jurídico*
 - 4.3.1. *Los requisitos de la acción pauliana*
 - 4.3.2. *Efectos de la revocación frente a los subadquirentes*
 - 4.3.3. *Improcedencia de la acción revocatoria*
 - 4.3.4. *Acción oblicua*
 - 4.3.5. *Normas procesales aplicables a las acciones por fraude pauliano*
 - 4.4. *Valor de contraoferta de la aceptación tardía y de aquélla que no sea conforme a la oferta*
 - 4.5. *Autonomía de la oferta*
 - 4.6. *Ineficacia de estipulaciones en los contratos con cláusulas predispostas*
 - 4.7. *Extensión de la obligación del fiador*
 - 4.8. *Derechos adquiridos al amparo de una norma extranjera*
 - 4.9. *Eficacia de las partidas de los registros parroquiales*
5. *El plazo de prescripción de las acciones de ineficacia de los actos jurídicos*

* Agradecemos los valiosos comentarios recibidos de los Doctores Raúl Castro Stagnaro, Jaime Checa Callegari, Oswaldo Otiniano Barbarán y Ramiro Portocarrero Lanatta.

1. GENERALIDADES

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 161 del Código Civil:

Artículo 161. - «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es *ineficaz* con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es *ineficaz* ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

De la lectura de la norma transcrita puede apreciarse que el citado artículo sanciona con *ineficacia*, respecto del representado, los actos celebrados por un representante, en las siguientes situaciones:

- Cuando el representante ha celebrado el acto jurídico excediendo los límites de las facultades conferidas por el representado.
- Cuando el representante ha celebrado el acto jurídico violando las facultades que le hubiere conferido el representado.
- Cuando el supuesto representante celebra un acto jurídico no teniendo la representación que se atribuye.

Estimamos resulta natural que todos los actos jurídicos que hayan sido celebrados por un representante o supuesto representante dentro de las circunstancias y consideraciones establecidas por el artículo 161 del Código Civil, puedan llegar a ser considerados *ineficaces* con respecto al representado o supuesto representante.

Ello, puesto que la representación obliga al representado con respecto a aquél con quien el representante celebró el acto jurídico.

Tales consideraciones se derivan de la naturaleza jurídica de la representación, habida cuenta de que cuando un representante celebra un acto jurídico, con otra parte y dentro de las facultades que le ha conferido el representado, por medio de este acto jurídico, queda automáticamente vinculada esta otra parte con el representado.

En otras palabras, se considera que el acto jurídico se celebró entre el representado y su contraparte, no siendo parte en el acto

jurídico o contrato celebrado aquél que actuó como representante.

Se puede decir válidamente que la esfera jurídica del representante no se altera –en lo absoluto– por la celebración del acto mencionado.

A pesar de que la voluntad que se declara es la del representante y no la del representado (lo que distingue al representante del nuncio o mensajero), el representante no es parte en el acto jurídico que se celebra.

Sin embargo, y como hemos expresado oportunamente, tales efectos de la celebración de ese acto jurídico con relación al representado, sólo se deberían producir en la medida que el representante se encuentre actuando dentro de las facultades otorgadas por su representado, pues en caso contrario el representado podría demandar y conseguir se declare judicialmente la ineficacia de dicho acto.

Ello podría ocurrir cuando el representante desborda sus facultades, ya sea por exceder los límites que se le hubiere conferido (como sería el caso en el cual una persona que sólo tiene poder para vender la camioneta «x» venda también el auto «y») o por violar los límites de las facultades conferidas (como sería el caso en el cual el representado otorgue poder para que el representante venda su auto a no menos de US\$10,000.00 y el representante lo venda a US\$9,000.00) o, finalmente, cuando el representante no es tal, vale decir, se trata de un supuesto representante, o sea, de alguien que careciendo de cualquier facultad, es decir, que no teniendo poderes del supuesto representado, actúa como si fuese su apoderado o representante.

Para todos estos casos la ley peruana, en el artículo 161 del Código Civil, establece como sanción la ineficacia del acto con respecto al representado o supuesto representado.

2. LA INEFICACIA

Etimológicamente la palabra *ineficacia* significa «falta de eficacia y actividad»;¹ en tanto que *ineficaz* es «no eficaz».

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: ESPASA, Vigésima Segunda Edición, 2001, tomo 6, p. 850, tercera columna.

Por su parte, la palabra *eficacia* significa «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera».²

Independientemente del estudio que efectuamos en el punto 4 de este trabajo, debemos adelantar que dentro del Código Civil Peruano no existe un tratamiento orgánico de la eficacia o ineficacia de los actos jurídicos o contratos, pero se considera que un acto jurídico o un contrato es eficaz cuando tiene la capacidad actual de surtir efectos, ya sea entre partes o, de ser el caso, con respecto a terceros (esto último, en situaciones excepcionales).

Para ilustrar lo señalado, vamos a anotar algunos ejemplos:

Si dos partes celebran un contrato de compraventa sobre un terreno y ese contrato es puro y simple, vale decir que no se celebra habiéndose establecido un plazo suspensivo para que empiece a surtir efectos, ni tampoco se han sujetado dichos efectos a una condición suspensiva, así como tampoco existe ninguna otra situación o circunstancia que impida que dicho acto empiece a desplegar sus efectos jurídicos, entonces, se considerará que dicho acto o contrato es plenamente eficaz.

Nótese que no estamos confundiendo el tema de la eficacia con el de la ejecución de dicho contrato, en la medida que el citado acto bien podría no haber sido ejecutado aún por las partes, pero ellas ya estuvieron en aptitud de cumplir con las obligaciones nacidas del mismo.

Ello equivale a decir que un contrato es eficaz en la medida que es capaz de surtir los efectos jurídicos para los cuales se le dio nacimiento y que esa capacidad de surtir tales efectos, es una capacidad actual y no futura.

Es algo así como el automóvil que se encuentra en perfectas condiciones y que es capaz de ser conducido de un lugar a otro. El hecho de que no tenga en ese momento alguien que lo conduzca no significa que el auto no pueda circular perfectamente.

Lo mismo pasa con los actos jurídicos y con los contratos.

Estos son capaces de surtir efectos en la actualidad, independientemente de si las partes ya han procedido a ejecutar las obligaciones nacidas de dichos actos.

² *Ibidem*, tomo 4, p. 586, tercera columna.

Entonces, la capacidad vendría a ser un estado de latencia en sentido jurídico, vale decir, una situación en la cual el acto es capaz de desplegar todos sus efectos en el Derecho, sin que existan obstáculos jurídicos que se lo impidan.

De lo expresado, puede deducirse que la eficacia es la regla en materia de actos jurídicos y de contratos y que la ineficacia constituye la excepción. Sin embargo, no se trata de una excepción ocasional ni de una excepción poco frecuente. Todo lo contrario, la ineficacia suele ser en muchos casos un estado prácticamente permanente y prolongado que impide, por diversas razones, que los actos jurídicos y los contratos surtan efectos.

Es importante subrayar que la ineficacia puede provenir, ya sea de causas lícitas o ilícitas, ya que en muchas ocasiones emana de situaciones perfectamente ajustadas a Derecho o al cumplimiento de lo prescrito por la ley.

Por ejemplo, un testamento es ineficaz mientras la persona que lo ha otorgado siga viva. El testamento sólo surtirá efectos a la muerte del causante.

El testamento, como todos sabemos, es un acto unilateral que, no es que sea otorgado, ni con plazo suspensivo ni con condición suspensiva; lo que ocurre es que dada la naturaleza del mismo, resulta imposible que surta efectos antes de la muerte del causante, en la medida que se trata de un acto de última voluntad, es decir, que la voluntad contenida en el testamento, para ser válida, debe ser la voluntad que se mantenga vigente al momento del fallecimiento de dicho causante.

Otro ejemplo de ineficacia proveniente de una situación arreglada a Derecho sería aquél del contrato de arrendamiento celebrado bajo condición suspensiva. Ello significaría que, a pesar de encontrarse plenamente arreglado a Derecho y de reunir todos los requisitos generales de validez de los actos jurídicos y todos los requisitos esenciales especiales propios del contrato de arrendamiento, dicho contrato no sería capaz de surtir efecto alguno hasta el momento inmediatamente posterior al que se produzca la condición suspensiva.

A partir del momento en que se verifique la condición suspensiva, ese contrato adquirirá plenitud en sus efectos, debiendo las partes, recién después de ese momento, ejecutar las obliga-

ciones nacidas de dicho acto. Así, el arrendador deberá entregar al arrendatario el uso del bien materia del contrato, así como también el arrendatario deberá empezar a pagar la renta en los plazos y cantidades pactados en el contrato. Pero, nótese que desde antes de empezar a ejecutarse dichas obligaciones, ese contrato ya es eficaz y reúne la capacidad de surtir plenos efectos, independientemente, de que en los hechos los haya surtido o no.

Esto es muy importante, en la medida que como dijimos anteriormente, la eficacia es sólo la capacidad actual de surtir efectos, no el hecho de surtirlos.

Otro ejemplo de ineficacia ajustada a Derecho sería el del contrato de compraventa celebrado a plazo suspensivo, en el que se hubiera establecido que al vencimiento del plazo recién las partes deberían ejecutar sus obligaciones. En el caso del vendedor, recién al vencimiento del plazo debería transferir propiedad y entregar el bien al comprador y, en el caso de este último, recién una vez vencido el plazo, debería pagar el precio pactado al vendedor.

Sin embargo, no se piense que la ineficacia necesariamente es una situación previa a la eficacia, ya que la ineficacia también puede constituir una situación sobreviniente a la eficacia.

Por ejemplo, si dos partes han celebrado un contrato y la relación contractual nacida del mismo se hubiese ejecutado a plenitud, resultaría evidente que las obligaciones que formaron parte de esa relación contractual, al haberse cumplido todas, habrían dejado de ser eficaces, es decir, en este caso, el mencionado contrato habría dejado de tener eficacia, no porque las obligaciones nacidas de él todavía no estén en aptitud jurídica de ejecutarse, sino por el hecho de que ellas ya se cumplieron en su totalidad; y, como se sabe, cuando una obligación se ejecuta, ya no se debe nada y, por lo tanto, la obligación se extingue. Así, si una obligación se extingue, deviene en ineficaz; y, si todas las obligaciones que constituyen objeto de un contrato se extinguen, entonces el contrato también deviene en ineficaz.

Puede entenderse, entonces, que no existirá ineficacia «que sea más arreglada a Derecho» que ésta, pues la misma proviene de la plena ejecución de las obligaciones contractuales.

No debe pensarse tampoco que fuera del pago, representado por el supuesto que acabamos de analizar, la ineficacia necesaria-

mente implica inconformidad o expectativa de cumplimiento futuro.

Pensamos en el caso del mutuo disenso o resolución convencional, regulado en el artículo 1313 del Código Civil, el mismo que constituye un medio extintivo de obligaciones a través del cual las partes que han celebrado un contrato cuyas obligaciones se encuentran aún sin ejecutar o incluso en el supuesto en que éstas hayan sido ejecutadas sólo parcialmente, deciden resolver la relación contractual de común acuerdo, por haber perdido interés en el cumplimiento futuro de las obligaciones nacidas del referido contrato.

En el entendido de que ese contrato haya sido plenamente eficaz antes del mutuo disenso, será evidente que perderá dicha eficacia cuando las partes lo resuelvan convencionalmente.

Pero como ha sido expresado por nosotros, la ineficacia no sólo puede provenir de situaciones plenamente ajustadas a Derecho, pues podría derivarse de situaciones no deseadas por el Derecho, que implican la *destrucción* de los actos o contratos celebrados por las partes, dada la creación de situaciones que –a su vez– destruyen la armonía de los contratantes.

Más allá de otras causas contempladas por el Derecho, existen cuatro que conducen a la *destrucción* de los actos jurídicos o de sus efectos. Se trata de la nulidad, de la anulabilidad, de la rescisión y de la resolución.

- *La nulidad.*

La nulidad se encuentra regulada en los artículos 219 y siguientes del Código Civil. En el artículo 219 se establecen las ocho causales de nulidad contempladas por el Derecho Peruano.³

³ Artículo 219.– El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.

El acto nulo es aquél que tiene una invalidez permanente.

Ello significa en doctrina civil que el acto nulo nunca ha sido válido.

Sin embargo, en muchas ocasiones, cuando la nulidad es materia de controversia, las partes se ven obligadas a recurrir al Poder Judicial para que establezca si el acto verdaderamente es nulo.

En tal sentido, sería discutible desde el punto de vista teórico si la sentencia que declara nulo un acto es constitutiva de nulidad o declarativa de nulidad.

Decimos esto, en la medida que si fuese constitutiva de nulidad, la nulidad se parecería muchísimo a la anulabilidad, habida cuenta de que se estaría requiriendo de una sentencia judicial firme para que el acto verdaderamente sea nulo, por más que dicha sentencia surta efectos de manera retroactiva al momento de la celebración del propio acto.

En cambio, si la sentencia de nulidad fuese considerada declarativa, entonces, ello significaría que el acto viciado de nulidad siempre habría sido nulo y que tal sentencia lo único que haría es ratificar con efecto declarativo su nulidad, la misma que, independientemente de dicha sentencia, habría existido desde el momento de la celebración del acto.

Por otra parte, es necesario subrayar que el acto nulo, al tener una invalidez *ab initio*, también sería ineficaz *ab initio*, es decir, su ineficacia se prolongaría desde el momento de su celebración en adelante.

Entonces, el acto que nunca fue válido nunca habrá sido eficaz jurídicamente hablando.

- *La anulabilidad.*

El artículo 221 del Código Civil establece las causales de anulabilidad de los actos jurídicos.⁴

6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

7. Cuando la ley lo declara nulo.

8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

⁴ Artículo 221. - El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.

Por su parte, el artículo 222 se encarga de señalar cuáles son las características del acto anulable. Así, establece que el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare; debiendo pronunciarse esta nulidad a petición de parte, no pudiendo ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

Del texto anotado, así como de las características que la doctrina le reconoce, es claro que la anulabilidad, a diferencia de la nulidad, no es de orden público, en la medida que no puede ser demandada por cualquier interesado o por el Ministerio Público (lo que sí puede ocurrir en el caso de la nulidad, conforme al artículo 220 del Código Civil).

La anulabilidad sólo puede ser demandada a pedido de parte por las personas directamente afectadas por el vicio.

Por otro lado, el acto anulable no es siempre nulo. El acto anulable es un acto de validez actual y de invalidez pendiente. Ello significa que mientras el acto anulable no sea declarado judicialmente nulo, se le tendrá como válido. Es más, puede ocurrir que un acto anulable jamás sea declarado judicialmente nulo y que transcurra el plazo prescriptorio de dos (2) años establecido para la acción de anulabilidad, razón por la cual ese acto que alguna vez se hubiese podido anular, quedará permanentemente como válido al no haberse planteado la acción de anulabilidad en tiempo oportuno.

No está de más decir que cuando el acto anulable aún no se ha anulado, el mismo no sólo es válido, sino también eficaz, naturalmente, en la medida que no exista ninguna causa que conduzca a que dicho acto no tenga eficacia mientras sea válido, de conformidad con los argumentos y razonamientos expuestos oportunamente.

Es conveniente subrayar que una vez que el acto anulable sea declarado judicialmente nulo, perderá toda eficacia, pues la eficacia sólo puede presentarse en actos que no sean nulos o inválidos.

-
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
 3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
 4. Cuando la ley lo declara anulable.

Un acto nulo jamás podrá ser eficaz, independientemente de que en el terreno práctico haya surtido algunos efectos materiales, los mismos que, claro está, no son reconocidos por el Derecho.

- *La rescisión.*

Conforme a lo establecido por el artículo 1370 del Código Civil, la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.

Independientemente de las consideraciones en torno a las diferencias con la nulidad y la anulabilidad, queda claro que la rescisión es una acción que concede la ley civil a determinadas personas en determinadas circunstancias, para que existiendo un vicio establecido por la propia ley, puedan lograr se declare la ineficacia del contrato vía la rescisión.

Ello es claro, en la medida que el artículo 1370 del Código Civil señala como única consecuencia de la rescisión el que ésta deja sin efecto al contrato.

En adición a lo expresado, establece el artículo 1372 que la rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato; siendo posible el pacto en contrario con respecto a esta disposición, de conformidad con lo establecido por el último párrafo del artículo 1372 antes citado.

Entonces podemos apreciar que en el caso de la rescisión contractual, la pérdida de eficacia del contrato no es una consecuencia de la nulidad; la pérdida de eficacia constituye el efecto natural y directo de que el contrato se haya rescindido.

La rescisión es contemplada por el Código Civil en diversos supuestos concretos.

El primero de ellos es el relativo a la lesión en los contratos, cuando la desproporción entre las prestaciones es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro (argumento del artículo 1447, primer párrafo).

El segundo caso de rescisión contractual se encuentra regulado en el contrato de compraventa, sancionando la venta de bien ajeno cuando el comprador desconocía el carácter ajeno del bien (ar-

título 1539). También es rescindible la venta de bien parcialmente ajeno, de conformidad con el artículo 1541 del propio Código.

En la compraventa sobre medida apreciamos el siguiente supuesto de rescisión contractual, siempre y cuando el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido fuese mayor que un décimo de la indicada en el contrato (artículo 1575).

Independientemente de nuestra posición en torno a la pertinencia o no de estas causales de rescisión, tema que no es materia de estas consideraciones, resulta claro que en los tres supuestos anotados, cuando se busca rescindir un contrato no se pretende que el mismo sea nulo o se anule, pues en todos esos casos nos encontramos en presencia de contratos perfectamente válidos y celebrados de conformidad a los requisitos de validez establecidos por el artículo 140 del Código Civil y a los demás requisitos esenciales especiales contemplados por la ley.

Por otra parte, cuando se declara rescindido un contrato, la ineficacia del mismo es absoluta, vale decir, no sólo con respecto a la parte perjudicada (el lesionado en la lesión o el comprador en los supuestos anotados de compraventa) sino con respecto a la contraparte contractual, ya que sería inimaginable que en estos casos el contrato surtiera efectos para uno y no para otro.

Ello no ocurre necesariamente así en el caso de la representación, pues el contrato podría ser ineficaz para el representado, pero eficaz para el representante y para la contraparte contractual.

Debe precisarse, además, que salvo pacto en contrario, en el caso de la rescisión, la ineficacia contractual declarada judicialmente se retrotraerá al momento de la celebración del acto, pues es en ese preciso momento en donde estuvo presente el vicio que originó la rescisión.

- *La resolución.*

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1371 del Código Civil, la resolución deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración.

En el Código Civil se regula una serie muy grande de supuestos de resolución, pero sin duda aquél que reviste mayor importancia, tanto en el aspecto cualitativo como cuantitativo, es el de la resolución por incumplimiento contractual, materia que en sede de

contratos con prestaciones recíprocas, se halla regulada en los artículos 1428, 1429 y 1430 del citado Código.

Cuando nosotros abordamos el tema de la resolución bilateral o por mutuo disenso dijimos que ella obedecía al deseo de las partes de dar por finalizada la relación contractual, en la medida que ambas habían perdido interés en la ejecución futura de las prestaciones pendientes de cumplimiento.

En el caso de la resolución por incumplimiento, es una parte (la que viene cumpliendo con sus obligaciones o está dispuesta a cumplirlas) la que ha decidido apartarse de la relación contractual, en la medida que su contraparte ha actuado de manera contraria a los deberes impuestos por el contrato celebrado.

Ello significa que el contratante honesto decide resolver el contrato para dejar sin efecto la relación contractual.

Tal situación acarreará como consecuencia que a partir del momento de la resolución del contrato, las obligaciones pendientes de cumplimiento queden sin efecto, de tal manera que ellas ya no se tendrán que cumplir.

La resolución, al igual que la rescisión, es una figura que no trae como consecuencia la declaración de nulidad del acto, de modo tal que el contrato resuelto seguirá siendo un contrato perfectamente válido, pero incapaz de surtir efectos jurídicos.

Con respecto a la resolución, debemos agregar que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1372 del Código Civil, ella se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Ello significa que el contrato resuelto dejará de surtir efectos desde el momento en que se produjo la causal que luego motivó la sentencia judicial de resolución o la resolución extrajudicial, conforme a los mecanismos de los artículos 1429 y 1430 del Código Civil. A partir de ese instante el contrato será ineficaz.

Y es precisamente en virtud de esa ineficacia que por razón de la resolución, las partes deberán restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento de la presencia del vicio, y si ello no fuera posible, deberán reembolsarse en dinero el valor que dichas prestaciones tenían en ese momento (argumento del tercer párrafo del citado artículo 1372).

3. LOS PLAZOS PRESCRIPTORIOS

Como se sabe, la prescripción es una figura creada por el Derecho con el propósito de fomentar, por un lado, la diligencia en lo que respecta al resguardo de los intereses propios, sancionando con la pérdida de acción a aquella parte que deja pasar el tiempo sin tomar las previsiones del caso para velar por sus intereses.

Por otra parte, la prescripción es una figura creada con el ánimo de fomentar la seguridad jurídica y evitar que la posibilidad de reclamar con respecto a los actos jurídicos y contratos celebrados sea eterna.

El artículo 2001 del Código Civil se encarga de establecer los plazos prescriptorios para diversas acciones reguladas en dicho cuerpo sustantivo.

Así, en el inciso 1 se establece que prescriben, salvo disposición diversa de la ley, a los diez años la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

En tal sentido, en el inciso 1 se regulan los plazos prescriptorios más largos. Ello, con el propósito de que aquellas situaciones que el Derecho considera más importantes, jurídicamente hablando, tanto por las consecuencias patrimoniales que acarrearía su prescripción, por su importancia intrínseca y por la gravedad del tema, tengan plazos lo suficientemente amplios como para que el interesado pueda reclamar sus derechos.

Dentro de tal orden de ideas, es natural que se haya concedido un plazo prescriptorio de diez (10) años para la acción personal, concepto por demás vago, pero que se relaciona directamente con las acciones relativas al cobro o reclamo por la inejecución de obligaciones.

Tal vez la denominación de acción personal se configure por oposición a la de acción real.

Así, podemos apreciar de las consideraciones esgrimidas por Guillermo Cabanellas:⁵

⁵ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 21^a Edición, tomo I, p. 84, segunda columna y p. 85, segunda columna.

«*Acción Personal*. La que corresponde a alguno para exigir de otro el cumplimiento de cualquiera obligación contraída, ya di mane ésta de contrato o de cuasicontrato, de delito, cuasidelito o de la ley; y se dice *personal* porque nace de una obligación puramente de la *persona* (por oposición a *cosa*) y se da contra la obligada o su heredero.

Quien la inicia pide que determinada persona dé, haga o no haga aquello a que se obligó; en su consecuencia, el actor ha de acreditar la obligación en cuya virtud demanda.

Puede la *acción personal* contraponerse a la *acción real* (v.) por estas notas: a) en aquélla, el actor es un acreedor, calidad temporal que se agota al cumplirse la obligación; en la otra, el dueño o el titular de un derecho real, que tiende a subsistir una vez logrado el derecho o restablecidas las facultades; b) la *personal* sólo cabe ejercitárla contra el obligado y sus herederos o causahabientes; la *real*, 'erga omnes', contra todo poseedor o tenedor del objeto de la misma; c) tiene al cumplimiento de una obligación la primera; la segunda, al reconocimiento de un derecho, desconocido, arrebatado, amenazado; d) carece de privilegio la *acción personal*, aun cuando tenga como prenda tácita e inconcreta el patrimonio del deudor, si no está afecto a garantías o responsabilidades determinadas; en cambio, la *acción real* goza de preferencia sobre la cosa a que se refiere; e) por la competencia general, la *acción personal* se rige por el domicilio del obligado o por el lugar en que la obligación se contrajo; y la *real* se determina por la situación de la cosa».

Como puede apreciarse, la acción personal reviste extrema importancia, en la medida que está centrada fundamental –mas no exclusivamente– en la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin ser ésta la única materia en que resulta aplicable.

Debe tenerse en consideración que el artículo 2001 efectúa una enumeración bastante extensa de las acciones contempladas por el Código Civil. Sin embargo, no las contempla a todas. En tal sentido, cabría formularse la pregunta de qué plazo prescriptorio tendría la acción rescisoria de los contratos, en la medida que no se establece un plazo prescriptorio especial para ella. Lo mismo ca-

bría preguntar en torno al plazo prescriptorio de la acción de resolución, pues el artículo 2001 no se pronuncia sobre el particular.

Creemos que los plazos prescriptorios de ambas acciones deberían ser de diez (10) años, en la medida que son acciones destinadas a lograr el efecto opuesto que el cumplimiento de las obligaciones que se trata de obtener a través de la acción personal.

Decimos esto en la medida que si una persona pretende exigir el cumplimiento de una obligación, la ley le concede para ello el plazo prescriptorio de diez (10) años (acción personal). Pero, si no deseara exigir el cumplimiento, sino desvincularse del contrato, el tratamiento de la ley debería ser el mismo.

Además, tradicionalmente, a la acción rescisoria se le asignado el plazo de la acción personal, por una simple oposición a la acción real. Es decir, al no ser –evidentemente– un tema relativo a la acción real, entonces tendría que ser el plazo referido a la acción personal.

Y no solamente ha ocurrido esto en torno a la rescisión, pues el mismo razonamiento ha sido aplicado tradicionalmente a la resolución de los contratos, tema respecto al cual nunca se ha discutido que el plazo prescriptorio que le corresponde es de diez (10) años.

Además, el propio inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil completa lo relativo a los plazos prescriptorios de diez (10) años, con lo referido a la acción real, es decir, la que surge con respecto a un titular de un derecho real, tema por lo demás tradicionalmente muy importante para el Derecho, así como la que nace de una ejecutoria, materia también de extrema importancia.

Finalmente, concluye el Código Civil el tratamiento de los plazos prescriptorios más largos, de diez (10) años, refiriéndose a la acción de nulidad del acto jurídico, materia de gran importancia, pues afecta la vida misma del acto celebrado, el cual, como hemos visto, si se declara nulo, deviene en inválido, jurídicamente hablando, es decir, un acto que no tiene validez para el Derecho; además de acarrear su ineficacia.

El artículo 2001 del Código Civil da un tratamiento gradual a los plazos de prescripción, habida cuenta de que en los incisos 2, 3 y 4 disminuye la duración de los plazos prescriptorios, en consi-

deración a que las materias tratadas en los incisos siguientes son, paulatinamente, menos importantes.

Dentro de esta lógica se aprecia que en el inciso 2 se señala que el plazo prescriptorio de la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado, es de siete (7) años.

En el inciso 3 se establece que es de tres (3) años el plazo prescriptorio de la acción dirigida al pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.

En tanto que en el inciso 4 se establece el plazo prescriptorio de dos (2) años para acciones que el Derecho considera de menor importancia, tales como la acción de anulabilidad del acto jurídico, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces, derivada del ejercicio del cargo.

En este punto de nuestro estudio cabría formularnos la interrogantes de por qué se establece un plazo prescriptorio distinto para las acciones de nulidad del acto jurídico y de anulabilidad del acto jurídico, habida cuenta de que en el inciso 1 del artículo 2001 se señala que el plazo de prescripción de la acción de nulidad es de diez (10) años, en tanto que en el inciso 4 del mismo artículo, se establece que el plazo prescriptorio de anulación es de dos (2) años.

Si uno analiza las causales establecidas por la ley para que un acto sea nulo o anulable, es decir, el contenido de los artículos 219 y 221 del Código Civil, se puede constatar fácilmente que las causales de nulidad son extremadamente graves.

No ocurre lo mismo con las causales de anulabilidad, las mismas que, no obstante su seriedad, no llegan a configurar situaciones tan serias, jurídicamente hablando, como las establecidas en el artículo 219 del propio Código.

Ello, sin duda, ha originado que el legislador de 1984 considere que dada la gravedad de las causales de nulidad del acto jurídico, el afectado pueda tener el plazo más largo que concede el Derecho para demandar la nulidad.

Justamente, esa relativa seriedad de las causales de anulación

acarrea que el plazo prescriptorio de las mismas haya sido establecido en dos (2) años.

En segundo lugar, no debe olvidarse que la gravedad de las causales de nulidad se ve reflejada en el hecho de que la nulidad pueda ser demandada por quienes tengan interés en ella, e incluso por el Ministerio Público (argumento del primer párrafo del artículo 220 del Código Civil); en tanto la anulación de un acto jurídico sólo podría ser demandada por la parte perjudicada, no pudiendo ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley (argumento del segundo párrafo del artículo 222 del Código Civil).

Esto significa que la nulidad es materia de orden público, en tanto la anulabilidad es de orden privado.

De ahí que la ley conceda a la acción de nulidad el máximo plazo prescriptorio y a la acción de anulabilidad un plazo prescriptorio cinco veces menor.

En tercer lugar, debemos señalar que el acto jurídico nulo no puede subsanarse por la confirmación (argumento del tercer párrafo del artículo 220 del Código Civil); en tanto el acto anulable puede ser confirmado –expresa o tácitamente– por la parte a quien corresponda la acción de anulación (argumento de los artículos 230, 231 y 232 del propio Código).

Dentro de tal orden de ideas, resulta lógico que si la nulidad no es susceptible de confirmación por la parte afectada, la ley conceda en estos casos un plazo prescriptorio de diez (10) años, en tanto que si el acto anulable puede ser confirmado, el plazo prescriptorio sea mucho menor (dos años).

En cuarto lugar podríamos mencionar el tema de la seguridad jurídica. Hacemos referencia a este tema en razón a que, tratándose de situaciones extremadamente serias para el Derecho, a éste le interesa que se mantenga durante un plazo largo (diez años) la inseguridad jurídica en torno a la posibilidad de demandar la nulidad de un acto jurídico.

Se podría decir que el Derecho sacrifica la seguridad jurídica que debe proteger, en aras de que situaciones tan graves como aquéllas que dan lugar a la nulidad de los actos jurídicos, puedan remediararse.

Dada esta realidad, la ley sacrifica esa seguridad jurídica durante el plazo más largo previsto en la ley peruana (diez años).

Y esta situación no es gratuita, pues evidentemente, los plazos prescriptorios largos son verdaderamente desastrosos para la seguridad jurídica de las personas y sólo se justifican en razón de que los mismos tienden a preservar valores más elevados, que en el caso de la nulidad estarían dados por la desaparición jurídica de actos atentatorios contra principios jurídicos fundamentales.

Ello, en cambio, no ocurre en el caso de la anulabilidad, pues en función de la escasa gravedad de las causales que la originan, el Derecho no sacrifica por mucho tiempo la seguridad jurídica, lo que significa que importa poco para la ley el que un acto anulable, finalmente se anule o no se anule nunca.

4. LOS SUPUESTOS DE EFICACIA E INEFICACIA REGULADOS EXPRESAMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO

El Código Civil Peruano de 1984 regula en trece de sus artículos, de la manera más disímil, supuestos de eficacia e ineficacia.

Ese carácter inorgánico hace necesario que para abordar el tema resulte indispensable detenernos en cada uno de los supuestos mencionados, a fin de poder establecer el hilo conductor.

4.1. La existencia de la persona jurídica de derecho privado

Este tema es abordado por el artículo 77 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 77.- «La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

La *eficacia* de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros».

Con respecto a la razón de ser de esta norma, en torno a la eficacia, debemos decir que en el artículo citado se regula una situación frecuente en la práctica, ya que suele ocurrir que una persona jurídica constituida pero no inscrita en Registros Públicos, celebre actos jurídicos antes de su inscripción.

En tal sentido, habida cuenta de que el primer párrafo del artículo 77 establece que la existencia de la persona jurídica de Derecho Privado comienza el día de su inscripción en el Registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley, entonces llegaríamos a la conclusión de que los actos celebrados luego de constituida la persona jurídica y antes de su inscripción, son actos celebrados por un ente que no existe, jurídicamente hablando.

Dentro de tal orden de ideas, la ley regula esta situación de hecho sujetando la eficacia de los actos celebrados en su nombre a la condición suspensiva de que se inscriba en Registros Públicos y al hecho de que la propia persona jurídica ratifique dichos actos en el plazo de tres meses contados desde su inscripción.

Ahora bien, debemos preguntarnos si en estos casos es necesario que se declare la ineficacia de dichos actos.

Creemos que la negativa se impone, en razón de que la propia ley regula cuáles serían las consecuencias de la no inscripción en Registros y la no ratificación de los actos en el plazo establecido.

La consecuencia señalada por el tercer párrafo del artículo 77 es que las personas naturales que celebraron dichos actos en nombre de la persona jurídica que nunca existió, terminan siendo partes en dicho acto y, si se tratase de más de una persona, todas ellas serán solidariamente responsables frente a quienes se obligaron y frente a terceros.

En razón de lo expuesto es que consideramos no sería necesario en este caso hablar de un eventual plazo prescriptorio de la acción de ineficacia, pues basta el hecho de que la persona jurídica no se hubiese inscrito o, de haberse inscrito, que los actos celebrados por sus representantes no hubieran sido ratificados dentro del plazo de ley, para que dichos actos sean ineficaces en torno a la persona jurídica, pues esa persona jurídica nunca existió.

En otras palabras, se demande o no se demande una declaración de ineficacia, tales actos jurídicos nunca habrían podido ser

eficaces con respecto a una persona jurídica que jamás tuvo existencia para el Derecho.

4.2. Efectos del exceso de los límites del poder

Este tema es abordado en el artículo 161 del Código Civil, y, como fue indicado oportunamente, es el que motiva el presente análisis:

Artículo 161. - «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es *ineficaz* con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es *ineficaz* ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

Si nos preguntamos acerca de la razón de ser de esta norma, es evidente que ella se justifica en el hecho de que en caso de exceso de las facultades conferidas o de violación de dichas facultades; o incluso si el supuesto representante no tuviese tal condición, al carecer de la representación que se atribuye, sería injusto que el representado o supuesto representado se encuentre obligado con la contraparte del acto jurídico celebrado.

Sin embargo, la pregunta que habría que formular en este punto es la relativa a si corresponde declarar la ineficacia de esos actos o si los mismos son ineficaces *per se*.

Para tal efecto, consideramos conveniente distinguir, por un lado, el caso en el cual nos encontráramos frente a una persona que se atribuye una representación que no tiene en lo absoluto; es decir, el caso de alguien que dice ser representante, pero que no representa en sentido alguno al supuesto representado. Con ello queremos decir que el supuesto representado no le ha conferido ningún poder en ningún sentido al supuesto representante.

Debemos confesar que en una primera aproximación al problema, estimamos que en estos casos, al no existir vínculo jurídico entre el supuesto representado y el supuesto representante, la ineficacia con relación al supuesto representado de los actos jurídicos

celebrados por el supuesto representante, debía ser una ineficacia intrínseca, es decir, que los actos celebrados por él serían ineficaces *per se* con respecto al supuesto representado.

Dentro de esa primera aproximación, tal perspectiva significaba que no se requeriría de sentencia judicial alguna ni existiría plazo prescriptorio aplicable para que el supuesto representado pueda alegar, judicial o extrajudicialmente, que dichos actos (los celebrados por el supuesto representante) nunca serían eficaces con respecto a él, es decir que ellos no le serían oponibles.

Pensábamos así, al ponernos en la posibilidad de que alguien se atribuya una representación de cualquier persona y comience a celebrar actos jurídicos con terceros, sobre los cuales el supuesto representado recién tenga conocimiento muchos años después.

Resulta evidente que si cualquiera de nosotros fuese la víctima, nuestra primera reacción sería la de no aceptar que se sostenga que, por haber transcurrido un determinado plazo, dichos actos alguna vez tuvieron eficacia con respecto a nosotros.

Pensábamos que, si bien es cierto, se podría sostener que los terceros que celebraron actos jurídicos con el supuesto representante, podrían ver vulnerados sus derechos, mal haríamos en sostener que la ineficacia de dichos actos con respecto al supuesto representado tenga un plazo prescriptorio, ya que tales actos serían ineficaces *per se*.

Creíamos que en estos casos no podría existir plazo prescriptorio alguno, pues, sosteníamos que los actos del supuesto representante eran absolutamente ineficaces desde su celebración y por siempre con respecto al supuesto representado, quien nunca tuvo relación alguna de apoderamiento con el supuesto representante.

Sin embargo, luego cambiamos de opinión.

Lo hicimos, pues ocurre que en el Derecho Civil Peruano no hay ninguna acción que no prescriba, pues las que no prescriben, caducan –por disponerlo así la ley– y, dentro de la sistemática del propio Código, sólo son imprescriptibles las acciones contempladas en los artículos 373 (filiación), 664 (petitorio de herencia), 865 (de nulidad de la partición por preterición de un sucesor), 927 (reivindicatoria) y 985 (de partición); en tanto que sólo no caducan el derecho a que se declare la nulidad del matrimonio (artícu-

lo 276) y a que se declare la filiación extramatrimonial (artículo 410).

Entonces, queda claro que la acción de ineeficacia que tiene el supuesto representado contra los actos que celebró quien no tenía representación alguna de aquél, sí prescribe, quedando pendiente, únicamente, analizar cuál es la duración de ese plazo prescriptorio, el mismo que –de seguro– tendría que coincidir con los demás supuestos de acciones de ineeficacia que contiene el propio Código Civil. Pero, esta materia será analizada por nosotros en el punto 5 de este estudio.

No obstante todo lo anotado, dichas consideraciones están centradas únicamente en lo que respecta a la acción destinada a que se declare la ineeficacia del acto con respecto a aquel supuesto representado que nunca otorgó poder. Ello no implica, en lo absoluto, vulneración alguna del principio de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos (salvo en cuanto a éstos, si se trata de derechos y de obligaciones no transmisibles).

Queremos decir que el principio *res inter alios acta* queda incólume en lo que respecta a los efectos con respecto a terceros de los contratos celebrados entre las partes.

Decimos esto, porque, si bien puede darse el caso que haya prescrito la acción para que se declare la ineeficacia de un acto celebrado por terceros con respecto a uno mismo, queda claro que el principio *res inter alios acta* siempre podrá ser invocado por la parte que no celebró el acto, para sostener que los efectos del mismo no le son oponibles.

Sin embargo, debemos subrayar que esta invocación del principio *res inter alios acta* sólo será posible en lo que respecta a los actos o contratos celebrados por un supuesto representante con respecto al supuesto representado, es decir, de alguien a quien no se le había otorgado poder alguno; no así, en cambio, para los actos celebrados por el representante excediendo o violando las facultades conferidas. Las razones se exponen seguidamente.

Más sencillo de resolver que el caso del supuesto representante, que carecía en absoluto de poder, es el caso de los actos jurídicos celebrados por alguien que sí tiene la representación de otro,

pero que excede o viola las facultades que su representado le ha conferido.

Decimos esto, pues en muchísimos supuestos el exceso o violación de las facultades es una cuestión de interpretación, en donde para unos puede ser muy claro que existieron dichas facultades, en tanto que para otros dichas facultades se habrían conferido en términos diferentes.

Además, aquí los terceros se encontraban frente a alguien que sí tenía representación y el representado –para mal o para bien– había otorgado poder a su representante.

Entonces, en estos casos nos encontramos con que sí existe un vínculo jurídico entre representante y representado.

Aquí nunca podría existir una distancia –en términos de relaciones personales, comerciales o jurídicas– entre ambas personas (distancia que sí podría presentarse en el supuesto del segundo párrafo del artículo 161 del Código Civil).

En estos casos, jamás podríamos hallarnos ante el supuesto en el cual representante y representado ni siquiera se conozcan.

Aquí hay una sola realidad: el representado otorgó poder al representante y lo que está en discusión no es si el representante carecía de poder, pues resulta claro que el representante sí era tal (es decir, que sí tenía poder).

Lo que está en juego son los alcances de ese acto de apoderamiento, con respecto a los actos jurídicos celebrados por el representante y terceros, es decir, si esos actos jurídicos celebrados por el representante y los terceros se enmarcaban dentro de los límites de las facultades conferidas en el acto de apoderamiento cuya existencia es inobjetable.

Ello nos conduce a sostener que en estos casos, en cierta forma, el representado debe asumir un grado de responsabilidad con respecto a la eventual posibilidad de que los actos jurídicos celebrados por su representante con terceros, excediendo o violando las facultades conferidas, sí tengan eficacia en torno a dicho representado.

Y esa responsabilidad podría basarse en una implícita culpa *in eligendo*, es decir, la culpa que debe asumir el representado *por haber elegido mal* al representante que eligió.

Es esta circunstancia y el hecho de lo ambiguo que resulta en la teoría y en la práctica el exceso o supuesto exceso en las facultades, así como la violación de las mismas, lo que nos conduce a sostener –con plena certeza– que en estos casos para que los actos jurídicos celebrados por el representante sean ineficaces con respecto al representado, deberá necesitarse de una sentencia que los declare ineficaces.

Ello, por cuanto también se encuentra en juego la seguridad jurídica de terceros, que podrían verse perjudicados con dicha declaración de ineficacia.

En tal sentido, estimamos que la ineficacia con respecto al representado de los actos jurídicos celebrados por el representante, excediendo o violando las facultades conferidas, tampoco es una ineficacia intrínseca, vale decir, que dichos actos no son ineficaces *per se*, sino que para que lo fueren resultará indispensable de una sentencia judicial firme que así lo establezca.

Es la seguridad jurídica la que hará que, una vez transcurrido el plazo prescriptorio de la acción de ineficacia que pueda interponer el representado, los actos violatorios o excesivos celebrados por su representante, serán plena y absolutamente eficaces con respecto al representado.

Dicho esto, lo único que quedaría pendiente de análisis con respecto a este tema, es lo relativo a la duración del plazo prescriptorio de la acción de ineficacia, materia que será abordada por nosotros en el punto 5 de este trabajo.

4.3. *El fraude del acto jurídico*

La mayor cantidad de veces en que se menciona a la *ineficacia* en el Código Civil, la encontramos en las normas relativas al fraude del acto jurídico, concretamente en los artículos 195, 197, 198, 199 y 200, los mismos que analizaremos de manera individual.

4.3.1. *Los requisitos de la acción pauliana*

Este tema es regulado por el artículo 195 del Código Civil, norma de texto siguiente:

Artículo 195..- «El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren *ineficaces* respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.
2. Si el acto cuya *ineficacia* se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito».

Como puede apreciarse de la lectura de la norma citada, el artículo 195 regula la acción revocatoria o pauliana, derivada de la realización por parte del deudor de actos fraudulentos que estén destinados a disminuir de una forma u otra el patrimonio actual o futuro del deudor, perjudicando de esta forma la posibilidad del cobro del crédito.

La declaración de ineficacia del acto fraudulento no implica que se esté reclamando la nulidad o anulabilidad de dicho acto. Simplemente se solicita se declare ineficaz, vale decir, que a pesar de ser válido (pues no se encuentra afectado por ninguna causal de nulidad o anulabilidad) dicho acto deberá ser declarado ineficaz, es decir, que no surtirá efectos con respecto a los intereses del acreedor, que son precisamente aquellos intereses que esta acción busca tutelar.

En torno a la pregunta de si es necesario que la ineficacia a que se refiere el primer párrafo del artículo 195 del Código Civil sea demandada y declarada judicialmente, la respuesta afirmativa es evidente, pues resulta claro que los actos jurídicos fraudulentos no están afectados, de por sí, de ninguna causal de nulidad ni de anulación, lo que determina que al ser válidos resulten plenamente eficaces. De modo tal que será necesario para que pierdan esa eficacia que el acreedor perjudicado demande judicialmente dicha declaración de ineficacia y que los tribunales declaren fundada su demanda.

Caso contrario, el acto será eficaz y, evidentemente, perjudicará los intereses del acreedor, el mismo que se verá imposibilitado de cobrar al deudor que ha cometido dichos actos fraudulentos.

En torno al plazo prescriptorio de la acción revocatoria o por fraude pauliano, el mismo es establecido por el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, norma que la fija en dos (2) años, conjuntamente con el plazo prescriptorio de la acción de anulabilidad.

Nótese que en estos casos el plazo prescriptorio no es considerable o amplio en la medida que no se trata de un asunto que para el Derecho revista notoria importancia.

Por lo demás, la eventual declaración de ineficacia vía la acción revocatoria no es de orden público. Es de orden privado, siendo su único titular el acreedor que se sintiese perjudicado con el acto fraudulento.

4.3.2. Efectos de la revocación frente a los subadquirentes

Artículo 197. - «La declaración de *ineficacia* del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe».

Habida cuenta de la naturaleza y consecuencias de la ineficacia de un acto jurídico, la ley ha considerado conveniente proteger los derechos de los terceros subadquirentes de buena fe, frente a quienes sí resultaría eficaz el acto jurídico.

Prueba de que la acción revocatoria o pauliana sólo busca la declaración de ineficacia de un acto jurídico es que dicho acto puede ser declarado ineficaz con respecto al acreedor y seguir siendo eficaz con respecto a los terceros subadquirentes de buena fe. Al fin y al cabo, se trata de un acto válido.

4.3.3. Improcedencia de la acción revocatoria

El artículo 198 del Código Civil regula el tema de la improcedencia de la acción revocatoria. En tal sentido, establece lo siguiente:

Artículo 198.- «No procede la declaración de *ineficacia* cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta».

No vamos a ocuparnos de esta norma en sí, pues ella deriva de la ineficacia relativa al acto declarado ineficaz por fraude pauliano.

4.3.4. Acción oblicua

El artículo 199 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 199.- «El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto *ineficaz*.

El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de *ineficacia*, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto *ineficaz*, sino después que el acreedor haya sido satisfecho».

No corresponde analizar la ineficacia a que se hace referencia en el artículo 199, en la medida que ella no es regulada en esta norma como acción, sino más bien, se abordan diversas consecuencias del acto que ha sido declarado ineficaz.

4.3.5. Normas procesales aplicables a las acciones por fraude pauliano

Este tema se encuentra regulado en el artículo 200 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 200. - «La *ineficacia* de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable. Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra».

Tampoco vamos a ingresar al análisis del artículo 200, habida cuenta de que en el mismo no se trata de un supuesto nuevo de ineficacia, pues sólo se regulan los cauces procesales que deben seguir los juicios de ineficacia de actos gratuitos y de actos onerosos.

4.4. Valor de contraoferta de la aceptación tardía y de aquélla que no sea conforme a la oferta

Este tema se encuentra legislado en el artículo 1376 del Código Civil, precepto que dispone lo siguiente:

Artículo 1376. - «La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta.

Sin embargo, el oferente puede considerar *eficaz* la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante».

Como puede apreciar el lector, el artículo 1376 del Código Civil es una norma que se enmarca dentro de los preceptos relativos al consentimiento contractual y regula una ficción legal, en el sentido que el destinatario de una aceptación (es decir, el oferente) puede, si lo considera conveniente, quitarle el carácter de contraoferta a la aceptación tardía y a la oportuna que no sea conforme a la oferta, dando eficacia de aceptación a lo que en realidad constituye una contraoferta.

Ello, con el ánimo de que el contrato se celebre de una manera más rápida. Para tal efecto, la ley exige que el oferente (es decir, el destinatario de dicha aceptación) dé inmediato aviso, en ese sentido, al aceptante.

Resulta claro que dicha ficción legal no parte de ninguna acción judicial, pues para que la misma se produzca, únicamente es necesario que el oferente y destinatario de la contraoferta proceda extrajudicialmente conforme lo establece el citado numeral.

En virtud de ello, este supuesto de ineficacia no resulta útil a los efectos de nuestro estudio.

4.5. Autonomía de la oferta

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1383 del Código Civil:

Artículo 1383..- «La muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de *eficacia* a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible».

La norma transcrita se refiere únicamente a la eficacia de la oferta luego de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente, no existiendo en este caso ninguna eventual acción de ineficacia que deba ser reclamada a los Tribunales de Justicia.

Por tal razón, el citado precepto tampoco interesa a los fines de nuestro estudio.

4.6. Ineficacia de estipulaciones en los contratos con cláusulas predispuestas

El artículo 1399 del Código Civil regula el tema de la eventual ineficacia de estipulaciones en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. El texto de dicha norma es el siguiente:

Artículo 1399..- «En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de *eficacia* las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspon-

diente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral».

No cabe duda que el artículo 1399 es una norma destinada a proteger a los contratantes débiles, los mismos que son claramente identificables en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, en donde se trata de la parte que no ha preredactado dichos contratos o estipulaciones.

La citada norma establece que son ineficaces en dichos contratos las estipulaciones contrarias a las normas legales establecidas para el contrato en el que se inserten dichas cláusulas o estipulaciones, siempre y cuando estas últimas no hubiesen sido aprobadas administrativamente.

Pero, el artículo 1399 no establece una ineficacia absoluta de esas cláusulas, ya que relativiza considerablemente el tema cuando señala que ellas serán ineficaces, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Esta situación conduce a que el tema se circunscriba al análisis de cada caso concreto.

En tal sentido, no podríamos hablar de una ineficacia intrínseca o *per se*, sino de una ineficacia que debería ser declarada necesariamente por los Tribunales de Justicia.

Dentro de tal orden de ideas, será necesario que dicha acción de ineficacia tenga un plazo prescriptorio, pues, de lo contrario, se generaría una enorme inestabilidad jurídica.

4.7. Extensión de la obligación del fiador

El artículo 1873 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1873. «Sólo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más *eficaz* que el deudor».

Cuando en esta norma se hace referencia a la validez de la estipulación por la cual el fiador se obliga de un modo más eficaz

que el deudor, simplemente se está haciendo alusión a que es válido que el fiador se obligue de una manera más severa (es decir, a responder por un monto mayor) que el propio deudor.

Resulta evidente que en este caso no se está haciendo alusión a la eficacia o ineficacia como una acción judicial, razón por la cual esta norma no resulta de interés para nuestro análisis.

4.8. Derechos adquiridos al amparo de una norma extranjera

Dentro del Libro X, relativo al Derecho Internacional Privado, el artículo 2050 establece lo siguiente:

Artículo 2050. - «Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma *eficacia* en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres».

Esta norma tampoco hace referencia a la eficacia o ineficacia como una acción judicial, motivo por el cual la misma no interesa a los efectos del presente estudio.

4.9. Eficacia de las partidas de los registros parroquiales

Este tema es regulado por el artículo 2115 del Código Civil:

Artículo 2115. - «Las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes del catorce de noviembre de mil novecientos treintiséis conservan la *eficacia* que les atribuyen las leyes anteriores».

La presente norma tampoco regula la eficacia o ineficacia como una acción judicial. Por ello, no será objeto de análisis.

5. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

Como se ha podido apreciar en el punto 4 de este estudio, sólo tres de los trece artículos del Código Civil que hacen mención

expresa de la eficacia o ineficacia, regulan acciones susceptibles de ser interpuestas ante los Tribunales de Justicia para que se declare la ineficacia de actos jurídicos celebrados. Estos tres artículos contemplan cuatro supuestos; a saber:

- El artículo 161, en lo que respecta a la acción de ineficacia –a favor del supuesto representado– en torno a los actos jurídicos celebrados por una persona que se atribuía su representación, sin tenerla;
- El artículo 161, en lo que respecta a la acción de ineficacia –a favor del representado– en torno a los actos jurídicos celebrados por el representante, excediendo o violando las facultades conferidas por el representado;
- El artículo 195, en lo que respecta a la denominada acción revocatoria o pauliana, destinada a que el acreedor reclame se declaren ineficaces con respecto a él los actos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito; y
- El artículo 1399, en lo que respecta a la acción que puede interponer la parte que no hubiere preredactado el contrato, para que se declare la ineficacia de las estipulaciones contenidas en los contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, que no hubieran sido aprobadas administrativamente, en tanto sean contrarias a las normas que la ley establece para el contrato en el que estén insertadas.

Ahora bien, de los cuatro supuestos de acciones de ineficacia regulados por el Código Civil, sólo uno de ellos tiene plazo prescriptorio expresamente previsto.

Se trata de la acción de ineficacia por fraude pauliano, más conocida como acción revocatoria, nombre con el cual se le identifica en el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, precepto que le otorga un plazo prescriptorio de dos años.

En tal sentido, cabría formularnos la pregunta de si existirían razones de orden jurídico para sostener que el plazo prescriptorio de las acciones de ineficacia de los actos jurídicos contempladas en los artículos 161 y 1399 del citado Código, debieran ser distintos al de la acción de ineficacia por fraude pauliano.

A nuestro juicio, la respuesta es negativa, pues las acciones de ineficacia no versan sobre supuestos que constituyan casos de orden público.

Se podría decir que la ley, en cuanto a su gravedad, equipara los casos de ineficacia a los casos de anulabilidad, concediendo a ambos el mismo plazo prescriptorio de dos años.

Por otra parte, no debemos olvidar que los cuatro supuestos de ineficacia en los que se contempla acciones judiciales, son actos esencialmente ratificables.

Como se sabe, la ratificación muchas veces es confundida con la confirmación de los actos jurídicos, siendo ambas figuras distintas.

La confirmación tiene su lugar natural en los actos jurídicos anulables y es la figura por la cual, ya sea de manera expresa o tácita, el perjudicado, es decir, aquella persona que tendría derecho a intentar judicialmente la anulación del acto jurídico, puede confirmarlo, es decir, darle plena y perpetua validez (artículos 230, 231 y 232 del Código Civil).

Por su parte, la ratificación se presenta en los actos susceptibles de ser declarados ineficaces, debiendo los mismos ser ratificados por la persona que tendría derecho a demandar su ineficacia, ya sea que esta persona hubiere participado o no en la celebración de dicho acto.

Así, si nos hallásemos en el caso del artículo 161 del Código Civil, resultaría evidente que si el representante hubiese excedido o violado las facultades conferidas por su representado, o si se tratase de un supuesto representante a quien nunca se le otorgó poder alguno, dicho representado o supuesto representado no habría celebrado –él mismo– el citado acto jurídico. Sin embargo, es él quien podría ratificar el acto, sea de manera expresa o tácita.

Por otra parte, en el caso del fraude pauliano, resulta evidente que los actos fraudulentos no son celebrados por el acreedor perjudicado. Sin embargo, dicho acreedor perjudicado tiene derecho a demandar se declaren ineficaces dichos actos; y ese mismo acreedor tendría la facultad de renunciar expresa o tácitamente a plantear dicha acción, ratificando la eficacia de los actos jurídicos que le fueren perjudiciales.

Ello sería raro en la práctica, pero no imposible.

Finalmente, en el caso de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, quienes pueden demandar la ineficacia de las cláusulas no aprobadas administrativamente, que fueren contrarias a las normas legales que regulen dichos contratos, no son terceros, es decir, personas que no hubiesen participado en la celebración de tales actos o contratos.

A diferencia de los casos contenidos en los artículos 161 y 195 del Código Civil, quien puede demandar la ineficacia en el caso del artículo 1399 es una de las partes contractuales (aquélla que no prerrredactó el contrato).

Dentro de tal orden de ideas, sería esta misma parte aquélla que podría ratificar, de manera expresa o tácita, la eficacia de dichas cláusulas contractuales.

En tal sentido, se puede apreciar que en los tres casos de actos ineficaces en donde el Código Civil concede acción judicial al perjudicado, cabe la ratificación de dichos actos.

Así como la confirmación implica que el perjudicado otorga plena validez al acto jurídico que era susceptible de anulación, la ratificación implica que el perjudicado otorga plena eficacia al acto jurídico que era susceptible de ser declarado ineficaz.

En abono de sostener que el plazo prescriptorio común a las acciones de ineficacia es de dos años, podría sostenerse que la ratificación tiene similar propósito que la confirmación, pero que incluso la ratificación implica un acto de menos severidad que la confirmación, pues la confirmación evita que el acto se pueda anular, es decir, que se declare inválido, en tanto la ratificación no evita que el acto se pueda declarar inválido, sino solamente que el acto no se pueda declarar ineficaz.

Dentro de tal orden de ideas, no debemos olvidar que el artículo 2001 del Código Civil regula de manera gradual los plazos prescriptores, según las causas que originan las acciones sean de mayor o menor gravedad, contemplando en el inciso 1 los casos más serios o delicados (para los que otorga diez años), y en el inciso 4 los supuestos más leves (en los que otorga dos años).

Así, si en el inciso 4 se regula la prescripción de la acción de anulabilidad, concediéndosele sólo dos años, al igual que a la ac-

ción de *ineficacia* del acto jurídico por fraude pauliano, es evidente que los demás casos de ineficacia (artículos 161 y 1399 del Código Civil) no pueden tener un plazo prescriptorio mayor, pues se trata de supuestos teóricamente menos graves que los que dan lugar a la anulación de los actos jurídicos, habida cuenta de que los supuestos de ineficacia jamás ponen en juego la validez de los actos.

Además, si en el citado inciso 4 se reguló uno de los cuatro supuestos de acciones de ineficacia contemplados por el Código Civil, al no existir plazos prescriptorios generales más cortos, entonces no existe ningún elemento que nos pueda conducir a pensar que el plazo prescriptorio de las acciones de ineficacia reguladas en los artículos 161 y 1399 del Código Civil, puedan ser mayores a dos años.

Sin embargo, consideramos que en el caso del supuesto representante, vale decir de aquél que se atribuye una representación que nunca le fue otorgada –pues jamás se le confirió poder alguno– sería muy injusto que el plazo prescriptorio comenzara a correr inmediatamente después de celebrado el acto jurídico.

Decimos esto, pues –como fue expresado oportunamente– podría ocurrir que no exista vínculo alguno –ni siquiera de conocimiento– entre el supuesto representante y el supuesto representado; de modo tal que dicho plazo prescriptorio debería comenzar a computarse en momento posterior. Pensamos sería justo se comenzara a computar desde el momento en que el supuesto representado tome conocimiento de la celebración del acto jurídico.

De lo contrario (es decir, si se empezase a contar desde la celebración del acto), resultaría muy fácil que transcurra y finalice el decurso prescriptorio sin que el supuesto representado haya tenido –siquiera– la menor posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

DOCE RAZONES PARA PENSARLO BIEN...
(a propósito de la antigua –y muy reiterada–
aspiración de que la propiedad inmueble se transfiera
con la inscripción en el Registro)

*Mario Castillo Freyre**

SUMARIO:

1. *Planteamiento del problema*
2. *¿Una propuesta novedosa?*
3. *Importancia del sistema de adquisición de propiedad*
4. *La búsqueda de seguridad: Importancia de la publicidad registral*
5. *¿Conviene cambiar nuestro actual sistema de transferencia de propiedad?*
 - 5.1. *La finalidad del sistema de transferencia de propiedad*
 - 5.2. *La idiosincrasia de los peruanos*
 - 5.3. *El problema de la pobreza*
 - 5.4. *El crecimiento de las desigualdades*
 - 5.5. *El analfabetismo*
 - 5.6. *¿Y dónde está el análisis jurídico y social? La discriminación*
 - 5.7. *La imposibilidad de que el cambio propuesto uniformice la realidad jurídica*
 - 5.8. *¿Más cara la lavada que la camisa?*
 - 5.9. *La falsificación de títulos*

* Este artículo se basa en la ponencia expuesta por el autor en el V Congreso Nacional de Derecho Registral, organizado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y llevado a cabo en la ciudad de Trujillo, los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2004.

El autor agradece la colaboración de la señorita Verónica Rosas Berastain, Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asistente de Docencia del Curso de Contratos Típicos I en la Facultad de Derecho de dicha Universidad.

- 5.10. *La deficiente infraestructura estatal*
 - 5.11. *¿Y los numeritos...? La ausencia de un estudio económico*
 - 5.12. *La ausencia de un catastro*
6. *A modo de conclusión*

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Hoy la importancia del Registro no se encuentra en discusión; por el contrario, es constantemente subrayada, siendo el eje central de innumerables disertaciones y Congresos así como de artículos y escritos académicos.

Advirtiendo aquello, en este ensayo hemos querido concentrarnos en el examen de los temas más polémicos que vinculan a las materias contenidas en el Libro de Derecho de Obligaciones del Código Civil con la materia registral.

Reconociendo la existencia de una gran variedad de tópicos tan polémicos como interesantes, consideramos que, de todos ellos, el referido a la transferencia de propiedad inmueble es el que ocupa un rol protagónico.

Para ser más exactos, en este artículo nos centraremos en determinar si la propiedad inmueble debe seguirse transfiriendo en virtud de la sola obligación de enajenar o si para que opere tal transferencia debería ser necesaria la inscripción registral.

Esta interrogante ha conducido a que, desde el segundo quinquenio de los años noventa del siglo pasado, se hable mucho acerca de la necesidad de implantar –en paralelo con la actual clasificación de los bienes muebles e inmuebles– otro criterio clasificatorio que los divida en registrados y no registrados, ello con el propósito de modificar el sistema de transferencia de propiedad hoy imperante.

En las páginas que siguen procuraremos dar una perspectiva distinta sobre el tema, para lo cual partiremos de una premisa que consideramos esencial, esto es, que el Derecho como ciencia no debe perder el valor de la justicia, así como tampoco debe olvidar que la cautela y la ponderación son instrumentos que deben guiar permanentemente nuestro camino y contribuir a que logremos ese objetivo de justicia.

2. ¿UNA PROPUESTA NOVEDOSA?

Como es de conocimiento público, desde hace unos cuantos años, esta propuesta de modificación legislativa ha sido colocada estratégicamente en el centro de la vitrina en la que se exhiben los cuestionamientos propios de los derechos reales y de obligaciones.

Sin embargo, debemos advertir que dicha propuesta, aunque pueda resultar atractiva por sugerir una ruptura con lo tradicional, no es para nada novedosa.

En principio constituye una idea importada de los sistemas jurídicos germanos en los cuales el Registro es constitutivo de propiedad y no declarativo, como sí lo es en los sistemas que, como el nuestro, siguen el modelo francés.

A esto hay que agregar que en nuestro medio, el gran maestro Manuel Augusto Olaechea, en la década de 1920, se había referido a esta forma de clasificar los bienes y sus incidencias en la transferencia de propiedad de aquéllos. Aunque Olaechea no negaba que un sistema como el planteado, promocionado en aquellos tiempos por el doctor Pedro M. Oliveira, fuera técnicamente superior por brindar en mayor grado la tan ansiada seguridad, tampoco negaba que en ese momento era impracticable en el país.

Varias décadas más tarde, en los años ochenta, el doctor Carlos Cárdenas Quirós retomó esta tesis. Este destacado jurista nacional, resaltó que el Proyecto de la Comisión encargada del Estudio y la Revisión del Código Civil de 1936, optó en un primer momento por pronunciarse a favor de una clasificación de los bienes en registrados y no registrados. Sin embargo, añadió, la Comisión Revisora enmendó dicho proyecto conservando la distinción tradicional de bienes muebles e inmuebles.

En la década siguiente, precisamente en el año de 1994, el doctor Felipe Osterling Parodi y quien escribe estas líneas, propusimos en el primer tomo de nuestro Tratado de las Obligaciones, la modificación correspondiente del Código Civil en esta materia y en este mismo sentido, aunándonos a ese viejo planteamiento de cambiar el sistema de transferencia de propiedad en el Perú.

Algunos años después, otros destacados profesores han levantado sus voces a favor de efectuar esos cambios en nuestra legislación. Ellos promovieron en el segundo gobierno de Alberto

Fujimori la modificación del Código Civil, habiéndose incluso aprobado en el Congreso de la República, un Proyecto de Ley que instituía el doble régimen clasificatorio de los bienes y el sistema de transferencia de propiedad en virtud de la inscripción registral, aplicable para los bienes registrados.

En ese entonces, este Proyecto de Ley fue observado por el Poder Ejecutivo y no se produjo la insistencia del Congreso, por lo que el tema volvió a quedar como elemento de permanente discusión y actualidad.

Puesta en evidencia esa falta de novedad del tema, me encuentro obligado a poner también en evidencia que en los últimos años ha cambiado mi postura sobre el mismo.

No sé si los años me han vuelto más reflexivo y más cauto, pero simplemente ya no estoy convencido de la idoneidad de modificar la clasificación de los bienes, ni tampoco con variar las formas de transferencia de propiedad y la naturaleza declarativa del Registro.

Permitanme explicarles el por qué de mi cambio de opinión. Para ello vamos a referirnos, entre otros, a dos materias fundamentales: la importancia del sistema de adquisición de propiedad y la importancia de la publicidad registral.

3. IMPORTANCIA DEL SISTEMA DE ADQUISICIÓN DE PROPIEDAD

Nuestro estudio parte de una premisa que a estas alturas carece de rasgo alguno de duda, esto es, la premisa de que la adquisición de la propiedad es un proceso crucial en tanto marca el inicio de una titularidad que no sólo compromete a las partes involucradas directamente en la operación, sino a todos los sujetos frente a los cuales el propietario ejerce su dominio.

Como resulta lógico en cualquier sociedad, que como tal se encuentra organizada y cuenta con instrumentos de orden social, el sistema jurídico es el único legitimado para establecer las formas en que se realiza la transmisión de propiedad.

Si nos remontásemos en el tiempo a la Roma antigua y recordáramos las diversas formas en que se adquiría la propiedad entonces, estoy seguro de que coincidiríamos en lo absurdo que sería tratar de volver a emplear en tiempos modernos esos mecanismos de transferencia.

Imaginemos, por un momento, que cada vez que deseáramos vender algo, tuviésemos que conseguir cinco testigos que, salvo que sean amigos cercanos o generosos familiares, posiblemente nos cobren por la pérdida de su tiempo.

Además de conseguir esos cinco testigos, sería necesario otro sujeto encargado de portar una balanza, para colmo de bronce. Usted vendedor o enajenante y su contraparte, el comprador o adquirente, tendrían que colocarse ante el objeto que va a enajenarse. El adquirente, sosteniendo en una mano un pedazo de bronce, o, para facilitar las cosas y no acrecentar la demanda de bronce, sosteniendo un manojo de billetes o un cheque o algún instrumento análogo. Con la otra mano tendría que tocar o asir la cosa que piensa adquirir. Pero como esto no es suficiente, tendría, además, que recitar –haciendo gala de su memoria– la siguiente frase: «declaro que este objeto es mío por derecho y que lo he comprado con este bronce y esta balanza de bronce». Para concluir por fin la transferencia, el adquirente debería tocar la balanza con el dinero como símbolo de precio.

Si imaginarse toda esta operación, denominada *mancipatio* en épocas romanas, ya resulta tedioso y hasta ridículo, ello sería aún peor si pusiésemos como escenario una tienda por departamentos, una farmacia, o incluso una simple bodega, para reafirmar que hoy una figura así, sería simplemente inimaginable.

No cabe entonces preguntarnos por qué fracasó este sistema en la propia Roma, pues fluye de su simple lectura lo absurdo y costoso que era.

Por otro lado, la *in jure cessio* permitía la transferencia de propiedad tanto de cosas *mancipi* como de *nec mancipi*. Su aplicación actual también resultaría no sólo costosa sino también complicada.

En la *in jure cessio* tendríamos que ir, enajenante y adquirente, ante un magistrado. Tendríamos que involucrar en el mismo acto de transferencia a un juez, como si los jueces no tuvieran cosas más importantes que hacer.

Por último, asumamos la tan conocida *traditio* que reemplazó, gracias a Justiniano, a la *mancipatio*. *Traditio*, como sabemos, significa entrega y puede implicar la transferencia de la tenencia, la posesión o la propiedad. Esta parte es menos difícil de imaginar,

en realidad ni siquiera tenemos que forzar nuestra imaginación, ya que después de todo no hemos dejado de utilizar este medio de transferencia para los bienes muebles en donde es indispensable la noción de entrega, más allá de que aquélla pueda ser real o ficta.

Cabe resaltar, en palabras del profesor Martín Mejorada, que los mecanismos de adquisición de la propiedad previstos en el Derecho Romano que acabamos de delinear no constituyeron formas de publicidad que tuvieran el propósito de informar al mercado sobre la existencia de un nuevo titular.¹

Agrega el citado autor que las fórmulas romanas sobre adquisición fueron expresión del espíritu exterior y sensibilidad material, con el que los romanos trataron sus diversos sistemas de vida. Estas fórmulas constituyen símbolos de la voluntad, antes que instrumentos de publicidad.²

Dicho esto, situémonos nuevamente en la historia pero esta vez en el escenario francés propio del *Code Napoléon*. Allí, lo primero que salta a la vista es que el modelo liberal del siglo XIX sobre el cual se sustentó este cuerpo normativo tuvo como gran protagonista al derecho de propiedad. Alrededor de aquel derecho, que era considerado como absoluto e inalienable, giraban todas las demás instituciones, entre las que se encuentran el contrato e incluso la responsabilidad civil.

Portalis, tras analizar las normas del Proyecto del Código Civil francés, sintetiza esa trascendencia al expresar que el cuerpo entero del *Code* se encuentra consagrado a definir todo aquello que puede referirse al ejercicio del derecho de propiedad. Asimismo, resalta que este derecho es el fundamento sobre el cual reposan todas las instituciones sociales, y que para cada individuo es tan precioso como la vida misma, ya que asegura los medios de conservarla.

Dentro de este esquema, el contrato era concebido, entonces, como un instrumento cuya finalidad se circunscribía, básicamente,

¹ MEJORADA CHAUCA, Martín. «Fundamento de la publicidad en la adquisición de propiedad romana». En: *Catedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Palestre Editores S.R.L., año 3, n.º 5, 1999, p. 42.

² MEJORADA CHAUCA, Martín. *Op. cit.*, p. 42.

a transmitir la propiedad. La voluntad, al ser productora de un negocio jurídico, posibilitaba la circulación de la propiedad.

Siguiendo esa lógica, en Francia, más allá de las controversias y polémicas que en su momento se generaron, se estableció que la propiedad de los inmuebles se transmite como efecto de la estipulación.

Pero en el caso de los bienes muebles, a pesar de que la norma del Código Civil francés también establecía que su propiedad se transfería con la sola obligación de enajenar, este principio cayó rápidamente en desuso, en función a la existencia de ese otro principio que reza que la posesión vale título, razón por la cual, siguiendo la tradición romana, se continuó con la costumbre de que, a diferencia de lo que ocurría con los bienes inmuebles en los que la tradición no transmite dominio sino simplemente pone al adquirente en aptitud de servirse de la cosa, la entrega del bien mueble resultaba imprescindible para la transmisión de la propiedad.

El Código Civil peruano de 1852 siguió el modelo Francés, situación que a pesar de las múltiples discusiones que se han suscitado desde entonces, no ha variado ni en el Código de 1936 ni en el vigente.

El Código Civil peruano de 1984 –que acaba de cumplir 20 años– norma la transferencia de bienes muebles en el artículo 947, estableciendo como requisito la tradición de éste. Lo que implica, como sucede también en el Code, que en el caso de los bienes muebles la posesión equivale a título.

En lo que concierne a los bienes inmuebles, nuestro legislador tampoco se apartó del sistema napoleónico, señalando, en su artículo 949, que «la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Esta norma, como señalase el ilustre Olaechea en su famoso Memorándum a la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, crea en nuestro país un sistema de propiedad relativa, que, sin embargo, puede convertirse en absoluta si los contratantes y, por supuesto sus abogados, aplican adecuadamente las normas registrales.

4. LA BÚSQUEDA DE SEGURIDAD: IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD REGISTRAL

La aplicación de las normas registrales y, en consecuencia, de los principios que las sustentan se presenta así como relevante en este asunto tan intrincado de la transferencia de propiedad. La razón es muy simple: gracias a la publicidad registral se convierte la propiedad en absoluta al otorgar la tan ansiada, y aún buscada en nuestro medio, seguridad jurídica.

Como anota Jorge Gonzales Loli, la seguridad jurídica es un valor esencial del Derecho, en tanto afianza la justicia, asegura la libertad, propende a la paz social y, en consecuencia, resulta imprescindible para alcanzar el célebre bien común³ al que aspira todo sistema o, mejor dicho, toda sociedad. Esta seguridad debe alcanzar tanto a la titularidad y al contenido de los derechos como a la protección del tráfico sobre los mismos.

Así, agrega el citado autor, la publicidad registral se justifica, en esta línea de pensamiento, por ser el instrumento más eficaz de seguridad jurídica en la constitución, modificación y extinción de los derechos reales sobre inmuebles. La publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica mediante la protección y potenciación de derechos ya creados, dotando a los derechos inscritos de las presunciones de pertenencia, existencia y alcance; así como otorgándoles efectos sustantivos que colocan los derechos publicados en planos superiores de legitimación.⁴

De esta manera, la publicidad registral se presenta como una creación del Estado para reemplazar a la publicidad posesoria cuando ésta ya no resultaba adecuada para satisfacer la necesidad de certidumbre en la contratación y otorgar seguridad jurídica en la misma, respecto de ciertos tipos de bienes perfectamente identificables e individualizables. Constituye, por ende, el sistema más perfecto que se ha inventado hasta la fecha para publicar si-

³ GONZALES LOI, Jorge Luis. «Seguridad jurídica y registro inmobiliario: un enfoque desde el análisis económico del Derecho». En: *Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima*. Lima, 1997, año VII, n.º 6, p. 113.

⁴ GONZALES LOI, Jorge Luis. *Op. cit.*, p. 113.

tuaciones jurídicas, oponer derechos, tutelarlos y brindar seguridad en el tráfico de los mismos.⁵

5. ¿CONVIENE CAMBIAR NUESTRO ACTUAL SISTEMA DE TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD?

Luego de revisar lo referente a la transferencia de propiedad y al rol de la publicidad registral, avoquémonos a la pregunta concreta de si es necesaria la reforma que se pretende realizar, si es necesario, o mejor aún, conveniente, cambiar la clasificación de los bienes, cambiar los modos de transmitir propiedad y otorgar a la inscripción registral naturaleza constitutiva.

Nosotros, sinceramente, no estamos convencidos de ello. Es más, creemos que tal cambio no resultaría conveniente en la actualidad. Decimos esto en base a doce razones que a continuación desarrollaremos en detalle.

5.1. *La finalidad del sistema de transferencia de propiedad*

Un sistema de transferencia de propiedad, como bien señala Fernández Cruz,⁶ debe responder a un criterio de política social y no de tentación académica: el Derecho, para cumplir sus fines debe regular a una realidad determinada, de aquí que la solución legal que se adopte debe responder a las necesidades de todos los individuos de la comunidad sobre la que pretende aplicarse.

En este orden de ideas, se puede afirmar que no existe un sistema perfecto de transferencia de propiedad.

Sólo en un mundo utópico, un sistema de transferencia de propiedad cumple, sin inconveniente alguno, tres finalidades:⁷

⁵ DELGADO SCHEELJE, Álvaro. «La publicidad registral. Eficacia material y principios registrales». En: *Catedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: Palestra Editores S.R.L., año 3, n.º 3, 1998, p. 42.

⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En: *Thémis*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1994, Segunda Época, n.º 30, 1994, p. 151.

⁷ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*, p. 151.

maximiza la circulación de la riqueza; reduce los costos de transacción; y reduce, o mejor aún, elimina todo riesgo de adquisición de un *non domino* o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión.

Ahora bien, para contestar la interrogante propuesta empecemos por preguntarnos si con un sistema fundado en el principio consensualista para la transferencia de propiedad de inmuebles se diluyen por completo los incentivos para acudir a Registros Públicos.

Por nuestra parte creemos que no, pues hoy en día, pese a que las inscripciones registrales tienen naturaleza declarativa, existen sólidos argumentos que actualmente, de un modo u otro, incentivan a las personas a acudir a Registros. Si quisiéramos ser esquemáticos podríamos señalar tres razones esenciales:

- a. En primer término, la gente inscribe la transferencia de sus bienes inmuebles porque al registrar la propiedad del bien hace oponible su derecho frente a todos, es decir que los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia porque simplemente tuvieron la posibilidad de conocer gracias a la publicidad que brinda el Registro.⁸
- b. En segundo lugar, hoy en día la gente inscribe sus actos puesto que el Registro otorga confianza a los terceros⁹ que realizan transacciones con el titular del derecho inscrito. Esta confianza genera a su vez rapidez en la transacción haciéndola, además, menos costosa. Es decir, facilita la tan ansiada circulación de la riqueza.¹⁰

⁸ La publicidad persigue, en este caso concreto, la protección de la seguridad jurídica en su manifestación estática.

⁹ En este caso, como se observa, se está protegiendo la denominada seguridad dinámica.

¹⁰ Como anota Álvaro Delgado Scheelje, la eficacia o efecto material de la publicidad registral radica en que la misma produzca cognoscibilidad general y oponibilidad *erga omnes* hacia terceros. Como resultado, los terceros no podrán alegar desconocimiento o ignorancia porque siempre tuvieron la posibilidad de conocer y saber. Por el contrario, aquello que no esté publicado no debe perjudicarlos ni oponérseles por cuanto nunca tuvieron la posibilidad de conocerlo.

- c. En tercer lugar, y desde el punto de vista del titular del bien, le es útil registrarlo pues ello le permite tener un medio de prueba, adicional y muy importante, respecto de su derecho.

Estos incentivos han llevado a que, cada vez más, aumente el número de personas que inscriben sus actos de transferencia de manera voluntaria, y prueba de ello es el enorme crecimiento de la actividad registral de los últimos años.

La inscripción registral, pese a no ser obligatoria, pese a no ser constitutiva de derechos, ha dejado de ser, para un amplio sector de peruanos, un acto exótico o eventual, constituyendo, en cambio, una práctica constante de protección de derechos.

Las condiciones registrales en el Perú han dejado —por mucho— de tener la precariedad que en 1925 invocaba Olaechea, de modo tal que ese no sería el principal problema que nos conduzca a negar el cambio de un sistema declarativo a uno constitutivo de propiedad.

Nuestra posición se sustenta también en otras razones, las cuales se derivan de confrontar la aséptica teoría con la dura realidad del Perú.

5.2. La idiosincrasia de los peruanos

El segundo problema estriba en que la idiosincrasia de nuestro pueblo, tan proclive a la informalidad en todos los planos, como son la vida misma, la persona, la familia y todos los ámbitos de la actividad jurídica, civil y comercial, no va a cambiar por el solo hecho de que una ley así lo establezca.

La informalidad es una de las características de nuestro país y ello se hace patente en nuestras actividades económicas en las que

Lo que interesa, tanto para la tutela de derechos como para la seguridad jurídica en el tráfico patrimonial, son los efectos exteriorizados de aquellos actos, así como la vigencia y duración en el tiempo de dichos efectos. El titular y los terceros resultarán beneficiados o perjudicados dependiendo de si la situación o derecho se encuentra publicada o no. (DELGADO SCHEELJE, Álvaro. «La publicidad registral. Eficacia material y principios registrales». En: *Cátedra. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos*. Lima: Palestra Editores S.R.L., año 3, n.º 3, 1998, pp. 43 y 44).

el 75% de los peruanos trabaja en condiciones de precariedad laboral y donde el subempleo alcanza a más del 50%.

Sobre el tema que nos convoca cabe mencionar que el 61% de las viviendas urbanas en todo el país tienen diversos problemas de precariedad. Entre ellos, títulos de propiedad fragmentados o inexistentes o realidad registral desfasada de los cambios físicos incorporados a los inmuebles durante los años.¹¹

Si bien son variadas las causas que sustentan la informalidad, debemos resaltar que el que muchas personas, tanto naturales como jurídicas, opten por ella se encuentra justificado, principalmente, por lo *costosa* que resulta la formalidad, tanto en tiempo como en recursos (humanos y económicos). No son pocos los que, a pesar de ser conscientes de las ventajas que entraña la formalidad en tanto brinda mayor seguridad y reduce los denominados costos de transacción, privilegian sus costos inmediatos sobre aquéllas.

Aunque la informalidad es condenada por académicos, empresarios y por el gobierno, lo cierto es que la mayoría de la población no ve con malos ojos a un informal debido a que comprenden que ser *formal* en el Perú es difícil.

Para reducir la informalidad en el Perú, el gobierno y la sociedad deben trabajar de la mano, no basta una norma que lo imponga; así no funcionan las cosas, pues de lo contrario qué fácil sería todo si fuera así, si bastara con colocar en un papel el modelo de sociedad que deseamos y mágicamente éste se materializara.

5.3. El problema de la pobreza

Aunque resulta irónico, si bien el objetivo de la formalización de la propiedad urbana no es sólo la formalización por y en sí misma, sino el aprovechamiento de todos los beneficios subyacentes

¹¹ También se encuentran en la informalidad una multiplicidad de programas de vivienda desarrollados por el Estado a través de diversas agencias creadas con ese fin específico, debido a que en determinado momento se alentó este tipo de proyectos como parte de la política de vivienda. Sin embargo, han tenido serias deficiencias en materia legal, lo que ha impedido que los adjudicatarios beneficiados con estos programas, cuenten con su titularidad debidamente reconocida por el sistema público registral.

tes a ella —los mismos que van más allá de la seguridad que brinda a los propietarios el reconocimiento formal por parte del Estado de sus propiedades e incluyen aspectos tales como facilitar el acceso al mercado financiero, posibilitar la transferencia en herencia y promover las inversiones en áreas urbano marginales—, todo ello conduce a un objetivo ulterior: reducir la pobreza en el país, no puede lograrse sin antes enfrentar el problema mismo de la pobreza.

Existe una enorme brecha entre los países cuya normativa queremos importar y el nuestro. La pobreza es una de ellas y no la podemos ignorar.

Nuestra realidad económica es diametralmente opuesta a la de los países desarrollados. James D. Wolfensohn, Presidente del Banco Mundial, señala al respecto: «la diferencia entre los países ricos y los pobres se está haciendo mayor, los ricos se están haciendo más ricos, y los pobres más pobres».

Mientras en los países desarrollados las prioridades son otras, la gran mayoría de nuestra población se encuentra preocupada por sustentar sus necesidades básicas, por sobrevivir en el *aquí y ahora*, preocupándose, por tanto, en solventar sus gastos más elemen-

Otro importante sector informal se encuentra en los denominados Centros Urbanos Informales, que son asentamientos surgidos sobre los terrenos agrícolas que se encuentran en las zonas de expansión urbana de las grandes ciudades. Su origen, sin llegar a ser la invasión de tierras, se sustenta en la subdivisión, urbanización y venta clandestina de estos terrenos agrícolas, por parte de sus propietarios, exparceleros de las grandes cooperativas agrarias, o exbeneficiarios de reforma agraria.

La formalización de la propiedad en el Perú se ha centrado principalmente en atacar el problema de los denominados asentamientos humanos, que no son otra cosa que invasiones producidas sobre terrenos de propiedad estatal o privada.

Sin embargo, un importante porcentaje de la informalidad también se presenta bajo otras modalidades; es el caso de las denominadas urbanizaciones populares, los programas de vivienda del Estado, los denominados centros urbanos informales y los centros poblados.

Para afrontar estos casos de informalidad, la Comisión de Formalización de la Propiedad COFOPRI, generó reformas legales e institucionales que permiten realizar procedimientos de saneamiento físico legal a bajo costo, con procedimientos simplificados y otorgando seguridad jurídica a los beneficiarios del programa, contando con la participación activa de la población y sus representantes. (QUEVEDO MERA, Jorge Luis. *Ámbito de la informalidad. Tipología de la propiedad informal.* <http://www.cofopri.gob.pe/Temas/Temas.asp?Temas='0002'>).

tales y rehuir de los que no lo son. En ese orden de ideas, lo que para las personas de los países altamente desarrollados puede ser natural, esto es, asumir los costos y los beneficios de la formalización, en el Perú la gran mayoría prefiere alejarse de esos costos, aunque ello implique darle la espalda a sus ulteriores –y tal vez mayores– beneficios.

5.4. *El crecimiento de las desigualdades*

Derivado del factor anterior encontramos, como otro obstáculo, al fuerte crecimiento de las desigualdades, que no se materializa sólo en la brecha existente entre países sino también al interior de aquéllos, actuando, en ambos casos, como frenos para el desarrollo y el bienestar general.

Como bien afirma el profesor Armando Guevara Gil, son dramáticas las diferencias que corroen nuestro tejido social, las cuales pueden ser retratadas con referencias a algunas cifras sobre la pobreza, el desempleo y la distribución del ingreso nacional: La primera, definida según el método de la línea de pobreza o el de las carencias críticas, afecta a la mitad de los peruanos. Sólo en Lima, el 80% de la población (más de 5 millones y medio de personas) se encuentra en situación de pobreza y el 90% de limeños destina el 80% de sus ingresos para solventar sus gastos de alimentación. Peor aún, cerca del 20% de peruanos padece extrema pobreza (recientes mediciones reducen el estimado al 15% pero debido al notorio manejo político de las estadísticas que practicaba el gobierno de Fujimori, anotamos el cálculo anterior). De estos 5 millones, más de 1/3 corresponde a la población llamada «indígena», más de la mitad es mujer (por eso se habla de la feminización de la pobreza) y por lo menos el 50% de los niños padece desnutrición crónica. (El Instituto Cuánto y el Instituto Nacional de Estadística y Informática definen a un pobre extremo como aquél que no puede gastar ni siquiera 3.5 nuevos soles al día en una canasta básica de alimentos. En cambio, un pobre es aquél que puede subvenir sus necesidades alimentarias mínimas pero no puede cubrir el costo de otros bienes y servicios esenciales como vivienda, educación,

transporte o electricidad. En cualquier caso, su gasto diario no alcanza los 7 nuevos soles).¹²

Con estas cifras cómo poder afirmar que los 28 millones de peruanos somos realmente ciudadanos en plena capacidad de ejercer nuestros derechos y obligaciones.¹³ Si afirmar ello sería ilusorio o hasta cínico, también lo sería afirmar que estamos preparados para hacer de la formalización de la propiedad una obligación para todo aquel que quiera ser propietario y no sólo poseedor.

5.5. El analfabetismo

Y hay otro factor que no podemos obviar, esto es, el analfabetismo que impera, especialmente en determinadas zonas y respecto a determinados grupos sociales. Este tema se encuentra en estrecha conexión con el de la educación en general.

En términos de educación formal, los pobres extremos se encuentran en clara desventaja. Sólo 1 de cada 5 ha asistido a la escuela, el 60% cursó un solo grado de primaria y sólo el 20% tiene estudios secundarios. Si bien es cierto que se han hecho avances significativos en el número de personas alfabetas (87% de la población en 1993, según los optimistas cálculos oficiales), la calidad de la educación escolarizada y el analfabetismo funcional obstaculizan el pleno goce de las habilidades adquiridas y, en consecuencia, de los derechos ciudadanos. El analfabetismo afecta a más de un millón y medio de personas, de los cuales el 70% son mujeres y el 62% vive en el campo, a la par que la deserción escolar es un fenómeno cada vez más cotidiano (casi 30% en niños de 13 a 17 años).¹⁴

¹² GUEVARA GIL, Armando. *Las causas estructurales de la pluralidad legal en el Perú*. Instituto Internacional de Gobernabilidad. Colección de documentos. <http://www.igov.org>

¹³ No olvidemos que entre la pobreza y las diversas dimensiones de la ciudadanía existe una relación inversa, lo que significa que los distritos más pobres tienen menores niveles de ciudadanía global, civil, política y social y que los no pobres tienen mayores niveles de ciudadanía global y de las dimensiones que la integran. (LÓPEZ, Sinesio. *Ciudadanos reales e imaginarios*. Lima, 1997, p. 462).

¹⁴ GUEVARA GIL, Armando. *Op. cit.*

Para que el desarrollo deje de ser un mito en nuestro país, debemos enfrentar una problemática que nos acosa desde hace años y que, al parecer, ninguno de los últimos gobiernos ha tenido intención siquiera de resolver. Nos referimos al problema del conocimiento, el cual constituye, a decir de la mayoría de estudiosos sobre la materia, el centro mismo del desarrollo. Algunos incluso consideran que desarrollo y conocimiento son las dos caras de una misma moneda.

Si ni siquiera solucionamos el problema educativo en el Perú, cómo queremos imponer un Registro constitutivo de propiedad. Las imposiciones no son nunca soluciones apropiadas, lo ideal es crear conciencia en la población, y propiciar las condiciones en las que tal Registro encuentre cabida y respaldo en los hechos.

5.6. ¿Y dónde está el análisis jurídico y social?

La discriminación

Siguiendo esta línea de pensamiento, estimamos que cualquier esfuerzo modificadorio del sistema declarativo al constitutivo tornaría imprescindible realizar un minucioso análisis jurídico y social en el que se pueda establecer si, en la realidad actual de nuestra compleja sociedad, un Registro constitutivo no conllevaría a la configuración de actos discriminatorios para esa gran parte de nuestro pueblo que por distintos factores se encuentra muy lejos de esa visión de modernidad que hoy se maneja en todo texto o debate académico e incluso en el lenguaje cotidiano, para poder verificar que no se vería perjudicado el mayoritario sector de la población que vive en las zonas urbano marginales o que habita en las áreas rurales del Perú.

En dicho análisis no podemos ignorar que en la historia de nuestro país la pobreza rural ha sido siempre, aún lo es, más aguda que la urbana. Así, comenta Guevara Gil, mientras el 40% de los habitantes de la ciudad de Lima es pobre, esta situación afecta al 68% de la población de la sierra rural y al 70% de los pobladores de la selva rural. La asociación entre pobreza y pertenencia etnolingüística también es marcada. De los 4 millones y medio de personas que tienen como lengua materna el quechua, el aymara o una de las lenguas amazónicas, más de 1/3 vive en una situación de pobreza extrema. Mientras el 70% de los quechuahablantes

se encuentra debajo de la línea de pobreza, esta situación afecta al 45% de la población hispanohablante.¹⁵

Estas cifras son tan significativas como reveladoras, pues nos advierten de lo especialmente perjudicial que serían las consecuencias derivadas de la implementación de un sistema de Registro constitutivo para el sector rural o menos occidentalizado del Perú.

Lo anterior nos lleva a resaltar otro problema fundamental, esto es, que muchos identifican el Perú con Lima, pues en esta ciudad se encuentra centralizado todo. Las demás ciudades, salvo pocas excepciones, no pueden calificarse siquiera como satélites. Todo está aquí, lo demás en el olvido o para turismo y nada más. Este factor es otro de los que alientan las migraciones a la capital en búsqueda de trabajo, de educación, de mejores condiciones de vida que, debido a la pobreza, las desigualdades y la discriminación, casi nunca se logra.

A partir de esa apreciación podemos afirmar que pese a que en principio el proyecto de modificación del Código Civil tiene carácter universal, el impacto adverso que provocaría su vigencia nos alerta sobre la discriminación indirecta que se configuraría.

Por lo demás, la situación descrita se acrecentaría en las zonas rurales y las zonas indígenas, incluyendo también en esta descripción a los grupos aislados o no contactados.

5.7. *La imposibilidad de que el cambio propuesto uniformice la realidad jurídica*

Ante todas las cifras que hemos repasado y el cuadro de desigualdad económica, heterogeneidad social y diversidad cultural que hemos esbozado, se hace realmente imposible pensar que el Derecho moderno opere como una geometría normativa aplicable mecánica y uniformemente sobre toda la sociedad peruana. En principio, el Derecho jamás se aplica en forma mecánica, pues la interpretación de normas, principios y procedimientos es un elemento fundamental en la operación de cualquier sistema legal.¹⁶

¹⁵ GUEVARA GIL, Armando. *Op. cit.*

¹⁶ GUEVARA GIL, Armando. *Op. cit.*

Agrega el citado profesor que sobre esta problemática tan significativa, el Instituto Libertad y Democracia (ILD) ha destacado, con acierto, que el problema con la mayoría de los programas que se construyen sobre la base de reformas de la titulación y de la propiedad, es que presuponen la existencia de un vacío de propiedad, como si los reformadores se estuvieran posando sobre la luna. De allí pasan a suponer que lo único necesario para llenar este vacío son las normas preceptivas, sin percatarse de que, en realidad, casi nunca hay un vacío. Las personas ya son dueñas de una enorme cantidad de propiedades mediante arreglos extralegales. Aunque esos activos estén fuera de la ley oficial, sus derechos a esos activos son regidos por contratos sociales confesionados por ellos mismos. Por ello, cuando los programas de titulación no cuadran con estos acuerdos extralegales, las partes de los convenios se resienten y rechazan la intrusión, y se niegan a obedecer la ley. No parece adecuado, en estos momentos, instaurar un sistema de propiedad que no tome en consideración la existencia de esos contratos sociales extralegales.

5.8. *¿Más cara la lavada que la camisa?*

Incluso el más esencial y básico de los requisitos exigidos a los propietarios que, a primera vista, es simple y no debería acarrear mayores complicaciones para que la formalización sea viable, sí las acarrea. El requisito al que nos referimos es el de la identificación.

Si bien ello tal vez pase inadvertido para el contexto de los que vivimos en Lima o en las principales ciudades del país, sí es muy grave e importante para alrededor de dos millones de peruanos indocumentados.

En efecto, aunque parezca absurdo y como tal resulte difícil de creer, en el Perú, visto como conjunto y no únicamente como un conjunto de ciudades que, de alguna u otra manera, se acercan al occidente que queremos imitar, no todos cuentan con un documento de identidad.

Existen lugares alejados en los cuales las personas, que pueden ser propietarios de distintos bienes, no tienen documento de identidad sencillamente porque el trámite para conseguirlo era demasiado engorroso, costoso o porque nunca le dieron importancia al tema.

La pobreza a la que ya nos hemos referido hace que muchos no tengan los medios para pagar los veintidós soles que cuesta tramitar un DNI, a los que deben sumarse los gastos propios de cualquier trámite, como la movilidad, o el conseguir ciertos documentos. Realizando esa adición podríamos llegar, en no pocos casos, a sobreapasar los trescientos o cuatrocientos soles, si tomamos en cuenta que hay personas que viven en zonas alejadas y deben movilizarse varios días para llegar a la ciudad y solventar su manutención.

No olvidemos que el transporte también ocupa un lugar importante dentro del amplio espectro de problemas que aquejan a nuestra sociedad.

Los medios de transporte encuentran serias dificultades para recorrer el territorio en lugares donde no hay carreteras asfaltadas. La altitud, los cambios climáticos y lo difícil del relieve influyen en el desempeño de los vehículos, el tiempo de llegada y el incremento de los costos. Los deslizamientos o huaycos aíslan a los pueblos entre sí, retrasando y/o impidiendo el acceso inmediato de mercaderías importantes como alimentos y medicinas. Esto es notorio en el caso de emergencias resultado de inundaciones, heladas, enfermedades, accidentes, heridos o convulsiones sociales.¹⁷

Asimismo, debemos advertir que las mujeres de esas zonas se encuentran, tal cual advertimos hace unos momentos, en una situación más extrema y alarmante, pues deben conseguir el *permiso* de su esposo o marido para dejar su hogar por varios días. Y si es madre soltera, tendrá que idear la forma de conseguir los medios para trasladar a sus hijos con ella o encargárselos a alguien.

Como elemento adicional tenemos el hecho de que la tramitación del DNI tiene como prerequisito el contar con una Libreta Militar, lo que a su vez exige previamente una boleta militar así como copia certificada de la partida de nacimiento, lo que encarece, en toda la extensión del término, el trámite necesario para contar con identificación.

¹⁷ «Integración espacial del Perú». En: *Geografía del Perú*.
http://www.educared.edu.pe/estudiantes/geografia/tema3_1_1.asp

El problema que acabamos de delinear no se manifiesta únicamente impidiendo que aquellos peruanos indocumentados puedan registrar su propiedad, sino también en otros tantos aspectos del ejercicio de sus derechos.

5.9. *La falsificación de títulos*

Otra dificultad importante que se desprende de nuestra realidad se encuentra dada por todos los vicios y problemas que existen hoy en día respecto de la falsificación de títulos. Últimamente una de las actividades favoritas de los oportunistas y delincuentes es la venta de propiedades ajenas o la usurpación de aquéllas. Las posibilidades de enfrentar esta situación para los legítimos propietarios cuyos derechos aún no han sido inscritos se verían mermadas con un sistema de Registro constitutivo.

5.10. *La deficiente infraestructura estatal*

La deficiencia de la infraestructura del Estado constituye también un factor negativo que ejerce influencia en el tema que nos convoca. Tal cual hemos enfatizado, ya existen zonas en donde, dado su alejamiento, el acceso tanto a Registros como al notario se complica tremadamente siendo, además, muy costoso en tiempo y dinero. A esto se suma que muchas zonas al interior de nuestro país han sido centro de ataques subversivos que han dejado, entre otros tantos saldos, la destrucción de municipalidades y con ellas, la destrucción de importante información respecto de los predios y las tierras.

5.11. *¿Y los numeritos...? La ausencia de un estudio económico*

Uno de los principales argumentos que se esgrimen en aras de la reforma del sistema de transferencia de propiedad, es el económico; si tanto se subraya que ello redundaría en beneficio de toda la sociedad, entonces, resultaría imprescindible realizar un examen riguroso –es decir, con números a la vista– que nos permita determinar si el sistema actual que se pretende derogar, es peor –en términos económicos– que el sistema que se piensa implementar. Es necesario determinar con la mayor certeza posible si la modifi-

cación del sistema de transferencia implicaría o no un aumento de los costos de transacción.

A lo anterior podemos incluso agregar las consecuencias prácticas o concretas que podrían generarse si la modificación se diera en un contexto como el que acabamos de esbozar, el cual, nos guste o no, es la realidad que hoy enfrentamos.

De esta forma, debemos preguntarnos si, de entrar en vigencia el sistema constitutivo en los términos planteados, es decir, si la propiedad de los bienes registrados sólo se transfiriera por medio de la inscripción registral, ¿qué ocurriría con alguien que deseara vender y cuyo bien estuviera incorporado al Registro, pero no tuviera al día una serie de transferencias previas?, ¿qué pasaría si esa persona no tuviera los recursos, ni el tiempo, ni el dinero para regularizar la situación registral del inmueble?, ¿acaso no vendería nunca, porque el Derecho lo estaría condenando –en los hechos– a no hacerlo? ¿Esa persona se quedaría sin recibir el precio –que tanto necesita–?

En ese sentido, si el vendedor necesitara el dinero «sí o sí», es obvio que de todas maneras vendería, «con cargo de regularizar la situación registral en el futuro», recibiendo, obviamente, una cantidad de dinero bastante reducida, en perjuicio de quien más necesita de ese dinero, habida cuenta de que, jurídicamente hablando, no transferiría propiedad sino sólo posesión.

Si ese propietario que desea vender se apegara a la ley y al Derecho y como no tiene en regla la situación registral de su inmueble, se abstiene de vender, nos encontraríamos frente a una situación en la que el bien se hallaría absolutamente inmovilizado en el terreno jurídico y en el terreno económico, no pudiéndose transferir en propiedad por haber incurrido el propietario en el *pecado original* de no tener dinero, conocimientos o asesoría adecuada para regularizar la situación registral del inmueble.

Así las cosas, el nuevo sistema que se viene proponiendo de transferencia de propiedad a través de la inscripción en el Registro, tendría como consecuencia el estancamiento de la riqueza, cuando lo que se pretende es su movimiento, su circulación.

Y el cuadro que acabamos de delinejar es, aunque cueste creerlo, el más esperanzador, pues en el peor de los escenarios nos encontraríamos con la agravación –al extremo– de la informalidad, habida cuenta de que mucha gente no respetaría las formalidades

legales e igualmente vendería sin posibilidad alguna de que dicha venta se inscriba en Registros.

Lo antes expuesto equivaldría a decir que la condición del comprador que no inscribe –que hoy día sí es propietario a pesar de no contar con derecho inscrito– se degradaría al extremo, constituyéndose en un comprador, no propietario, sin oportunidad alguna de inscribir su derecho.

Siguiendo esta cadena podemos observar que, pese a que los Códigos y los Reglamentos Registrales digan lo contrario, ese comprador (que nunca se había convertido en propietario) luego venderá a un tercero y éste, a su vez, lo hará con respecto a un *cuarto* y éste con respecto a un *quinto*, agravándose al infinito la situación jurídica del bien.

Esa dantesca situación jurídica del bien que acabamos de resaltar podría conducir a su depreciación extrema; bien podemos imaginar a qué precio vil podría vender el bien ese *quinto* a un hipotético y eventual *sexto*, naturalmente si es que lo llegara a encontrar.

5.12. La ausencia de un catastro

Junto a todas las razones expuestas debemos agregar una más, la misma que resulta básica desde el punto de vista registral: Nuestro país carece de un catastro inmobiliario, lo que acrecienta la imprecisión e inexactitud del Registro,¹⁸ en tanto en numerosas oca-

¹⁸ Lo cierto es que la carencia de un medio técnico tan relevante como lo es el catastro conlleva a que nuestro sistema pierda una serie de ventajas. Entre las ventajas que se pueden destacar tenemos las siguientes:

- Constituiría el sustento ideal del sistema registral inmobiliario.
- Impediría la especulación sobre inmuebles inexistentes, disminuyendo, por consiguiente, los fraudes vinculados con esta situación.
- Evitaría los problemas tan frecuentes de superposición de propiedades, pues podrían conocerse con exactitud los linderos y medidas perimétricas de los predios.
- Evitaría la doble inscripción de un mismo inmueble en el Registro.
- Suprimiría la posibilidad de que se construya de buena fe sobre un terreno ajeno, por falta de conocimiento de la correcta ubicación de los inmuebles.
- Debido a la actualización permanente, dificultaría la edificación clandestina de construcciones por usurpadores.

siones la realidad física es incompatible con la realidad documentaria, específicamente la notarial y, por ende, la realidad registral.¹⁹

Así, tal y como quedó acordado en las conclusiones del V Congreso Nacional de Derecho Registral –que, como dijimos al comienzo de este trabajo, tuvo lugar en la ciudad de Trujillo los días 4, 5 y 6 de noviembre de 2004– la ausencia de un catastro de bienes raíces que reúna toda la información física relativa a cada predio que es inscrito es una imperfección propia de nuestro sistema, constituyendo de esta manera una razón fundamental por la cual no es posible instaurar un sistema constitutivo de propiedad.

Lo cierto es que resulta preciso, tal como es resaltado por el profesor Carlos Cárdenas, llevar adelante la ejecución del catastro en todo el territorio del país, particularmente en sus dos aspectos esenciales, el físico y el jurídico. De este modo se logrará determinar la correcta ubicación de los inmuebles, fijar sus dimensiones lineales y superficiales, su naturaleza, nomenclatura y otras características y, además, sanear definitivamente los correspondientes títulos de propiedad,²⁰ no obstante, mientras esta tarea no sea cumplida la aspiración a un Registro constitutivo de propiedad sólo será eso, una aspiración.²¹

-
- Permitiría la identificación de las tierras abandonadas.
 - Promovería las operaciones inmobiliarias, las mismas que aumentarían su volumen al basarse en un régimen que asegura la realidad de los inmuebles.

(VILLEGAS POMA, Edwin Julio. La seguridad jurídica en el régimen registral constitutivo. En: *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, n.º 4, año 2 (Marzo 2001), pp. 95 y 96.)

¹⁹ SORIA ALARCÓN, Manuel F. «Hacia un registro de inscripción obligatoria. Modificación del artículo 949 del Código Civil». En: *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, n.º 7, año 3 (Febrero 2002), p. 95.

²⁰ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (Del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)». En: *Folio Real. Revista Peruana de Derecho Registral y Notarial*, n.º 3, año 1 (Noviembre 2000), p. 54.

²¹ El catastro debe, pues, convertirse en el soporte fundamental de los registros. Sin ese apoyo recíproco no podremos aspirar a tener un sistema constitutivo de propiedad.

«Los catastros complementan los registros proporcionándoles la constancia de la existencia real y estado de posesión de los inmuebles que son objeto de los actos jurídicos. Los registros complementan los catastros informándoles de los derechos

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los argumentos expuestos nos permiten afirmar, fehacientemente, que las cosas son más complicadas de lo que a simple vista parecen. Dentro de tal orden de ideas, no basta con postular un cambio sino que es necesario e imprescindible reflexionar –con los pies puestos sobre esta tierra– sobre la necesidad de aquél y sobre las consecuencias que acarrearía para todos y no sólo para el sector más occidentalizado, más especializado o con mayores recursos económicos de nuestro país.

Modificar el Código Civil para plasmar en él las soluciones que han dado resultado en otros países, cuya idiosincrasia, historia, geografía, cosmovisión y desarrollo social, cultural y educativo es distinto, no me parece adecuado. Para importar teorías o modelos jurídicos es imprescindible, primero, examinar si aquéllos tienen siquiera la posibilidad de ser viables aquí, en nuestro contexto, el de nuestra realidad.

Si hay algo que resulta evidente de la revisión que hemos realizado, es que en el Perú no están dadas las condiciones sociales, económicas y culturales para que el Derecho estatal opere según sus propios postulados, de manera tal que la sola dación de una norma varíe instantáneamente dichas condiciones. ¿Cómo esperamos que una modificación como la que se pretende implementar prospere en un contexto como el planteado? Seamos realistas; primero es indispensable modificar esas condiciones.

Somos conscientes de que un sistema en el que el Registro sea constitutivo de propiedad es, en abstracto, muy superior a uno meramente declarativo. Sin embargo, esa superioridad abstracta no resiste en el Perú un enfrentamiento con lo concreto, que es, en definitiva, lo relevante.

Más acertado resulta fomentar la formalización y no imponerla, para lo cual debemos concentrarnos en sus causas, debemos pri-

reales que puedan llegar a invocarse sobre las cosas inmuebles cuya existencia surge de las *mensuras inscriptas*. (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (Del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil del Perú de 1984)». *Op. cit.*, p. 55).

mero solucionar sus problemas vinculados, tales como la pobreza, la desigualdad, el analfabetismo, entre otros tantos que hemos reseñado; y, en el plano registral, implementar un completo catastro de inmuebles a nivel nacional. No sigamos cometiendo el mismo error, no tratemos de empezar a construir nuestra casa por la azotea, concentrémonos en los cimientos pues sin ellos todo lo demás queda en buenas intenciones y, muchas veces, en perjudiciales consecuencias.

Las ventajas y los beneficios de un sistema constitutivo se presentan como incuestionables desde un plano teórico, pero la vida no se desarrolla en dicho plano, sino en uno real y práctico, lleno de matices. Lo que funciona en otros países no tiene que funcionar necesariamente aquí, pues nuestros contextos son diametralmente distintos.

Así, para concluir este breve análisis sólo nos queda subrayar nuevamente que es necesario que cualquier modificación trascendental de la legislación en materia de Derechos Reales, de Obligaciones y de Contratos, con repercusiones en el tema registral sea adecuadamente meditada, pero —sobre todo— merezca estudios profundos que conduzcan a que si se efectúan esas modificaciones, ellas no constituyan un salto al vacío y mucho menos un error.

Sintetizando al máximo nuestro examen debemos decir que si bien admitimos las bondades de implementar un Registro constitutivo y no declarativo de derechos, somos realistas y cuestionamos que aquella implementación pueda llevarse a cabo en la actualidad, pues primero debemos vencer diversos y serios obstáculos.²²

²² No podemos olvidar que, en definitiva, el concepto de seguridad jurídica reclamado por un orden legal determinado, es aquél que brota como exigencia de la propia realidad que se pretende normar. En el Perú de hoy necesitamos un sistema de transferencia de la propiedad inmueble que maximice la circulación de la riqueza a bajos costos de transacción, aun cuando ello suponga incrementar los riesgos transaccionales. Esa elección debe recaer, en opinión que compartimos con el profesor Gastón Fernández Cruz, en el consenso como modo de transferencia de la propiedad inmobiliaria. (FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú*. Op. cit., p. 155).

LA ATOMIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

(o cómo el mundo moderno ha desecharado la
unificación de la responsabilidad civil)

*Mario Castillo Freyre
Verónica Rosas Berastain*

SUMARIO:

1. *Algunas ideas generales*
2. *Teorías respecto a la clasificación de la responsabilidad civil*
 - 2.1. *Tesis dualistas*
 - 2.2. *Tesis monistas*
 - 2.3. *Tesis eclécticas*
3. *Ánalisis crítico*
 - 3.1. *La teoría subjetiva*
 - 3.2. *La teoría objetiva*
 - 3.3. *La teoría del riesgo creado*
 - 3.4. *La teoría de la distribución social de los daños*
 - 3.5. *Nuestra posición. La teoría de la atomización de la responsabilidad civil*
4. *A modo de conclusión*

1. ALGUNAS IDEAS GENERALES

Como expresa Francesco Messineo,¹ «la vida jurídica no se fosiliza en formas inmutables, sino que, por el contrario, está en perenne movimiento y en constante evolución». Aquello, en tanto —como afirma Aníbal Torres Vásquez—² «La función principal del

¹ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del contrato*. Buenos Aires: Jurídicas Europa América, 1986, tomo I, p. 381.

² TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998, p. 268.

ordenamiento jurídico consiste en dar una respuesta o solución a una serie de problemas sociales. Cuando un conjunto de problemas sociales típicos es regulado por el Derecho, la realidad socioeconómica se institucionaliza. La institución, en cuanto realidad social regulada por el ordenamiento jurídico, constituye un instrumento de dinamización de la vida jurídica y de apertura de nuevas posibilidades».

En este marco encontramos a la responsabilidad civil, la misma que, a grandes rasgos, se presenta como una institución jurídica que importa el nacimiento de una obligación que debe asumir quien ha causado un daño injusto a otro y que consiste en un resarcimiento económico.

La responsabilidad civil parte de la idea de que el daño es un contravalor, un fenómeno que implica una alteración desfavorable de la realidad preexistente a su acontecer. El daño se caracteriza, entonces, por perjudicar intereses que el Derecho califica como merecedores de tutela y protección y que cuentan, por ende, con relevancia jurídica.

Sin embargo, no todo daño es resarcible, en tanto la convivencia pacífica impone la necesidad de soportar ciertas conductas dañinas, algunas de las cuales se encuentran justificadas. Es de esta forma que el Derecho común legitima los daños que resultan del ejercicio regular de un derecho; excluye el resarcimiento de otros; suele exigir factores de atribución especiales para darle lugar; y, asimismo, no le es extraño ponderar la situación particular del llamado a responder, y la de quien se dice damnificado.³

Desde esta perspectiva, la responsabilidad civil puede describirse como una construcción humana destinada a regular el tema de la reparación de modo que la víctima de un daño injusto sea resarcida.

Llegar a una noción como la esbozada ha sido más complejo de lo que a primera vista pudiera parecer. Ha sido necesario recorrer un largo camino en el que los principios que informan al ordenamiento jurídico han evolucionado desde la primitiva idea del

³ ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA, *Derecho de daños y otros estudios*. Buenos Aires: La Ley, 1992, p. 244.

«ojo por ojo y diente por diente», pasando por concepciones donde la importancia de la persona se fundaba en su estatus social, hasta llegar al Estado de Derecho, en el que se persigue la convivencia pacífica y se parte de la igualdad entre los hombres.

La responsabilidad civil se presenta, además, como uno de los campos jurídicos más complejos y controvertidos. Son innumerables los juristas que se han ocupado del tema, tomando partido por distintas posturas en las que se cuestionan diferentes aspectos de la misma. Uno de los aspectos que –en ese contexto– se ha convertido en centro de discusiones, es el referente al tratamiento jurídico que debe otorgarse a la responsabilidad civil.

Si bien todos los ordenamientos jurídicos que se enmarcan en la tradición romano-germánica –ordenamientos dentro de los cuales se ubica nuestro sistema jurídico– han optado por una regulación que distingue entre la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, desde hace más de un siglo son muchos los juristas que catalogan dicha distinción como absurda y artificiosa, alzando su voz a favor de un régimen unificado.

En estas páginas analizaremos si resulta conveniente y viable adoptar un régimen como el propuesto. Con este objetivo, revisaremos, primero, las diversas teorías que en el ámbito doctrinario se han adoptado, para –luego– poder elaborar una reflexión crítica que nos permita asumir una posición propia.

2. TEORÍAS RESPECTO A LA CLASIFICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Algunos autores señalan que el origen de la división existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual se encuentra en el antiguo Derecho Romano, al señalar que mientras en la Ley de las XII Tablas la responsabilidad era contractual, en la Ley Aquilia, era extracontractual, de allí que en el Digesto y en las *Institutas* se les legislara separadamente.

En realidad, resulta más exacto acotar que si bien aquello significó el hito inicial en el que se fundaron ambas responsabilidades, su diferencia conceptual fue elaborada por los glosadores y los postglosadores, posición que luego sería adoptada por el Derecho Francés y por los códigos que se basaron en el Código Napoléon.

En rigor, tal y como asevera Juan José Casiello,⁴ la más antigua doctrina sólo hablaba de responsabilidad civil a propósito de los hechos ilícitos. Recién en el siglo XIX se comienza a incluir la responsabilidad derivada de los daños provenientes del incumplimiento contractual, que hasta entonces se identificaban –al igual que su consiguiente reparación– como efectos anormales o subsidiarios de los contratos.

La doctrina se ha pronunciado al respecto adoptando, básicamente, tres teorías: la dualista, la monista y la ecléctica, todas ellas respaldadas por renombrados juristas.

2.1. *Tesis dualistas*

El tratadista belga Sainctelette, en 1884, fue el primero en señalar las diferencias existentes entre el sistema de responsabilidad contractual y el extracontractual, llegando a afirmar que tales diferencias eran irreductibles.

Sainctelette sostuvo que las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho pueden ser reguladas por la ley o por el contrato, considerando a ambos como conceptos opuestos. Así, aseveraba que el deber legal no puede ser asimilado al deber que surge de un acuerdo, pues mientras el primero ataña al orden público, el segundo sólo obedece a intereses privados.⁵

En Francia se acogió aquel planteamiento tanto a nivel doctrinal como a nivel legislativo. El Código Civil Francés reguló la responsabilidad a través de un doble régimen, partiendo de la idea de la dualidad del concepto de culpa: una culpa contractual y otra extracontractual.⁶

· Recuerda Espinoza⁷ que el insigne Giorgi, por su parte, se inserta dentro de esta corriente aduciendo que mientras en la res-

⁴ CASIELLO, Juan José. «Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil». En: *Revista Argentina La Ley*. T. 1989-B, p. 912.

⁵ Citado por: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual». En: *Revista de Derecho y Ciencia Política*. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, año 1, vol. 48, 1990-1991, pp. 160 y 161.

⁶ Si bien hoy se reconoce la unidad de la culpa, el doble régimen se mantiene.

⁷ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes

ponsabilidad extracontractual no es posible graduar la culpa, en la contractual sí lo es. Payet, por otro lado, subraya que las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual son tanto sustanciales como accidentales, lo que justifica, según sostiene, un régimen diferenciado para cada modalidad. De igual forma, asegura que una de las diferencias sustanciales está dada por la distinta naturaleza de las normas violadas y la función que cumple cada una de estas instituciones.

2.2. Tesis monistas

Frente a la postura dualista surge una tesis que se coloca en el extremo opuesto, calificando como inadmisible el doble régimen de responsabilidad. Los defensores de la denominada tesis monista o de la unidad básicamente afirman que la responsabilidad civil es sólo una y que, por ende, el ordenamiento jurídico debe contemplar un régimen único que regule dicha institución.

Esta teoría fue esgrimida inicialmente por Lefebvre en el año de 1896, y luego desarrollada por Grandmoulin. El primero de los autores sustentó su planteamiento criticando la idea de dualidad de culpas y aduciendo que aquélla es sólo una y posee naturaleza delictual.

Grandmoulin, por su parte, fundamentó su postura alegando que no existe diferencia alguna entre la ley y el contrato, puesto que la ley es un contrato público en tanto emana del acuerdo de voluntades individuales que forman el Estado, y el contrato es una ley entre las partes. En ambos casos la responsabilidad surgiría del incumplimiento de una obligación preexistente, por lo que infiere que no hay dos tipos de responsabilidad, sino una sola que es delictual por implicar una infracción a la ley.⁸

Isidoro H. Goldenberg⁹ se ha pronunciado de manera similar, al afirmar que «siempre que se incumple un deber legalmente esta-

de la responsabilidad civil contractual y extracontractual». En: *Revista de Derecho y Ciencia Política*. *Op. cit.*, pp. 161 y 162.

⁸ CASIELLO, Juan José. «Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil». *Op. cit.*, p. 912.

⁹ GOLDENBERG, Isidoro H. «La unidad de los regímenes de responsabilidad y la re-

blecido, la conducta del sujeto, por su contradicción con el Derecho, resulta teñida de antijuricidad, sin que interese a ese fin discriminar el origen de la regla violada –obligación asumida contractualmente, derivada de un acto ilícito o impuesta por la ley–, vale decir, ontológicamente no cabe efectuar distingos, ya que en todos los casos la responsabilidad adviene de un proceder *contralegem*».

En nuestro medio, entre los juristas que se han ocupado del tema se encuentra el profesor Fernando Vidal Ramírez,¹⁰ quien acoge la tesis que plantea la unificación de ambos regímenes aduciendo que ello robustecerá y reafirmará el sistema.

Este autor se adhiere al planteamiento que señala que la unidad de la responsabilidad civil se sustenta en la teoría general del resarcimiento planteada por la doctrina y que es aplicable de manera uniforme tanto a la responsabilidad contractual como a la extracontractual.

2.3. Tesis eclécticas

Los Mazeaud lograron sintetizar la tesis dualista y la monista enunciando la llamada teoría ecléctica. Estos renombrados juristas partían de una doble proposición: No existe diferencia fundamental entre los dos órdenes de responsabilidades; sólo existen algunas diferencias accesorias. Advierten, de esta manera, que la responsabilidad delictual o extracontractual y la contractual son dos instituciones en cierto modo paralelas, situadas en el mismo plano. Aseveran, entonces, que no es posible hacer de la responsabilidad delictual una fuente de obligaciones, por no ver en la responsabilidad contractual sino un efecto de la obligación. Agregan que en ambos casos se observa que nace una obligación y se observa, también, que esa obligación produce efectos.¹¹

lación causal en el proyecto de unificación. En: *Revista Argentina La Ley*. T. 1988-A, p. 800.

¹⁰ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «La responsabilidad civil». En: *Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 54, 2001, pp. 398 y 399.

¹¹ MAZEAUD, Henri y León y André TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil contractual y delictual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, vol. I, tomo I, pp. 115 y ss.

Más recientemente, tratadistas como Amézaga y Mosset Iturraspe¹² han esbozado un razonamiento similar. El primero de ellos sostiene que entre la responsabilidad contractual y la extracontractual existe una unidad genérica que tiene como centro a la culpa entendida como hecho humano imputable, en tanto que en ambos se produce la violación de un vínculo jurídico. No obstante, Amézaga reconoce, asimismo, que existen entre una y otra diferencias específicas. Mosset Iturraspe manifiesta, por su parte, que si bien la responsabilidad civil es única, puesto que se sustenta en principios comunes, el legislador ha regulado de manera diferente determinadas cuestiones.

El renombrado letrado español Yzquierdo Tolsada¹³ opta por propugnar una moderada unificación, sustentando su posición en tres tipos de razones.

Por un lado, razones que el propio autor califica como de orden sustantivo e, incluso, como razones de pura justicia material. Todas las razones que se insertan en esta categoría parten del presupuesto de que la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa de la persona: indemnizar al acreedor o víctima. De esta manera, tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual buscan, correctamente, la reparación de los daños y la prevención de los comportamientos dañinos.

En segundo lugar, Tolsada destaca razones de orden sistemático aduciendo que mantener la distinción de regímenes en el Código crea la falsa apreciación de que la responsabilidad contractual y la extracontractual poseen elementos estructurales comunes, toda vez que el lenguaje empleado para la primera es más un lenguaje de incumplimiento y no de responsabilidad.

Por último, menciona razones de orden práctico, las cuales, básicamente se resumen en la existencia de un número considerable de supuestos en los que determinar el tipo de responsabilidad de

¹² Citados por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual». *Op. cit.*, p. 164.

¹³ Citado por ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. *Tratado de responsabilidad civil*. Madrid: Universidad de Deusto, Civitas, 1993, pp. 21 y ss.

que se trata resulta sumamente complicado, lo que puede llevar a que los tribunales resuelvan de manera diversa casos similares.

Por su parte, el también español Ricardo de Ángel Llagüez sostiene que la dualidad de regímenes de responsabilidad, al menos en su expresión más rigurosa, constituye una de las manifestaciones más patentes de sometimiento de la justicia material al conceptualismo; en otras palabras, del sacrificio de las soluciones razonables en el altar de la dogmática:¹⁴

Asimismo, el pensamiento de la escuela ecléctica ha sido tomado por la moderna doctrina argentina, la misma que, cuestionando lo esbozado por los autores clásicos que siguieron las huellas del Código de Vélez Sarsfield, y que estudiaron por separado los dos órdenes de responsabilidad, lo ha interpretado como muestra del avance del tema de la unificación de la responsabilidad civil. Como señalara Casiello, la tesis ecléctica, si bien reconoce y mantiene la existencia de dos campos diversos (el contractual y el extracontractual), asevera que las diferencias que existen entre uno y otro resultan ser accesorias y se encuentran determinadas, en verdad, por una disímil y separada regulación legislativa.¹⁵

De lo expresado podemos inferir que la tesis dualista ha perdido fuerza, pues los fundamentos en que se sustentó demostraron no ser lo suficientemente sólidos. No se discute, actualmente, la dualidad del concepto de culpa, puesto que la misma se percibe como única. Igualmente, como ya se ha resaltado, hoy se admite que tanto la responsabilidad contractual como la responsabilidad extracontractual implican el nacimiento de una obligación de reparar por parte del causante, la misma que produce efectos jurídicos.

Debemos agregar, también, que no se admite que ambos tipos de responsabilidad posean funciones distintas y excluyentes, en

¹⁴ ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de. *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)*. Madrid: Editorial Civitas, 1995, pp. 26 y 27.

¹⁵ CASIELLO, Juan José. «Sobre la unificación de los regímenes de responsabilidad civil». *Op. cit.*, p. 913.

tanto se afirma que ambas se complementan, ya que tienen como principio general el resarcimiento de la víctima.

Lo expuesto no supone admitir la tesis monista y elevarla a la categoría de dogma. Dicha teoría, al ser también una postura extrema, se presenta como excesivamente rígida partiendo de nociones que no se encuentran libres de controversia.

Así, la existencia de un solo concepto de culpa no consiente, a nuestro entender, la posibilidad de negar la distinción entre dos tipos de responsabilidad.

La culpa es uno de los fundamentos en los que se puede basar la responsabilidad civil, pero no el único. Compartimos en este punto la opinión de Fernando de Trazegnies¹⁶ quien, al respecto, afirma que una unificación basada en la común presencia de la culpa constituye un obstáculo epistemológico para apreciar la diversidad de situaciones y de propósitos sociales que encierra la responsabilidad civil.

Asimismo, creemos que la naturaleza de la regla violada tiene más relevancia de la que los defensores de esta posición le atribuyen. Como expresan los Mazeaud:¹⁷ «El hecho de que, en un caso, la víctima y el autor del daño se hayan acercado antes de la realización del daño, que, sin ese acercamiento, el daño no se habría producido, debe llevar consigo la aplicación de reglas particulares para la situación».

La responsabilidad contractual nace como consecuencia de la ruptura de un contrato, del incumplimiento de una obligación contractual. Esto equivale a decir, por lo tanto, que la fuente de la responsabilidad civil, la fuente de la obligación de reparar del deudor en favor del acreedor, es la violación de una obligación contractual. En la responsabilidad extracontractual no existe la ruptura de un acuerdo entre dañante y dañado, los cuales no tienen una relación contractual preexistente.

¹⁶ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, tomo II, p. 462.

¹⁷ MAZEAUD, Henri y León y André TUNC. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil contractual y delictual*. Op. cit., vol. I, tomo I, p. 121.

Por otro lado, en lo que concierne a la tesis ecléctica, no pensamos que la misma suponga –irremediablemente– la constitución de un régimen unificado. A nuestro entender, y tal como pretendemos demostrar en estas páginas, pese a que la responsabilidad civil puede construirse sobre la base de un principio de carácter general, las particularidades que los supuestos de hecho pueden presentar hacen imprescindible y necesaria la existencia de regímenes jurídicos que tomen en cuenta las necesidades del contexto a fin de que la solución jurídica sea la adecuada.

En este sentido –y recogiendo las palabras del propio De Trazegnies– podemos hablar del *país de la responsabilidad civil*, admitiendo que éste se encuentra formado por regiones que poseen cierta autonomía y que están informadas por finalidades y principios distintos.

Indudablemente el mundo moderno es así.

3. ANÁLISIS CRÍTICO

Tras exponer las ideas principales que fundamentan las teorías que se han elaborado sobre la responsabilidad civil, hemos podido observar que cada una de ellas se sustenta en ideas que pueden resultar artificiosas.

Simplificando al máximo el problema que nos ocupa, podemos describirlo como un asunto de política legislativa, perspectiva desde la cual resulta factible, en nuestra opinión, comprender mejor la conveniencia o inconveniencia de cada postura.

La regla general en la responsabilidad civil extracontractual es, a diferencia de lo que ocurre con la responsabilidad penal o la administrativa que se rigen por el principio de legalidad, la atipicidad. Tal atipicidad es consecuencia del alto grado de abstracción que tienen los supuestos de hecho susceptibles de provocar el nacimiento de esta responsabilidad.

En esta parte merece ser rescatado el pensamiento del profesor Guido Calabresi. La teoría de esta importante figura italiana se funda en la convicción de que la esencia del sistema de responsabilidad civil –o de los *torts*–, es la Regla de Responsabilidad, la cual, en sí misma, mezcla decisiones individualistas y colectivas. Asegura que, de acuerdo a esta regla, la conducta no es prohibida colecti-

vamente sólo por ser riesgosa, o exigida a pesar de sus riesgos. Los individuos son libres para elegir; pero su elección conlleva una responsabilidad civil, esto es, el pago de daños colectivamente determinados si es que ocurre algún perjuicio.¹⁸

Postula que la ideología que subyace al uso de reglas de responsabilidad es una ideología mixta. La parte con la titularidad para permanecer libre de daños no es compensada en el grado o en la forma que ella misma hubiera elegido de haber podido contratar.¹⁹ De otro lado, las decisiones sobre la deseabilidad de emprender actividades riesgosas no son tomadas colectivamente, sino dejadas a los individuos, quienes presumiblemente tomarán en cuenta los daños que tendrían que pagar o soportar, si el daño ocurriese.

Así en materia de responsabilidad civil extracontractual se trata de una elección compleja en la cual el legislador, teniendo como marco la vastísima gama de hechos humanos que lesionan intereses que el Derecho tutela, debe decidir entre dejar que las víctimas soporten el daño o desplazar la carga económica del mismo a alguien distinto.

No todas las situaciones ameritan una solución idéntica, en tanto las características singulares que se presentan determinan que la evaluación de la responsabilidad tome en consideración distintos fundamentos.

En el caso de la responsabilidad contractual, si bien no desaparecen las dificultades por las que atraviesa el juzgador que debe evaluar el supuesto, éstas disminuyen en la medida que la obligación de reparar nace como consecuencia de un daño que tuvo su origen en un incumplimiento contractual. La responsabilidad contractual presupone la existencia de un vínculo contractual entre el agente y la víctima del perjuicio; vínculo que se ha establecido en función de la autonomía privada de ambos, la que –a su vez– ha predeterminado el contenido normativo del acto jurídico.

¹⁸ CALABRESI, Guido. *La responsabilidad civil extracontractual: El Derecho de una sociedad mixta*. Op. cit., p. 49.

¹⁹ Se afirma que la responsabilidad civil es el correlato del contrato como forma institucional de permitir el desarrollo de actividades que eventualmente podrían afectar los derechos ajenos, cuando la negociación previa ha sido imposible.

Lo anterior nos permite aseverar que pese a que muchos quieran minimizar la importancia de esa diferencia en cuanto a la fuente de la responsabilidad, lo cierto es que la misma resulta esencial.

A partir de esta distinción la responsabilidad civil contractual constituye una suerte de forma de ejecución forzada de la obligación incumplida, mientras que la responsabilidad extracontractual constituye una sanción por un daño injustamente ocasionado²⁰ (o una compensación por el daño injustamente sufrido si se analiza desde la perspectiva de la víctima).

Siguiendo esta misma línea de pensamiento, Philippe Remy resalta que la «verdadera *summa divisio* se propone entre las fuentes de las obligaciones: por una parte, *les conventions*, y por otra, todas *les autres causes*, entre la cuales se encuentran los *délites* y *cuasi délites*. Por lo tanto, el contrato es fuente de responsabilidad contractual porque no existe una nueva obligación de reparar el daño, que reemplace a la obligación original. Esta última no se extingue con el incumplimiento; cuando el acreedor demanda el resarcimiento de los daños está demandando la ejecución por equivalente de la prestación original, la cual se extingue, únicamente, con tal ejecución, o mediante los demás modos previstos en la ley». ²¹

Al igual que la profesora Visintini²² consideramos ociosa y equivocada la sugerencia de abandonar la calificación como responsabilidad contractual de la obligación de resarcimiento del daño contractual; el discurso importante es de sustancia, para lo cual hay que tener presentes los límites que enmarcan a la responsabilidad contractual y a la extracontractual cuya diferencia esencial, lo reiteramos, es que la primera implica un vínculo previo entre quien causa el daño y quien lo padece, mientras que la segunda prescinde de este elemento.

²⁰ VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Traducción, edición y notas de Leysser L. León. Lima: ARA Editores, 2002, pp. 85 y 86.

²¹ VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. *Op. cit.*, pp. 91 y 92.

²² VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. *Op. cit.*, p. 96.

El desconocer esta diferencia fundamental trae aparejados malentendidos que permiten que un sector se encuentre a favor del abandono de la responsabilidad contractual en la medida en que, se argumenta, la misma implica la violación del deber genérico de no dañar.

De allí que los seguidores de la tesis unitarista hayan llegado a plantear la absorción de la responsabilidad contractual por la extracontractual para que ésta sea la «única» responsabilidad civil, en razón de que, sostienen, se incurre en ella por el incumplimiento de los contratos y, como consecuencia, deviene la obligación de reparar el daño causado mediante una nueva obligación que es extracontractual, pues no tiene su origen en la convención o en el contrato sino que se genera por el mandato de la ley.

Esta propuesta, por más sugestiva que pueda resultar, no deja de ser puramente teórica, olvidando que, en definitiva, nadie discute que tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual tengan como presupuesto la existencia de un daño y, por ende, la violación «del deber genérico de no dañar». Esa no es la pregunta a ser resuelta, sino que lo relevante es determinar si es o no necesaria y conveniente la unificación.

Así las cosas, el tema de la unificación no deja de ser un mito o, como lo sentencia la propia Giovanna Visintini, «un falso problema»,²³ como lo demuestra el hecho de que la legislación y la jurisprudencia no hayan abandonado la distinción entre ambos tipos de responsabilidades.

Lo expuesto cobra especial importancia en lo que respecta al fundamento de la responsabilidad civil. De esta forma, para los defensores del régimen unificado, el fundamento de la responsabilidad es el mismo en todos los casos. En cambio, quienes optamos por la conveniencia de un tratamiento jurídico diferenciado –si bien admitimos la presencia de un principio general que subyace ambos sistemas, dando unidad a la institución de la responsabilidad civil– somos conscientes de que el *contexto* determina principios y reglas particulares que no pueden obviarse.

²³ Entrevista a VISINTINI, Giovanna. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial «El Peruano», martes 7 de diciembre de 2004, p. 1.

Juan Espinoza Espinoza²⁴ sintetiza, en la siguiente frase, el punto de partida de quienes proclaman la necesidad de la unificación:

«Para nosotros el problema no se encuentra en el hecho de aplicar tal o cual régimen de responsabilidad que, en buena cuenta se centra en juzgar maniqueístamente la conducta del agente dañoso, sino en proporcionar a la víctima un medio jurídico eficaz para reparar adecuadamente el daño ocasionado».

Esta idea ha sido promovida arduamente por la corriente dominante de la doctrina argentina contemporánea, que ya en el año de 1961, en el III Congreso Nacional de Derecho Civil reunido en Córdoba, había propiciado –por amplia mayoría– la unidad del resarcimiento.

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Argentina se siguió la misma línea al afirmar que «existe unidad sistemática en materia de responsabilidad civil, a partir del dato de concebir al daño como el centro de gravedad del sistema».

En dichas Jornadas se resaltó, por unanimidad, que era necesario eliminar cualquier diferencia que medie entre las órbitas contractual y extracontractual, suprimiendo cualquier obstáculo que dificulte la efectiva reparación de todo daño que se halle en relación de causalidad adecuada, y resulte injustamente sufrido por la víctima. Se afirmó, así, que la unidad conceptual de la responsabilidad civil, cualquiera sea la naturaleza jurídica del deber violado que la origina, reclama un régimen unificado de reparación de daños.

De igual manera, en las Jornadas de Responsabilidad por Daños realizadas en Homenaje al Doctor Jorge Bustamante Alsina, se recomendó establecer una única regla de atribución de daños con base en la idea de relación de causalidad adecuada, y unificar los plazos de prescripción liberatoria.

Atilio Aníbal Alterini²⁵ ha señalado sobre el particular que en Argentina, como en el Mundo, el concepto de responsabilidad civil

²⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Reflexiones en torno a la unificación de los regímenes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual». *Op. cit.*, p. 162.

²⁵ ALTERINI, Atilio Aníbal. «Informe sobre la responsabilidad civil en el Proyecto Argentino de Código Civil de 1998». En: *Revista Argentina La Ley*. T. 1999-C, p. 860.

evolucionó de una deuda de responsabilidad a un crédito de indemnización. El destacado profesor y jurista asevera que importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora, porque el Derecho contemporáneo mira del lado de la víctima y no del lado del autor. Refiere que desde este punto de vista, el Proyecto de Reforma del Código Argentino²⁶ pretende adecuarse al criterio de que la modificación de perspectiva sólo será válida y valiosa en la medida en que tenga al Hombre como núcleo y pivote; en que lo sirva y sea útil para su realización.

Debemos resaltar, sin embargo, que a pesar de todas estas consideraciones doctrinales la normatividad argentina vigente en materia de responsabilidad civil responde a la corriente tradicional que distingue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Ninguno de los Proyectos de Reforma del Código Argentino, promovidos a lo largo del siglo XX, ha logrado materialización legislativa, de tal suerte que su sistema jurídico no ha adoptado el tan promocionado régimen unificado.

Igualmente, debemos subrayar que el eje central del que parte la teoría esbozada, aunque válido, resulta muy abstracto y general. La protección de la víctima se fundamenta en principios demasiado amplios tales como la solidaridad social, la justicia, la equidad y la garantía de los derechos e intereses subjetivos; principios que es necesario desarrollar de modo que se obtengan criterios operativos que nos permitan resolver casos concretos.

De aquí que podamos sostener que un sistema correcto de responsabilidad civil debe buscar la eficiencia, para lo cual no puede dejar de evaluar las circunstancias del contexto en que se presentan los diversos casos, de modo que así como se protege el interés privado de los sujetos, se vele también –en consecuencia– por el interés social.

²⁶ Promovido fundamentalmente por Alterini y otros profesores que le siguen, pero combatido por la inmensa mayoría del medio jurídico de su país, que ha optado por la prudencia en lo que respecta al histórico Código Civil de 1871 cuya autoría responde al insigne Dalmacio Vélez Sarsfield.

Compartimos, en ese sentido, las palabras de Fernando de Trazegnies,²⁷ cuando afirma lo siguiente:

«En nuestra opinión todo resulta confuso cuando adoptamos una posición unificadora sin mayor discriminación: la idea obsesiva de justificar la unificación ciega nuestra visión jurídica de las cosas y no nos permite comprender el funcionamiento efectivo y la atmósfera en la que se dan ambas responsabilidades. Así como el esfuerzo de totalización teórica puede ser altamente productivo, existe el riesgo también de limitarse –con la más sana intención de generalizar– a extender un ‘concepto-sábana’ debajo del cual se ocultan muchos y variados adulterios».

Los criterios operativos a los que hemos hecho referencia han sido desarrollados en diversas teorías, cada una de las cuales ha surgido como una respuesta que los nuevos tiempos y las nuevas necesidades le han exigido al Derecho. Las principales teorías son la subjetiva, la objetiva, la del riesgo creado y la teoría de la distribución social de los daños.

3.1. La teoría subjetiva

En su origen, el fundamento de la responsabilidad se percibía a través de la noción de castigo y no en torno a la noción de reparación. La responsabilidad, entonces, era concebida como una sanción para el agente por su comportamiento antijurídico, antes que como un medio para resarcir a la víctima.

La conjugación del individualismo y del liberalismo, propios del pensamiento filosófico de los siglos XVII y XVIII, dio nacimiento a la idea de que sólo debe responder de sus actos reprobables quien actúa con voluntad y conciencia. De esta forma, como anota De Trazegnies, esta teoría plantea que el peso económico del daño debe ser asumido por el causante del daño, porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente.

²⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Op. cit., tomo II, p. 461.

te o imprudente. Agrega que es el causante quien decidió no tomar las precauciones debidas y, como consecuencia de esta imprudencia o negligencia, debe asumir los efectos nocivos que se derivan de esa conducta».

3.2. La teoría objetiva

Los problemas probatorios que se derivan de la aplicación de la doctrina subjetiva, unida a los nuevos retos que tenía que enfrentar el hombre, dieron origen a la teoría objetiva cuyo centro es la noción de daño que debe ser erradicado, evitado o reparado. Esta postura supone que todo aquel que causa un daño injusto a otro debe indemnizarlo. De este modo, la teoría objetiva no analiza la conducta del agente, la misma que puede o no ser antijurídica; sólo le presta atención al daño o perjuicio que ha ocasionado.

Las ventajas prácticas que trae consigo la aplicación de este criterio son evidentes, en cuanto facilita el resarcimiento de la víctima. Dichas ventajas generaron su aceptación y admisión en más de un sistema jurídico. No obstante ello, ese mismo beneficio constituyó y sigue constituyendo la base de las críticas de sus detractores.

A esta teoría se le cuestiona su falta de ética, ya que puede suponer que se impone responsabilidad a una persona que, pese a demostrar su ausencia de culpa, deba pagar una indemnización.

De aquí que sean muchos los autores que rechazan este sistema de responsabilidad. Entre los clásicos destacan Georges Ripert y Pierre de Harven. Para Ripert, la responsabilidad sin culpa está empapada de un materialismo que la hace repugnante. No se convence por la idea de solidaridad social que se supone le sirve de fundamento.²⁸

²⁸ OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. «El hecho generador de obligaciones». En: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: Editorial REUS, 1934, tomo 164, año LXXXIII, p. 274.

Por su parte, Pierre de Harven manifiesta sus miedos en torno a que las actividades privadas se paralicen por temor a los efectos de la imputación de responsabilidad.²⁹

3.3. La teoría del riesgo creado

Ante estos cuestionamientos surgió la teoría del riesgo creado, que viene a ser una evolución de la teoría objetiva.

El argumento que sostiene a la tesis del riesgo creado, se puede condensar, según Olga Serrano y Ximena Fernández, en una frase: «Quien cree un peligro debe asumir los riesgos: quien se beneficie moral o económico de una actividad de alta peligrosidad, está cobijado por una presunción de peligrosidad en su contra».³⁰

De esta forma, para que se le pueda imputar responsabilidad al causante, además de probar que se han dado las condiciones necesarias para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, sólo será necesario probar que la conducta que ha causado el daño es una conducta peligrosa o riesgosa. Se entiende que una conducta posee esta naturaleza cuando supone el ejercicio de una actividad riesgosa; o porque implica el empleo de un bien peligroso. No existe la necesidad de acreditar la culpabilidad del autor.

En expresiones de Pierre de Harven:³¹

«Se dirá que este fundamento es demasiado materialista y se le juzgará emparentado con un pragmatismo corruptor. Mi opinión es distinta. El pragmatismo intolerable es aquel para el cual todo es lo que debe ser y que en la fuerza del hecho encuentra la suprema razón. Pero es enteramente distinto este otro supuesto: 'Hay que atemperar el Derecho a las exigencias de la

²⁹ OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. «El hecho generador de obligaciones». *Op. cit.*, pp. 274 y 275.

³⁰ SERRANO, Olga y Ximena FERNÁNDEZ. *Responsabilidad civil extracontractual por el uso de vehículos automotores*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 191.

³¹ Citado por: OSSORIO Y GALLARDO, Ángel. «El hecho generador de obligaciones». En *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. *Op. cit.*, p. 282.

vida, precisamente para que ésta se halle regida por la norma legal y no por la fuerza ciega'.

Dejar que ferrocarriles, autos, barcos y aviones destrocen a los hombres más débiles, y no buscar caminos a la reparación, es barbarie pragmática; brindar a las víctimas pleitos enrevesados y echar sobre ellas la carga de la prueba, es bobada o hipocresía; allanar las vías del resarcimiento, preocuparse de las victimas antes que de la fuerza agresora, cargar al progreso material los inconvenientes y el costo del mismo progreso, y arbitrar, en fin, mecanismos jurídicos para hacer tolerable el gravamen, es piedad, justicia y sentido práctico».

3.4. La teoría de la distribución social de los daños

En general, esta teoría no se aleja del sistema de responsabilidad por riesgo creado. Lo que hace es buscar mecanismos que logren que la víctima sea realmente indemnizada. Para ello ofrece maneras en que los responsables pueden asumir los costos sin convertirse –ellos mismos– en víctimas económicas. En otras palabras, busca una solución eficiente para que los daños causados por el desarrollo de actividades riesgosas y socialmente aceptadas, puedan ser asumidos sin ocasionar mayores perjuicios.

La teoría de la distribución de los daños parte de la premisa de que existen ciertas actividades en las que la producción de accidentes resulta inevitable. Asimismo, reposa en el objetivo propio de la responsabilidad extracontractual, esto es, en el resarcimiento económico de la víctima.

Como anota Nabor Ortiz Melgarejo:³²

«Esta teoría precisa lo siguiente, si hay un sinnúmero de accidentes que se producen aparentemente sin culpa de ninguna de las partes y en cierta forma debido a que la sociedad en su conjunto desea aprovechar ciertas ventajas tecnológicas generadoras de riesgos; es por ello que, toda la sociedad en su

³² ORTIZ MELGAREJO, Nabor T. *La responsabilidad civil en los accidentes de tránsito*. Lima: Gráfica Horizonte, 2000, p. 147.

conjunto debe asumir la reparación de ciertos accidentes ocasionados por tales actividades, a fin de contribuir a la reparación de la víctima (...».

La distribución social de los daños se haría a través de dos medios de difusión de los costos: el sistema de precios y la contratación de seguros.

El primero de estos medios, el sistema de precios, está pensado para los supuestos en los cuales se ofrece un bien o un servicio, de tal forma que el precio incluya el monto proporcional de las eventuales compensaciones por los daños que puedan causarse.

Por otro lado, en lo que respecta a la contratación de seguros, ella tiene como objetivo distribuir los costos en todos los asegurados, por intermedio del pago de las primas.

3.5. Nuestra posición. La teoría de la atomización de la responsabilidad civil

En el Perú, la responsabilidad contractual ha adoptado la teoría tradicional o de la culpa, lo que, en nuestra opinión, resulta lo más acertado, teniendo en consideración el supuesto de hecho que origina el nacimiento de la obligación de indemnizar. En este supuesto de hecho, como hemos tenido ocasión de expresar, ha habido un trato previo entre el causante y la víctima, los mismos que se han vinculado voluntaria e intencionalmente. Este acercamiento se encuentra plasmado en el contenido del acuerdo. El daño resarcible será aquél que se derive del incumplimiento de lo acordado, para lo cual los operadores del Derecho deberán analizar si dicho incumplimiento se debió a la culpa o al dolo del causante.

Extender a todos los casos de incumplimiento contractual una teoría distinta a la de la culpa podría generar serias y graves consecuencias. Admitimos que en determinadas circunstancias la teoría objetiva del riesgo creado puede servir de sustento, ya que hay supuestos en los que el contrato presupone la existencia de una cláusula de seguridad o garantía; no obstante, esos supuestos no representan un porcentaje mayoritario.

Nuestro Código Civil fundamenta la responsabilidad contractual en la culpa. Así, la teoría objetiva sólo sería aplicable en los su-

puestos en los que las partes así lo hayan establecido. Este razonamiento tiene su origen en una idea que consideramos clave: la obligación violada afecta un interés privado. No se trata, como en el caso de la responsabilidad extracontractual, de un daño socialmente intolerable que implique la violación de un deber al que se encuentran sometidos todos los sujetos de Derecho. Debemos recordar que el causante y la propia víctima han sido los que determinaron, consensualmente, sus obligaciones.

Por otra parte y como ya hemos esbozado, en la responsabilidad extracontractual el legislador tiene el complicado y, a la vez, relevante objetivo de lograr que las reglas y principios generales que informan la figura, coincidan con la base material de los daños. Así, el legislador debe, en principio, determinar los daños que considera injustos³³ y, por ende, resarcibles, toda vez que debe elegir cuidadosamente el o los principios sobre los cuales construirá el sistema; para, luego, decidir quién o quiénes soportarán la carga económica del daño injusto, teniendo especial cuidado en que esta elección no lesione la iniciativa privada.

En cuanto a los criterios de atribución de la responsabilidad extracontractual, debemos señalar, nuevamente, que la razón pragmática nos impide tomar como eje un único parámetro. Una normativa flexible y ajustada a los avances del Derecho en los tiempos modernos no puede pretender, a nuestro entender, reducir todo a un único principio o a una sola teoría. Las excepciones a semejante régimen serían demasiadas (o tal vez infinitas).

No podemos pretender la preeminencia de un único principio en un mundo en el que los confines de la responsabilidad civil se han extendido, en parte gracias a la multiplicación de las funciones de esta institución.

La teoría tradicional ponía el acento en el carácter reprobable del hecho ilícito;³⁴ en consecuencia, se acentuaban más los aspec-

³³ Tarea nada fácil, si tomamos en cuenta que en el campo de la responsabilidad extracontractual –como lo subrayase acertadamente De Trazegnies– es la voluntad exclusivamente unilateral de una de las partes (acto ilícito) o el azar, combinado con una suerte de intencionalidad social (accidente), la que conforma la situación dañina. No hay documento de ninguna clase (oral o escrito) en la misma medida que no hay texto que constituya una pauta de intencionalidad común.

³⁴ Sobre el particular resulta aconsejable realizar una breve referencia a lo que

tos sancionatorios de la responsabilidad, dentro de un sistema en el cual la culpa ocupaba un lugar privilegiado. Posteriormente, y con mayor énfasis a partir de la década de 1970, la doctrina pasó a incidir en el carácter indemnizatorio de la responsabilidad civil, es decir, en el carácter de que aquélla tenía que servir, esencialmente, para otorgar un resarcimiento a la víctima.³⁵

Además, es necesario señalar que en adición a la función sancionatoria y la función resarcitoria o indemnizatoria, actualmente y gracias al aporte del *common law* y –más allá de los serios cuestionamientos y reparos que hemos formulado a esta teoría³⁶ del Análisis Económico del Derecho, también se atribuye a la responsabilidad una función preventiva, la misma que se manifiesta desde la perspectiva del incentivo y del desincentivo de conductas.

Este fenómeno expansivo ha recibido diversas lecturas. Francesco Donato Busnelli³⁷ lo expresa mejor al describir el cuadro planteado como uno que es al mismo tiempo prometedor y preocupante: «es prometedor si se mira hacia el pasado y se verifica que las tradicionales limitaciones interpretativas y aplicativas de las normas sobre los hechos ilícitos se han disuelto, con lo cual la responsabilidad civil se ha transformado en una de las instituciones

Rodotá denomina como la cuestión de la *laicización* del modelo: «es innegable que la orientación hacia la víctima y el daño despojó al modelo de la responsabilidad civil de toda función de tipo «educativo»; ella pasó a encaminarse, decididamente, hacia objetivos más complejos, de ingeniería social. Debo anotar que no parece que este resultado peligre por causas de propuestas de retorno a la culpa, ni tampoco por las referencias a las exigencias de «justicia». Las primeras tienden, en efecto, a hacer de la culpa un instrumento de control social más penetrante (en la actividad de la empresa, por ejemplo), o bien una vía para lograr un mejor equilibrio de las posiciones del damnificado y del dañador. En consecuencia, no hay nada que vuelva a imponer a la responsabilidad civil una función «moral» en sentido amplio». (RODOTÁ, Stefano. «Modelos y funciones de la responsabilidad civil». En: *Revisita De Iure. Op. cit.*, p. 62).

³⁵ MONATERI, Pier Giuseppe. «Hipótesis sobre la responsabilidad civil de nuestro tiempo». En: *Estudios sobre la responsabilidad civil. Op. cit.*, p. 108.

³⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el Análisis Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

³⁷ BUSNELLI, Francesco Donato. «La parábola de la responsabilidad civil». En: *Ius et veritas*, n.º 24, año 12, junio 2002, p. 20.

más dúctiles de todo el Derecho Privado; es preocupante si se piensa en el futuro, y si se consideran las posibles consecuencias del defecto de coherencia sistemática que hoy identifica esta institución, tanto en el plano funcional, cuanto en el plano estructural».

Más allá de la posición que se adopte, no podemos negar la gran vitalidad de la institución, la cual se manifiesta en la exorbitante heterogeneidad de los supuestos de hecho que pueden dar lugar a su surgimiento.

Francesco Donato Busnelli³⁸ sintetiza sugestivamente la evolución que acabamos de trazar, en una metáfora a la que llama la «parábola de la responsabilidad civil».

Según este autor, después de tantos escritos y profecías sobre el triunfo, el eclipse, la crisis, el ocaso y la muerte de la responsabilidad civil, es pertinente diseñar una parábola, en el sentido evangélico de esta expresión. Un curso de agua, alimentado por una antigua fuente, atraviesa el territorio y condiciona su explotación económica, que, en su origen, era fundamentalmente agraria. Cuando se produce el paso de una economía agrícola de puro sostenimiento a un desarrollo industrial cada vez más amplio, el flujo de agua se revela insuficiente y los expertos se tienen que ingeniar, construyendo diques y canales y realizando todo tipo de obras, para utilizar mejor y distribuir la escasa agua disponible. Mas de repente, el curso de agua se acrecienta por la confluencia de pequeños arroyos, se descubren nuevas fuentes y entonces es preciso volver a llamar a los ingenieros, pero ahora para llevar a cabo obras de contención que permitan evitar las peligrosas inundaciones.

Lo expresado posee una enorme incidencia práctica, que es, al fin y al cabo, lo que interesa. Ello puede ser comprobado con unos cuantos ejemplos, en los que se aprecia cómo la calificación y la evaluación de la responsabilidad civil requiere no sólo de principios abstractos y generales, sino también de principios más específicos.³⁹

³⁸ BUSNELLI, Francesco Donato. «La parábola de la responsabilidad civil». En: *Ius et veritas*, n.º 24, año 12, junio 2002, p. 12.

³⁹ Adela Seguí revisa este fenómeno que ya se ha traducido en varias modificaciones legislativas en el Derecho francés:

Así tenemos que al analizar la responsabilidad de las personas jurídicas observamos que, sobre la base de la teoría organicista,

En Francia, la cuestión sigue siendo objeto de debate. Pero en ciertos ámbitos muy importantes, se han dictado regímenes especiales de responsabilidad que declararon aplicables de la misma sus normas a los co-contratantes que a los terceros. Es lo que hizo la ley del 5 de julio de 1985 relativa a los accidentes de la circulación que en su artículo 1 la declara aplicable a todas las víctimas, «comprendiendo a aquéllas que son transportadas en ejecución de un contrato» y la ley del 19 de mayo de 1998 sobre la responsabilidad del hecho de productos defectuosos que, según el artículo 1386-1 del Código Civil, puede ser invocado por toda persona que sufra las consecuencias del defecto, «ella esté o no ligada por un contrato» con el productor (...).

Por otra parte es posible advertir que las transformaciones y los cuestionamientos de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual están directamente vinculadas a la evolución de otra distinción que tiende a tomar hoy en día cada vez más importancia: la que existe entre derecho común de la responsabilidad y regímenes especiales.

En Francia, la multiplicación de los regímenes legales que derogan al derecho común que figura en los artículos 1382 a 1386 del Code «se hizo bajo la presión de las circunstancias y de las reivindicaciones particulares, por lo tanto en un cierto desorden», obedeciendo por ello a unos esquemas teóricos muy diversos. Algunos siguen siendo regímenes de responsabilidad (constructores, transportistas, promotores de una investigación bio-médica, agentes de viajes, productores), mientras otros son completamente extraños a la responsabilidad y reposan sobre un mecanismo de indemnización a cargo de un organismo colectivo (fondos de garantía que han sido instituidos en beneficio de ciertas categorías de víctimas, por ejemplo de las víctimas de las calamidades agrícolas, o de las víctimas de infracciones penales o del terrorismo, o de las transfusiones contaminadas por el HIV). Por último hay unos regímenes mixtos –de los cuales el arquetipo es el de la ley del 5 de julio de 1985 relativa a los accidentes de la circulación– que reposan teóricamente sobre una responsabilidad pero, al haberse convertido ésta en puramente objetiva, se aproxima a una verdadera garantía.

El examen de los regímenes especiales franceses revela algunos rasgos característicos que se encuentran en gran número de entre ellos (canalización de la acción de responsabilidad hacia aquel de los actores que es el más apto para tomar el seguro cubriendo el riesgo, reducción de las causas de exoneración, pago acelerado de la reparación, aliento al acuerdo amigable, etc.).

Sin embargo, como su aparición no obedeció a «ningún plan de conjunto, su ámbito de aplicación aparecería hoy en día de una singular discontinuidad, lo que lo confina a la incoherencia ya que ciertos riesgos muy graves no han sido tenidos todavía en cuenta para justificar tal régimen. Es el caso, en particular, del riesgo médico y de muchos riesgos seriales ligados a la actividad industrial, del riesgo de polución». (Seguy, Adela. «Aspectos relevantes de la responsabilidad civil moderna». En: http://www.alterini.org/fr_tonline.htm)

aquella responde frente a terceros por los actos de sus administradores tanto tratándose de responsabilidad civil contractual como extracontractual. En el caso de que la responsabilidad sea extracontractual, y que –por tanto–, tenga como origen la comisión de un ilícito por parte de los directores, habrá que tomar en cuenta si éstos actuaron en ejercicio de su función o con ocasión de su cargo, para ver si la responsabilidad del ente moral es directa o refleja. En todo caso, en cualquiera de los supuestos, el o los administradores son también responsables y siempre por actos propios.

La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas es regulada de manera especial en nuestra actual Ley General de Sociedades, en cuyo articulado se establecen las pautas a seguir en este tipo de situaciones.

Por otro lado, la responsabilidad de la Administración Pública por los daños causados en ejercicio de su función administrativa, requiere de un examen que contemple tanto los principios generales de la responsabilidad civil contenidos en las normas de Derecho Privado, como aquellas normas específicas que brindan una respuesta –también específica– a los conflictos que la función administrativa puede conllevar. Resulta imprescindible acudir a la Ley de Procedimiento Administrativo General que, en el Capítulo I de su Título V, se encarga de señalar las disposiciones generales en torno a este tema, brindando los parámetros que informan la responsabilidad de la Administración Pública y que abarcan los daños causados por actos lícitos y por actos ilícitos en ejercicio de su función administrativa.

Un examen adecuado debe, asimismo, analizar los hechos partiendo de los principios que orientan y sostienen al Derecho Administrativo, pues ellos servirán de base para determinar si el daño es o no indemnizable. Esto, por cuanto a través de dichos principios podremos observar si efectivamente nos encontramos frente a un comportamiento antijurídico de la Administración o si nos encontramos frente a una conducta lícita cuyos perjuicios no deben ser asumidos, según la propia ley, por el administrado, ya sea porque la norma lo señala expresamente o porque no cumple con ciertos requisitos como la proporcionalidad o la razonabilidad.

Igualmente, resulta significativo observar los distintos supuestos de responsabilidad que pueden emanar de los daños producidos

como consecuencia de alguna actividad deportiva.⁴⁰ Las pautas que deben tenerse en cuenta a la hora de imputar la responsabilidad al organizador de la competencia deportiva, no son iguales a las que tenemos que emplear para valorar la responsabilidad del deportista o de la Administración Pública. Es necesario, por ende, considerar las circunstancias particulares que sirven de marco a cada situación concreta, de acuerdo a los criterios adecuados.

Otro de los campos en el que comprobamos la riqueza de supuestos que nos ofrece el mundo moderno es el de la transmisión de enfermedades, el cual cada día —a la par de los avances científicos y las cada vez más complejas situaciones que se presentan— impone un tratamiento que, si bien sobre la base de los principios generales de la responsabilidad civil, debe considerar dichas peculiaridades.

Dentro del amplio espectro que engloba la responsabilidad civil por transmisión de enfermedades, destacan dos aspectos: el referido a los daños genéticamente transmitidos; y el referido al contagio de enfermedades. El primero, a su vez, puede versar sobre dos supuestos distintos, sea que la transmisión se deba a deficiencias en la manipulación científica del material empleado en la fecundación asistida en todas sus perspectivas, o que la misma sea obra

⁴⁰ Podemos señalar, entre otros, los siguientes supuestos:

- La responsabilidad civil derivada del espectáculo deportivo, respecto de daños sufridos por los espectadores.
- La responsabilidad civil derivada de los daños sufridos por un jugador frente a un contendor o competidor.
- La responsabilidad civil en las actividades deportivas ultra riesgosas por daños sufridos por los espectadores.
- La responsabilidad civil en las actividades deportivas ultra riesgosas por daños sufridos por los jugadores.
- La responsabilidad de un equipo frente a su jugador.
- La responsabilidad del dueño de las instalaciones frente a los espectadores y jugadores.
- La responsabilidad del organizador del evento deportivo frente a los espectadores y jugadores.
- La responsabilidad de las instituciones deportivas por los hechos imputables a sus seguidores deportivos.
- La responsabilidad de los espectadores frente al dueño de las instalaciones deportivas u organizador del evento (responsabilidad colectiva).

del accionar natural de padres portadores o transmisores de esos males. El segundo responde, generalmente, a la transmisión de enfermedades víroscas entre las que sobresale el SIDA.⁴¹

Cada situación conlleva un análisis particular que puede derivar en la imputación de responsabilidad a distintos sujetos de acuerdo a diversos criterios.⁴² La óptica de la evaluación con la que se deben examinar los supuestos implica contemplar tanto los principios de la responsabilidad civil como los principios fundamentales de la bioética –tales los de la justicia distributiva, beneficencia, autonomía, la no discriminación, no-maleficencia y la no-futilidad–, así como la normativa especial sobre la materia.

Respecto a la regulación de la responsabilidad en las relaciones de familia podemos afirmar que si bien aquélla no se puede desentender de los conceptos genéricos propios de la responsabilidad, se encuentra, a su vez, incidida por conceptos como el de la denominada solidaridad familiar –que de alguna manera funde los destinos de sus miembros– o el de la piedad filial.⁴³ No puede optarse, en consecuencia, por una aplicación indiscriminada de la responsabilidad civil en supuestos que involucren relaciones familiares; sino que deben tenerse en cuenta los rasgos particulares de aquéllas al momento de valorar los hechos del caso concreto y los elementos de esta figura. No debemos olvidar la trascendencia de los valores y las instituciones que están en juego.⁴⁴

⁴¹ SAUX, Edgardo Ignacio. «Responsabilidad por transmisión de enfermedades». En: *La responsabilidad. Homenaje a Goldenberg*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, p. 629.

⁴² En el caso de la responsabilidad por transmisión de enfermedades habrá que tener en cuenta que existen distintas vías de contagio, toda vez que cada una involucra diversos sujetos, dando lugar a variadas relaciones jurídicas que no pueden evaluarse bajo la misma óptica. Se deberán tener en consideración, por ende, diferentes factores, puesto que los supuestos de hecho son, también, diferentes.

La responsabilidad por daños derivados de la manipulación genética o por los avances de la ingeniería genética deben, asimismo, partir de un estudio que perciba los rasgos particulares de cada hecho.

⁴³ ALTERINI, Atilio A. y Roberto M. LÓPEZ CABANA. *Derecho de daños y otros estudios*. *Op. cit.*, p. 244.

⁴⁴ Son muchos los supuestos que pueden identificarse en el caso de la responsabilidad civil derivada de las relaciones de familia, entre ellos podemos mencionar:

- La responsabilidad civil derivada del divorcio.

Si, por otro lado, examinamos supuestos en los que se han producido daños como consecuencia de la difusión de noticias, es imprescindible observar varias pautas. El simple alejamiento de la verdad en la difusión de una noticia no conlleva responsabilidad si falta la culpa o el dolo del informador. Si la información no es verdadera⁴⁵ puede darse falsamente y consistir, por consiguiente, en un acto consciente y deliberado del agente que busca engañar. En ese caso el medio actúa con dolo y, por lo tanto, es responsable de los daños que su conducta cause. Cuando esa información no verdadera se da por error, implica un acto no consciente del informante que actúa de buena fe. De esta forma sólo podría imputársele responsabilidad por el perjuicio causado si el error no fuera excusable por haber faltado al deber de veracidad que consiste en un obrar prudente al recibir y transmitir información. Sobre la responsabilidad de los medios por la difusión de noticias inexactas, es de destacar la doctrina de la real malicia que introduce elementos y criterios relevantes a la hora de evaluar la culpa del agente del daño. Incluso podría haber responsabilidad del medio de comunicación cuando la información transmitida sea verdadera, circunstancia ante la cual es preciso ponderar los derechos que se contrapongan. El criterio del interés público es esencial en este punto.

-
- La responsabilidad civil de un miembro de la familia que causa un daño a otro miembro de la familia.
 - La responsabilidad civil derivada de hechos de violencia familiar.
 - La responsabilidad civil por incumplimiento de deberes alimentarios.
 - La responsabilidad civil por ausencia de reconocimiento de hijo extramatrimonial.
 - La responsabilidad civil frente al conviviente por los daños derivados de la muerte del otro.
 - La responsabilidad civil de los cónyuges no convivientes.
 - La responsabilidad civil de los padres en relación a los daños causados por sus hijos.

⁴⁵ La información que no concuerda con la verdad es la información inexacta que puede ser falsa o errónea. Es falsa cuando la misma es engañosa, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta a la que en realidad posee. Es errónea cuando es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad.

En tanto el Derecho de autor cuenta, también, con rasgos especiales que lo caracterizan, éstos no pueden obviarse a la hora de evaluar los daños que se derivan de su violación. La responsabilidad –pese a partir de los principios generales que informan el Derecho privado– asume esas características matizando el análisis y la reflexión que debe plantearse en cada caso. La distinción entre derechos morales y patrimoniales cobra aquí gran trascendencia. Trascendencia que, asimismo, recae en la existencia de supuesto –taxativamente enumerados– en los que se atribuye licitud al uso de obras creativas sin la autorización del autor; y que responden a la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información.

En el ámbito de la protección al consumidor también encontramos un claro ejemplo de la heterogeneidad de situaciones a las que ya hemos hecho referencia y que, como hemos resaltado también, deja en el plano puramente teórico cualquier intento de unificación.

Por más que deseáramos sintetizar en unas pocas líneas el tema de la responsabilidad civil derivada de la infracción de las normas de protección al consumidor, ello no sería más que un anhelo utópico. La complejidad del tema es enorme, por lo que los matices a los que cada posible supuesto se encuentra sometido impiden evaluarlos de manera general y bajo la misma perspectiva.

No nos cabe duda de que cada caso concreto merece un tratamiento que tome en cuenta las distintas características que se presenten en él, si bien es posible reconocer ciertos patrones en dicha evaluación, éstos no son uniformes en todas las situaciones. Nuevamente estamos frente a circunstancias que no permiten la aplicación de una única fórmula que abarque cada posible caso en el cual el consumidor se vea afectado injustamente. Es necesario, por ejemplo, examinar cuál es el factor de atribución aplicable a cada supuesto.

La relación de consumo implica la presencia de tres elementos –el consumidor, el proveedor y el acto de consumo– que no son sencillos de distinguir o delimitar con claridad, pues cada componente abarca dentro de su definición ciertos supuestos especiales

que hacen imprescindible un examen detallado de los hechos que le sirven de contexto.

Estos hechos nos permiten distinguir supuestos de responsabilidad civil por productos defectuosos; responsabilidad civil por servicios defectuosos; responsabilidad derivada de daños a la salud o la seguridad de los consumidores; responsabilidad civil derivada de daños causados a los intereses económicos de los consumidores; entre otros.

En la responsabilidad por productos defectuosos la responsabilidad es tendencialmente objetiva, mientras que la responsabilidad civil por servicios defectuosos se analiza caso por caso, tomando en cuenta para ello la naturaleza de la prestación.

En el caso de la responsabilidad del fabricante podemos distinguir, asimismo, diferentes situaciones. El fabricante puede ser, a la vez, vendedor directo del producto que causó el daño al consumidor o usuario; el fabricante no es vendedor directo del producto que llega a manos del consumidor o usuario a través de un intermediario; el fabricante vende directamente el producto pero el perjudicado no es el comprador sino un tercero.

En el caso de la responsabilidad del vendedor es necesario que en nuestra evaluación tengamos en cuenta que normalmente el vendedor o comerciante desconoce los procesos de fabricación, limitándose a recibir y entregar el producto. Incluso, en ocasiones, el producto se encuentra sellado herméticamente. Ante circunstancias como la descrita, si el producto causase un daño –y más allá de que esta afirmación no es respaldada por la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Ley N° 716)– no creemos que se pueda fundar una acción en contra del vendedor, en la medida que la obligación de garantía, en esos supuestos específicos, no la asume aquél, la asume el fabricante.

Es necesario, entonces, analizar la posibilidad de control del vendedor para determinar la responsabilidad de aquél. Es evidente, además, que el vendedor no es responsable cuando ha entregado un producto en buenas condiciones que luego, por trato deficiente u otros motivos, el producto adquiere algún defecto. Un supuesto como los que se plantean implica la ruptura del nexo causal y con ella la imposibilidad de que se llegue a configurar la responsabilidad civil del proveedor.

Y como si esto fuera poco, en el campo de las relaciones de consumo también se observan otras peculiaridades, como en lo que concierne a la relación de causalidad en la que se admite, en ciertos casos y dado lo complejo de la prueba que tendría a su cargo la víctima, la aplicación de la teoría de la causa probalística.

La protección de los consumidores también se manifiesta en el campo de la publicidad comercial, en tanto la misma busca satisfacer un interés del anunciant e y debe, en consecuencia, entenderse como un componente de la libertad de empresa y, por ende, se encuentra limitado por los derechos fundamentales de los consumidores. Esto equivale a afirmar que por medio de la actividad publicitaria se pretende lograr una suerte de equilibrio entre el interés del anunciant e y el del consumidor.

La contratación masiva de bienes y servicios, ámbito en el que se desenvuelven las normas sobre publicidad, responde a una realidad compleja y problemática que posee caracteres particulares que no pueden ser obviados. De este modo, el examen de la responsabilidad por publicidad falsa o engañosa no puede llevarse a cabo sin considerar los principios que subyacen a la noción de publicidad comercial, esto es, el principio de legalidad, el de competencia, el de veracidad, el de autenticidad y el de pertinencia.

Tal y como lo resalta Jean Paul Calle Casusol,⁴⁶ la regulación contra la publicidad engañosa busca proteger un triple interés: El interés privado de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado. De esta forma, el engaño no sólo afecta a los consumidores que confiando en la información incorrecta pueden sufrir un daño económico o uno incluso más grave; sino también perjudica al competidor honrado que pierde clientela, y al mercado. En esta medida, el engaño puede legitimar a dos sujetos reclamantes, en tanto se produce un acto de mala fe respecto de otro competidor y, luego, el mismo acto que implica una mentira o engaño al consumidor.

El Derecho ha contemplado diversos mecanismos orientados a desincentivar el empleo de la publicidad falsa o engañosa. Entre

⁴⁶ CALLE CASUSOL, Jean Paul. *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Lima: ARA Editores, 2002, p. 171.

esas medidas se encuentran la cesación publicitaria, la rectificación publicitaria y la publicación de la sentencia.

En este contexto, la responsabilidad civil integra también el conjunto de las necesidades legítimas de los consumidores. Incluso a nivel internacional se ha reconocido como un derecho fundamental del consumidor la posibilidad de compensación efectiva por los daños causados.

Nuestro ordenamiento jurídico no nos ofrece criterios claros respecto a la responsabilidad civil del anunciante. Basar la responsabilidad en los principios generales de la responsabilidad civil no parece ser lo más adecuado, pues una aplicación vaga de los mismos puede conducir a que, en algunos casos, los consumidores dañados queden desamparados y, en otros, a que los anunciantes no puedan ejercer libremente su derecho de expresión comercial.

La obligación de responder también compete a la empresa o proveedora respecto de los daños que ocasiona al consumidor por la información falsa o engañosa que proporciona en sus anuncios publicitarios.

Cabe señalar, siguiendo a Calle,⁴⁷ que la publicidad constituiría una actividad riesgosa o peligrosa cuando el producto resulte siendo defectuoso por la forma como se presenta a través de la publicidad. En efecto, la publicidad no es una actividad riesgosa o peligrosa *per se* sino sólo cuando influye incrementando el riesgo de un producto. De donde se sigue que el uso imprudente de la publicidad que causa daños al consumidor, puede dar lugar a una acción de responsabilidad civil por riesgo.

Pero la responsabilidad civil por publicidad engañosa no sólo alcanza al anunciantes, sino que también implica a la agencia publicitaria.

El artículo 13º del Decreto Legislativo N° 691, Ley de Publicidad en Defensa del Consumidor, señala que por ser la publicidad un servicio profesional, existe responsabilidad solidaria entre el anunciantes y la agencia de publicidad, o quien haya elaborado el anun-

⁴⁷ CALLE CASUSOL, Jean Paul. *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Op. cit., p. 508.

cio, cuando la infracción se encuentre en un contenido publicitario distinto de las características propias del producto anunciado.

Con esta norma el legislador ha optado por extender la responsabilidad de manera solidaria a la agencia de publicidad que efectúa el anuncio, lo cual ha sido y es hasta hoy fuertemente criticado. Alberto Rebaza Torres⁴⁸ incluso cataloga tal medida como absurda, aduciendo que la misma impone a las agencias un trabajo por encima del que les corresponde en su rol creativo.

En efecto, una aplicación estricta y literal de este artículo supone obligar a las agencias a fiscalizar, verificar y supervisar la información que sus clientes les proporcionan, entorpeciendo y encareciendo su trabajo.

Otro campo que nos sirve para ilustrar la expansión del ámbito de aplicación de la responsabilidad civil es el de la Informática y Telemática en los cuales se dan hechos y acciones que están comprendidos en las esferas de responsabilidad tanto contractual como extracontractual, dependiendo de la preexistencia de la obligación o de un genérico deber de injerencia no dañosa. Tanto en la elaboración del *software* o programas de computación en serie o medida, como en la creación de virus informáticos o transmisión y flujo telemático de información computarizada o digitalizada, se dan hechos y acciones con efecto dañoso.

En este orden de ideas, es preciso tener presente que son innumerables los daños informáticos que pueden generarse. En un esfuerzo por alcanzar un esquema, los podemos clasificar sobre la base de tres categorías, según se trate de:⁴⁹

- Daños producidos por defectos o deterioros en los componentes del sistema electrónico de elaboración de datos relacionado con el *hardware*.

⁴⁸ REBAZA TORRES, Alberto. «¡No me defiendas compadre! Los efectos económicos de la intervención del Estado en materia de publicidad y protección al consumidor». En: *Thémis*, Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, n.º 32, p. 32.

⁴⁹ GUASTAVINO, Elías P. «Responsabilidad civil derivada de la informática». En: *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Roca, 1991, p. 599.

- Daños causados por errores o disfuncionalidad en la preparación, elaboración, puesta en acción o funcionamiento de los programas vinculados al *software*.
- Daños derivados del uso ilícito de la computación en el tratamiento de datos erróneos en general o datos prohibidos, o protegidos, referidos a aspectos privados, secretos o íntimos, especialmente en informática nominativa.

Pero no sólo los daños pueden ser diversos y variados, sino también los sujetos involucrados sea en calidad de víctimas o de causantes del daño. Al fin y al cabo, como venimos señalando, las situaciones fácticas son susceptibles de presentar distintas características y peculiaridades que pueden ser, asimismo, determinantes en cuanto a la evaluación de la responsabilidad.

En este tipo de supuestos son múltiples los sujetos y/o individuos que pueden verse implicados en tanto es enorme la cantidad de situaciones diferentes que pueden acontecer en la realidad y que pueden dar lugar a un intrincado conjunto de relaciones jurídicas determinadas.

Por otra parte, y siempre a manera de ejemplo, podemos mencionar a la responsabilidad civil derivada de la actuación de los profesionales de la construcción, la misma que puede abarcar tanto el ámbito contractual como el extracontractual, según el supuesto que haya dado origen al perjuicio que se exige sea reparado. Cuando nos centramos en la relación entre el constructor y el propietario de la obra, generalmente nos ubicamos dentro de una relación contractual y, por ende, la responsabilidad imputable es la contractual. Esto no impide, sin embargo, que en determinadas circunstancias pueda establecerse una relación de hecho entre estos sujetos y que, en definitiva, de ser el caso, la responsabilidad imputable será la extracontractual. Por el contrario, si atendemos a la vinculación entre estos profesionales y terceros no contratantes, la responsabilidad que puede emanar sólo podrá ser extracontractual. En tal sentido, resulta necesario recurrir a las normas que abordan este tópico de manera expresa –las mismas que se encuentran básicamente, en los artículos 1777, 1782, 1783, 1784 y 1785 de nuestro Código Civil–, cuya interpretación no debe hacerse de modo aislado; todo lo contrario, es preciso realizar una lectura sistemáti-

ca que comprenda las normas generales del Libro de Obligaciones, del de Contratos y, por supuesto, de los principios generales de la figura de la responsabilidad civil.

De otro lado, en esta relación de infinitos matices de la responsabilidad civil, podemos decir que en Italia existe una corriente jurisprudencial (inicialmente penal, pero hoy también civil) en cuya virtud, en materia de responsabilidad por culpa profesional sanitaria, y en la búsqueda del nexo de causalidad entre la conducta del imputado y el evento, el criterio de la certeza de los efectos de la conducta puede ser sustituido por el de la probabilidad, aunque limitada, de tales efectos y de la idoneidad de la conducta para producirlos. Por ello, se entiende que la relación causal subsiste incluso cuando la actuación del sanitario, si se hubiere llevado a cabo correcta y tempestivamente, habría tenido no ya la certeza sino solamente serias y apreciables posibilidades de éxito, de tal forma que la vida del paciente se habría salvado con una cierta probabilidad.⁵⁰

Ingresando a otra área de la responsabilidad civil, podríamos recordar que la responsabilidad por accidentes de trabajo también es un campo abierto, en especial porque en nuestro ordenamiento jurídico no se ha determinado si la vía idónea para accionar es la laboral o la civil.

Y si echamos una mirada al daño ambiental y sus características propias, veremos que representa un reto para la responsabilidad civil, cuestionando sus cimientos tradicionales y retando la imaginación de los juristas, quienes –a manera de ejemplo– se han visto obligados a construir distintas teorías respecto del nexo causal.

⁵⁰ Así se declaró en la sentencia de casación penal del 17 de enero de 1992. Se trataba de un caso en el que a una mujer que acababa de dar a luz le sobrevino una infección tetánica. Sobre la base de que los peritos informantes en el juicio dejaron sentado que un correcto y tempestivo tratamiento habría tenido un 30% de probabilidades de éxito, los médicos procesados fueron condenados. En su recurso, la defensa de los médicos había alegado que era absurdo afirmar que, en presencia de un 30% de posibilidades de supervivencia, nada vale el restante 70% de posibilidades de muerte. (VÁSQUEZ FERREYRA, Roberto A. «La prueba de la relación causal en la responsabilidad civil». En: *Ius et veritas*, n.º 14, año 8, 1997, p. 84).

Y es que lo más complicado en este terreno consiste en compatibilizar el razonable objetivo de indemnizar a las víctimas de los daños, con la necesidad de atribuir la responsabilidad a aquél en cuya conducta se encuentra, probablemente, la causa del desenlace dañoso acaecido.

En general, entre los factores que obstaculizan esta compatibilización se encuentran: la distancia entre el hecho o fuente productora del daño y el efecto dañino en sí mismo; la multiplicación de fuentes; el tiempo; y la duda científica.

Por ello y con el fin de garantizar la reparación del daño ambiental, los ordenamientos jurídicos y, en especial, las resoluciones judiciales, ofrecen nuevas soluciones fundadas en la simple probabilidad, llegando incluso a invertir la carga de la prueba mediante el establecimiento de presunciones. Ello, en algunos casos, puede llegar incluso a suponer la práctica desaparición de la necesidad de causalidad.

Por otra parte, y continuando con nuestros ejemplos, diremos que la responsabilidad civil derivada del contrato de transporte marítimo, así como la que emana de los accidentes de aviación son también representativas puesto que involucran una normativa especial que es producto de las necesidades que estos supuestos plantean.

Y así como estos, podríamos citar muchos otros ejemplos que muestran la imposibilidad práctica de adoptar un único factor de atribución de la responsabilidad civil.⁵¹ Asimismo, podemos citar otros tantos en los que la línea que separa a la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual se torna borrosa; a saber: la responsabilidad civil por daños derivados de accidentes de tránsito, la responsabilidad civil por daños derivados del ejercicio profesional de la medicina, la responsabilidad civil por daños derivados de productos defectuosos, etc.

Son, pues, muchos los llamados *casos límite* en los cuales un mismo hecho es difícil de situar en uno de los dos tipos de responsabilidad. Esto, sin embargo, no supone afirmar que lo mejor

⁵¹ Elaborar una lista que intente abarcar cada posibilidad sería una tarea tan ardua como absurda. La complejidad del mundo moderno nos lo impide.

para el sistema sea *evitar problemas*, construyendo una normativa unificada.

Más acertado parece el criterio de De Trazegnies,⁵² quien sostiene que quizá, en aquellos supuestos, no estemos propiamente ante poblaciones de frontera sino ante una nación distinta dentro de la responsabilidad civil, la que habita entre la contractual y la extracontractual, y que se requiere que sea oficialmente reconocida: la nación de los accidentes.⁵³

Por último, y sobre la base de lo desarrollado hasta este punto, sólo nos queda cuestionar otro de los argumentos esgrimidos por los partidarios de la unificación. Ellos afirman que la responsabilidad contractual y la extracontractual comparten los mismos presupuestos del deber de responder (antijuricidad, daño, relación causal y criterio de imputación), por lo que no cabe hacer diferencias de regulación de tratamiento del damnificado en cualquiera de las situaciones u órbitas en las que se encuentre. Aseveran, así, que a iguales antecedentes, iguales consecuencias.

El citado razonamiento olvida que esos presupuestos no se presentan de manera uniforme en todas las circunstancias. El nacimiento de la obligación resarcitoria se encuentra, muchas veces, sometido a las particularidades del supuesto que han determinado que el legislador le otorgue un tratamiento que –aunque se sustenta en principios generales que comparten ambos órdenes de responsabilidad– cuenta con principios especiales.

Hay supuestos en los que nace la obligación de indemnizar sólo si hubo culpa o dolo. En otros casos no es necesario detenerse en la conducta del agente, llegando en ocasiones a que se configure la responsabilidad incluso cuando la conducta del causante no fuese antijurídica. Asimismo, la responsabilidad solidaria del asegurador o la responsabilidad del principal por su dependiente suponen un resquebrajamiento que demuestra que es posible la

⁵² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Op. cit., tomo II, p. 481.

⁵³ No nos vamos a detener en el estudio de esta tesis, en la medida que la misma –muy interesante y valiosa, por cierto–, aunque vinculada al tema que nos ocupa, aún no ha sido aceptada formalmente por el medio jurídico en general.

imputación de responsabilidad a un sujeto cuyo comportamiento no ha sido causa eficiente del daño.

Sin perjuicio de lo anterior no negamos que hay ámbitos en los cuales se observa la fragilidad de la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

Cierto es que existen casos que se encuentran en lo que la doctrina suele denominar como *zonas grises*; es más, es la existencia de aquéllos la que han llevado a muchos a postular la crisis de la distinción de regímenes; sin embargo, hasta hoy la distinción se mantiene en la mayoría de supuestos.

No obstante, frente a este tipo de casos en los que existe duda, la doctrina y la jurisprudencia han encontrado una solución, esto es, la tesis de compatibilidad, la cual permite que se adopte la vía de la opción o la del cúmulo. Por la primera, que en nuestra opción es la más idónea, ante la duda el dañado puede elegir entre accionar por la vía contractual o la extracontractual. Por la segunda, el dañado puede elegir lo que más le convenga de cada una de dichas vías.

«En conclusión, sostendría que no se puede decir que éste sea un verdadero problema en el fondo, sólo que en relación con ciertos tipos de daños hay una superación o una tendencia a la unidad, aunque la distinción ha quedado en la ley y en la jurisprudencia que la aplica». ⁵⁴

La crítica contemporánea parte del método comparativo entre ambos regímenes, tratando de atenuar sus diferencias a fin de mostrar lo inútil de su coexistencia.

«En los casos dudosos, las zonas grises, de por sí, no autorizan a tomar partido por la solución más drástica (y simplista), es decir, por la equiparación o, peor aún, por la identificación entre los dos tipos distintos de responsabilidad.

Lo verdadero, entonces, es que debemos desconfiar de los discursos sobre la superación de la distinción entre ambas responsabilidades, porque en algunos casos debe ser posible la coexistencia de los dos remedios, y también porque se trata de

⁵⁴ Entrevista a VISINTINI, Giovanna. En: *Jurídica*. Suplemento de análisis legal del Diario Oficial «El Peruano», Martes 7 de diciembre de 2004, *Op. cit.*, p. 2.

discursos conceptuales que no se basan en efectivos acercamientos de las normativas respectivas, en el marco del empleo que los jueces hacen de las mismas».⁵⁵

En España, por ejemplo y tal cual se desprende del estudio realizado por Ricardo de Ángel respecto de los pronunciamientos del Tribunal Supremo, para que opere la responsabilidad contractual con exclusión de la extracontractual, no basta que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes, sino que se requiere para ello la realización del hecho dañoso dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato, desplegará sus efectos propios la responsabilidad aquiliana.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El análisis realizado nos permite concluir en que la problemática de la responsabilidad civil involucra un campo muy amplio de relaciones jurídicas complejas, el mismo que da lugar a diversas esferas de aplicación de esta responsabilidad.⁵⁶

No hay una sola respuesta, no existe una única postura que logre dar una explicación que englobe adecuadamente todas las situaciones que pueden dar lugar al nacimiento de la obligación de indemnizar.

La responsabilidad civil –como hemos podido observar– es una figura jurídica capaz de desenvolverse, prácticamente, en todos los ámbitos que forman parte de la vida del hombre y de la sociedad. Sin embargo, dependiendo de las circunstancias y las características especiales que den forma y contenido al conflicto de intereses que se intente solucionar, adoptará ciertos rasgos que hacen de la idea

⁵⁵ VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Op. cit., 2002, p. 97.

⁵⁶ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «El fundamento de la responsabilidad civil deportiva». En: *Thémis*, Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 19, 1991, p. 71.

de un régimen unificado de responsabilidad civil, un simple anhelo utópico, contradicho por la vida misma.

Es preciso mantener, por consiguiente, una regulación diferenciada para la responsabilidad civil contractual y la extracontractual, la que debe tener como brújula las singularidades que se presentan en los supuestos que cada una contempla, ya que esas singularidades determinarán la aplicación de principios y reglas específicas destinadas a obtener soluciones justas.

Un régimen jurídico que no distinga entre ambas clases de responsabilidad civil se encontraría plagado de salvedades y excepciones, lo que podría implicar que la normatividad se torne inclusive más confusa de lo que hoy pudiera parecer.

Como acertadamente indica Giovanna Visintini:⁵⁷

«Todo lo expuesto conduce a afirmar que los discursos sobre la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual deben estar libres de los vicios de la excesiva teorización y conceptualismo; deben limitarse, más bien, al reconocimiento de los datos técnicos y aplicaciones prácticas, los cuales evidencian, al mismo tiempo, diferencias y aspectos comunes. Además, la tendencia expansiva de ambos tipos de responsabilidad debe revelar al intérprete la importancia creciente de una institución como la responsabilidad civil, así como la necesidad de tener bien claros los elementos característicos y tradicionales de ésta, para evitar incurrir en confusiones, o falsos problemas o en injustificadas aplicaciones extensivas de reglas, a uno u otro tipo de responsabilidad».

Así, pese a reconocer que la responsabilidad civil contractual y la extracontractual parten de un principio general común, esto es, la reparación de un daño injusto, tenemos la firme convicción de que adoptar un criterio unificador no sólo no resulta conveniente, sino que es imposible en el mundo contemporáneo, mundo que ha generado infinitos supuestos o feudos de responsabilidades especiales, cada una más rica que las otras; cada una con matices y particularidades especiales que las hacen únicas e imposibles de subsumir.

⁵⁷ VISINTINI, Giovanna. *Responsabilidad contractual y extracontractual*. Op. cit., p. 103.

4 TEMAS DE HOY

Se terminó de imprimir en el mes de abril del 2005
en los talleres gráficos de Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 16521), General Varela 1577, Lima 5, Perú