

Mario Castillo Freyre

Ni urgente,
ni necesario;
más bien:

defectuoso

Comentarios muy críticos
al Anteproyecto oficial de
Reforma del Código Civil
de 1984

Con la participación de
Verónica Rosas Berastain



PALESTRA

Mario Castillo Freyre (1964) es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma casa de estudios. Catedrático de Obligaciones y Contratos en dicha Universidad, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

Verónica Rosas Berastain (1981) es egresada de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Asistente Legal en el Estudio Mario Castillo Freyre.

MARIO CASTILLO FREYRE
con la participación de
VERÓNICA ROSAS BERASTAIN

NI URGENTE, NI NECESARIO;

MÁS BIEN: DEFECTUOSO

Comentarios muy críticos al
Anteproyecto oficial de Reforma del
Código Civil de 1984



***NI URGENTE, NI NECESARIO;
MÁS BIEN: DEFECTUOSO***

Primera edición, septiembre del 2005
Tiraje, 1,000 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, 2005
© Palestra Editores S.A.C., 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 del autor.*

ISBN: 9972-733-91-2
Hecho el depósito legal: 2005-6535

Impreso en el Perú – Printed in Peru

CONTENIDO GENERAL

Introducción	13
Primera Parte. Un poco de historia	17
Segunda Parte. Título Preliminar	27
• La doctrina ya no es fuente del Derecho (Artículo I)	27
• El final de los principios (Artículo II)	29
• Enmendando ningún error (Artículo III)	32
• Una verdad de Perogrullo (Artículo IV)	33
• ¿Buena fe? (Artículo V)	35
• La peligrosa teoría de los actos propios (Artículo VI)	37
• ¿Iguales o diferentes? (Artículo VII)	39
• Ni nulo, ni válido, sino todo lo contrario... (Artículo VIII)	40
• Un fraude (Artículo IX)	41
• Sin trascendencia (Artículo X)	42
• Peligroso (Artículo XI)	43
• Sin novedad en el frente (Artículo XII)	44
• Cuidado con lo que se plantea derogar (Artículos VII, VIII y X)	44
Tercera Parte. Derecho de las Personas	49
Sección Primera. Personas Naturales	49
Título II. Derechos de la persona	49
• Ya lo sabíamos (Artículo 3)	49
• La que lo parió (Artículo 4)	51
• Con mucho miedo (Artículo 4-A)	56
• Cuidado con la libertad de prensa (Artículo 15)	58
• Tutelando lo ya tutelado (Artículo 16-A)	62
• Dos acciones (Artículo 17)	64
Título III. Nombre	66
• El hombre invisible (Artículo 19)	66
• ¿Igualdad de derechos? (Artículo 24)	67

Título IV. Domicilio	69
• Todo tiempo pasado fue mejor (Artículo 40)	69
Título V. Capacidad	70
• Galimatías (Artículo 43)	71
• Galimatías, Segunda Parte (Artículo 44)	72
• El «asistente» (Artículo 45)	74
• Confusión (Artículo 46)	75
Sección Segunda. Personas Jurídicas	77
Título I. Disposiciones Generales	77
• Intrascendente (Artículo 76)	77
• Constitución vs. Existencia (Artículo 77)	79
• Como conejos (Artículo 78)	81
• Importando preceptos (Artículo 78-A)	85
• Solidaridad para todo el mundo (Artículo 78-B)	86
• Sólo una ilusión (Artículo 78-C)	88
• Más conocido que la ruda (Artículo 78-D)	89
• Más conocido que la ruda (parte II) (Artículo 78-E)	90
• ¿Aquí o en otro lado? (Artículo 78-F)	91
• Pero si siempre ha sido así (Artículo 78-G)	92
• Eres tú, pero en verdad es otro (Artículo 79-A)	93
• No puedo obligarme, pero me obligo (Artículo 79-B)	96
Título II. Asociación	98
• Sí puede (Artículo 95)	98
• Alargando los trámites (Artículo 98)	99
Título III. Fundación	100
• Cambiando urgentemente la redacción (Artículo 99)	100
• Bajo sanción de nulidad (Artículo 101)	101
• Todo un reglamento (Artículo 101-A)	106
• Trabando la junta (Artículo 101-B)	109
• Evidente (Artículo 102)	113
• Inútil (Artículo 103)	114
• Tropezando con la misma piedra (Artículo 104)	115
• Con numeritos (Artículo 105)	119
• Más reglamento (Artículo 106)	119
• Agravando los errores (Artículo 107)	123
• ¿Qué hay de nuevo, viejo? (Artículo 108)	125
• En el limbo (Artículo 109)	126
• Largo tiempo (Artículo 110)	130
Sección Tercera. Asociación fundación y comité no inscritos	131
Título I. Asociación no inscrita	131

• Desincentivos (Artículo 125)	131
• Otra vez la solidaridad (Artículo 126)	133
Título II. Fundación	134
• De bien a peor (Artículo 127)	134
• Agregando cosas por gusto (Artículo 129)	134
Sección Cuarta. Comunidades campesinas y nativas	135
Título Único. Disposiciones generales	135
• Derogando (Artículo 134)	135
Cuarta Parte. Libro II. Acto Jurídico	139
Título I. Disposiciones generales	139
• Pervirtiendo el concepto y los requisitos del acto jurídico (Artículo 140)	139
Título II. Forma del Acto Jurídico	145
• La formalidad de los actos jurídicos (Artículo 143)	145
• Supresión de la distinción entre forma <i>ad probationem</i> y forma <i>ad solemnitatem</i> . La denominada «exigencia de la formalidad» (Artículo 144)	148
Título III. Representación	150
• Otra vez la solidaridad. Responsabilidad en caso de pluralidad de representantes (Artículo 148)	150
• Revocación del poder otorgado por varios representados (Artículo 150)	152
• La persistencia en la irrevocabilidad del poder (Artículo 153)	153
• Forma del poder para realizar actos de disposición (Artículo 156)	155
• Responsabilidad del representante en la sustitución (Artículo 158)	157
• La novedosa «delegación» (Artículo 158-A)	162
• Y seguimos con «la delegación»... (Artículo 159)	163
• Quiero enmendar mi error, pero no me dejan (Artículo 162)	164
• Oscuridad (Artículo 167)	167
Título IV. Interpretación	168
• Ni la sombra de ayer (Artículo 168)	168
• Uno para todos y todos para uno (Artículo 169)	170
• Contradictorio (Artículo 170)	172
Título VI. Simulación	174
• ¿Y los terceros? (Artículo 191)	174

• Acción o pretensión (Artículo 193)	175
Título VIII. Vicios de la voluntad	176
• ¿Y si no hay dos partes? (Artículo 201)	176
• Nada nuevo bajo el Sol (Artículo 202)	177
• ¡No me digas! (Artículo 203)	178
• Mal cálculo (Artículo 204)	179
Título IX. Nulidad	180
• No se salva un inciso (Artículo 219)	180
• ¡No se puede creer! (Artículo 220)	182
• Lo nulo, es nulo (Artículo 220-A)	185
• Incoherencia (Artículo 221)	186
• Similar (Artículo 222)	188
• ¡Muchas gracias! (Artículo 226)	188
• Descuido (Artículo 228)	189
Quinta Parte. Libro V. Derechos Reales	191
Sección Primera. Disposiciones generales	191
• ¡Gracias totales! (Artículo 882)	191
• ¿Lo pensaron bien? (Artículo 883)	192
• Calma, calma (Artículo 884)	202
Sección Segunda. Bienes	207
Título I. Clases de bienes	207
• Chau inmuebles... ¡Hola corporales e incorporales! (Artículo 885)	207
• Chau muebles... (Artículo 886)	211
• ¡Y llegan los «registrados» y los «no registrados»! (Artículo 886-A)	213
Sección Tercera. Derechos reales principales	213
Título II. Propiedad	213
Capítulo Primero. Disposiciones generales	213
• Fantasma en la propiedad (Artículo 923)	214
• Si lo vi, no me acuerdo... (Artículos 932 y 933)	216
• Los piratas del Caribe (Artículos 934, 935 y 936)	218
Sub-Capítulo IV. Transmisión de la propiedad	219
• Que no quede huella (Artículos 947, 948 y 949)	219
Sub-Capítulo V. Prescripción adquisitiva	220
• Aventura temeraria (Artículo 950)	220
• Adiós prescripción (Artículo 951)	225
Capítulo Cuarto. Extinción de la propiedad	226
• No me abandones (Artículo 968)	226

Capítulo Quinto. Copropiedad	228
Sub-capítulo I. Disposiciones generales	228
• Lotería (Artículo 971)	228
Sub-Capítulo III. Partición	229
• Secuelas (Artículo 985)	229
Sección Cuarta. Derechos reales de garantía	229
Título I. Prenda	230
Capítulo Primero. Disposiciones generales	230
• ¿Prenda sobre inmuebles? (Artículo 1055)	230
• El problema del tercero (Artículo 1058)	231
• Consecuencias (Artículos 1059, 1061 y 1065)	232
• El pacto comisorio (o que te coma el tigre) (Artículo 1066)	233
• Accesorio (Artículo 1068)	244
Capítulo Segundo. Derechos y obligaciones	245
• Malo e inservible (Artículo 1069)	245
• La sucesora (Artículo 1069-A)	251
• Incautado (Artículo 1069-B)	252
Capítulo Tercero. Prenda sobre créditos y títulos valores	256
• Vacío (Artículo 1084)	256
• Prenda global y flotante (Artículos 1089-A, 1089-B, 1089-C y 1089-D)	257
• Arbitraje (Artículo 1089-E)	259
Título III. Hipoteca	260
Capítulo Primero. Disposiciones generales	260
• ¿No lo sabías? (Artículo 1097)	260
• Fíjate bien (Artículo 1099)	261
• Acuérdate de Acapulco (Artículo 1100)	261
• ¿Hasta dónde? (Artículo 1101)	262
• ¿Increíble? (Artículo 1106)	263
• Una más (Artículo 1107)	264
• De mal en peor (Artículo 1109)	264
• Propagando el mal (Artículo 1111)	265
Capítulo Quinto. Hipotecas legales	267
• La hipoteca invisible (Artículos 1118, 1119, 1120 y 1121)	267
Capítulo Sexto. Extinción de la Hipoteca	269
• Sin comentarios (Artículo 1122)	269

Sexta Parte. Libro VII. Fuentes de las Obligaciones	271
Sección Sexta. Responsabilidad extracontractual	271

• ¿A quién le importa? (Artículo 1969)	272
• Riesgoso y peligroso (Artículo 1970)	275
• Con mucho cuidado (Artículo 1972)	276
• Caso fortuito o fuerza mayor. ¿Supuestos distintos?	278
• Hecho determinante de un tercero	281
• ¿Imprudencia, hecho o responsabilidad de la víctima?	282
• Posibilidad objetiva de control	285
• ¿Adecuada causa? (Artículo 1973)	286
• Incapaces (Artículos 1975 y 1976)	289
• Producto defectuoso (Artículo 1979)	292
• Espada de Damocles (Artículo 1980)	294
• Depende (Artículo 1981)	295
• Ya está regulado (Artículo 1987)	297

INTRODUCCIÓN

En realidad muchas veces me he preguntado a mí mismo, el por qué sigo escribiendo sobre estos temas. Y es que cuando desde 1994 me empecé a oponer, primero privada y luego públicamente, a la idea de una reforma integral del Código Civil, lo que hice fue navegar contra corriente. Pero, más que navegar en contra de la corriente académica, vengo navegando en contra de una corriente académica, que, desde hace muchos años, pretende convertirse en la verdad oficial del Derecho Peruano, como si en el Perú todos los profesores de Derecho pensáramos igual o como si todos tuviéramos la obligación de respetar pensamientos particulares, que siempre han pretendido ser esa verdad oficial.

Pero felizmente en el Perú el pensamiento jurídico es muy rico, y esta riqueza, estoy convencido, es fundamentalmente ajena a los intentos oficiales de reforma de nuestra legislación civil.

Este año se cumplen 11 años desde que empecé a sostener la inconveniencia de modificar el Código de 1984 de manera integral; y si hay algo de lo que no me podrá acusar nadie, es de haber sido inconsecuente, pues desde el primer día he sostenido lo mismo y, además, lamento haber vaticinado el devenir del proceso de reforma.

Muchas veces mis alumnos o los auditorios de Derecho que me han escuchado hablar sobre este tema, habrán podido pensar que he sido demasiado radical, hasta que he sido injusto en lo que respecta a la idea de no reformar de manera integral el Código de 1984. Tal vez, incluso hayan pensado que exageraba.

Sin embargo, esos pensamientos sólo podrían provenir de personas que no conocían a fondo los entretelones de esta reforma y que no la habían seguido de cerca, como yo sí la he seguido.

Y hasta hace algunos meses, yo no tenía otra forma de convencer a mis lectores que la fe que les podían generar mis palabras.

Pero eso felizmente ha cambiado, en la medida de que en el mes de abril de este año fue publicada en la página web del Ministerio de Justicia, la primera parte del Anteproyecto de Ley de Enmiendas al Código Civil. Esta primera parte comprende el Título Preliminar y los Libros de Personas, Acto Jurídico, Derechos Reales, Responsabilidad Extracontractual y Derecho Internacional Privado.

Con esta publicación, la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto (en adelante, la Comisión) debía demostrar a la opinión pública en general y al medio jurídico en particular, que había hecho un buen trabajo, un trabajo cuyos méritos justificaran las 85 sesiones que tuvo.

Además, dicho trabajo debía atestiguar consecuencia con los anuncios hechos por los integrantes de esa Comisión, en el sentido de que sólo se iba a modificar aquello que resultara urgente y necesario. La línea citada no constituye un invento mío, sino que fue manifestada públicamente por varios de ellos y además ha sido ratificada en la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto, por el propio Presidente de la Comisión.

Pero en realidad el Anteproyecto no recoge ni lo urgente, ni lo necesario, sino más bien un conjunto de reformas que no guardan coherencia teórica entre sí, además de regular diversos temas en que resulta superfluo hacerlo y contener un conjunto de disposiciones, que distorsionan diversos aspectos fundamentales de las áreas cuya regulación –en teoría– se intenta mejorar.

Me apena que éste haya sido el resultado de la labor de la Comisión. Me apena que no me haya equivocado en mis sombríos vaticinios sobre su trabajo. Pero otro no podía ser el resultado, cuando lo que motivó en realidad el proceso de reforma del Código Civil, no fue la imperiosa necesidad de lograr un perfeccionamiento de la normatividad legal, sino las tentaciones académicas de muchos profesores de Derecho, que buscan permanentemente traducir en ley todo aquello que consideran como mejor doctrina.

Además, el proceso de reforma del Código Civil siempre estuvo herido de muerte, pero hoy lo está mucho más, en la medida de que el medio jurídico nacional se encuentra profundamente dividido a este respecto y, resulta claro que las figuras más representativas del Derecho Civil Peruano no están acompañando el proceso de reforma.

Lamento mucho que esto sea así, fundamentalmente porque existe una obstinación de llevar adelante un proceso, que se está cayendo por su propio peso.

Y el lastre está representado por la calidad de las propuestas publicadas; y el que éstas no resisten un riguroso análisis jurídico por parte de académicos y profesionales independientes, es decir ajenos al proceso de reforma y ajenos, obviamente a la Comisión.

Nadie, absolutamente nadie representativo del mundo académico y profesional peruano, ha elogiado el Anteproyecto publicado por la Comisión.

Ahora bien, tal vez sea yo el que más lamente esta situación, habida cuenta de que, siendo consecuente con mi línea de pensar y de actuar, debo proseguir mi labor con respecto a la defensa del Derecho Civil y de nuestro ordenamiento jurídico y, en tal virtud, no tengo la ventaja de poder quedarme callado.

Todas mis afirmaciones y comentarios se refieren, única y exclusivamente, a ideas, a planteamientos, al texto del Anteproyecto de Ley, publicado en la página web del Ministerio de Justicia.

No se piense que con mis críticas pretendo un absoluto inmovilismo legal, en lo que respecta al Código Civil. Lo que busco es estabilidad jurídica y que, si algún día se modificara el Código, dicha modificación realmente sólo abarque aquello que resulte urgente y necesario y, además, que dicha modificación sirva para que el nuevo texto sea sustancialmente mejor y, sobre todo, más útil que aquel que se encuentra en vigencia.

No podemos dar luz verde a un proceso de reforma en el que las normas que se proponen son, incluso, más defectuosas que las vigentes.*

Creo que estoy realizando una especie de Servicio Cívico Obligatorio, dada mi condición de abogado en ejercicio y de profesor universitario. Guardar silencio sobre este particular implicaría no ofrecer resistencia a un despropósito legislativo.

Estas palabras sintetizan mi perspectiva sobre el tema; estas palabras sintetizan mis objetivos con este libro, en el cual analizamos detalladamente el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, elaborado por la Comisión.

Por primera vez, el lector podrá juzgar nuestras críticas al mis-

mo de manera pormenorizada e integral y comprobará, también, que nuestros temores y críticas de antaño eran fundados.

Antes de concluir con estas palabras, debo expresar mi más profunda gratitud a la Doctora Verónica Rosas Berastain, antigua ex alumna y notable asistente de cátedra, por la valiosísima colaboración brindada, en nuestras múltiples conversaciones en torno al Anteproyecto, las mismas que si bien no llegaron a ser 85, fueron bastante fructíferas.

Verónica, además, es autora de la Sexta y última Parte de esta obra, en donde comenta el Anteproyecto de Reforma de la Sección de Responsabilidad Extracontractual. Confieso que al leer sus palabras, constaté –una vez más– cómo aquella jovencita que fue mi alumna hace pocos años, hoy es una brillante jurista.

Finalmente, debo señalar que en nuestro análisis del Anteproyecto hemos transcrito en paralelo al mismo, los textos de los artículos en vigencia del Código Civil de 1984, que se propone modificar.

Sin embargo, debemos precisar que el hecho de indicar que estas normas corresponden a dicho Código, no implica que las mismas respondan a su texto original, habida cuenta de que varias de ellas han sufrido modificaciones a lo largo de la vigencia del referido cuerpo legal.

Sin más prolegómenos, nuestra crítica al Anteproyecto.

Lima, agosto del 2005

Mario Castillo Freyre¹

¹ Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com

PRIMERA PARTE

Un poco de historia

El 24 de julio del 2005 se cumplieron veintiún años de la fecha en que fue promulgado el Código Civil vigente, a través del Decreto Legislativo N° 295.

En los últimos trece años mucho se ha hablado sobre la supuesta necesidad de reformarlo integralmente. No creo en esa necesidad y, por ello, desde 1994 me constituí en el más firme e invariable opositor a esa absurda idea.

Estas páginas servirán para recordar mis razones.

En 1992, cuando asomaba la idea de que debía discutirse la futura revisión del Código Civil Peruano de 1984, en Comisiones de Estudio integradas por profesores de Derecho, comprendí que, más allá de las que se decían en ese entonces eran las intenciones de los propulsores de la idea, lo que se quería hacer era modificar todo el Código Civil, de manera tal que ni siquiera íbamos a encontrarnos en el futuro frente a una «Ley de Enmiendas», sino ante un nuevo Código.

Es también a partir de esa época en que comienza la discusión pública acerca del tema, habiéndose llegado a esbozar diversas posiciones, tales como aquella que planteaba modificar sólo lo esencial, otra que proponía derogar el Código Civil de 1984 y poner en vigencia nuevamente el de 1936, y hasta posiciones novedosas, como la que planteaba modificar radicalmente todo el Código Civil de 1984 y empezar el inmediato proceso de elaboración de un Código Civil nuevo, totalmente distinto y hasta «revolucionario» (naturalmente, en el sentido moderno de la palabra). Esta posición fue planteada inicialmente por algunos adherentes del Análisis Económico del Derecho.

Conforme investigaba sobre el tema, iba acentuándose en mí la convicción de que el germen de la discusión del mismo era artificial; iba constatando que al ámbito académico era al único sector de Abogados al que realmente podía interesar –o no– emprender

una reforma integral o de fondo del Código Civil vigente. Poco a poco verificaba que a casi todos mis colegas dedicados exclusivamente al ejercicio de la profesión de Abogado, poco o nada interesaba el asunto; que éste se circunscribía a reducidos círculos universitarios. Ni siquiera todos los profesores de Derecho Civil estaban interesados en que se emprendiese semejante proceso de reforma.

Pero así, y sin que exista necesidad alguna de llevar adelante un proceso de tal envergadura, ciertos profesores de Derecho, precisamente varios de los que habían conformado la Comisión que elaboró el Código en vigencia, se empeñaron en llevar adelante el intento de reforma integral del Código de 1984 y así empezaron a jugar el peligroso juego de dar rienda suelta a sus tentaciones académicas. Muchos Abogados y profesores nos encontrábamos atónitos frente a tan temerario proceder.

Observé ese debate con la mayor sorpresa y asombro, pues del mismo parecía deducirse que el Derecho Civil Peruano asistía a una encrucijada, a algo así como «cambiar o morir», «actualizarse o perder el rumbo». Incluso, a manera de «conmemoración» de los diez primeros años de vigencia del Código, en 1994, se nombró una primera Comisión Oficial destinada a «enmendarlo» (¡magnífica conmemoración aquella que buscaba derogar buena parte del «homenajeado»!).

En aras de la pretendida reforma al Código Civil se sostuvieron numerosos argumentos, pero, fundamentalmente, me centraré en los que considero como más difundidos.

Como primer argumento se señaló que desde 1984 se habían producido numerosos avances en la ciencia y la tecnología, los mismos que ameritaban una profunda modificación del Código.

Pero esa afirmación incurría en el error de pensar que esta es la única época en la que se producen avances científicos o tecnológicos.

Tal vez sea la época en que dichos avances se producen con mayor rapidez, pero ello es natural y no significa que todos esos cambios deban tener una repercusión que se manifieste en modificaciones a la legislación civil.

Además, el argumento del avance de la ciencia y la tecnología no es sustentable para una reforma integral, ya que la mayoría de

supuestos que se arguyen para tal efecto, están referidos a aspectos muy concretos del Código.

Siempre hemos sostenido que con este tema debería tenerse extremo cuidado, ya que el Código no debe ser jamás un «manual científico», puesto que si así fuera, en cada ocasión en que se produjesen avances científicos o tecnológicos, tendríamos que recurrir a volver a modificar lo ya modificado.

Pienso que deberíamos tender a que las normas sean lo más amplias posibles y de esta forma prolonguen –de la manera más firme– su vigencia en el tiempo.

Ejemplo de normas que resistieron a los embates de la ciencia, lo constituyen los artículos 1373 y 1374 del Código, los mismos que prescriben que el contrato queda celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; y que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

A través de los citados numerales, el Código Civil ha adoptado, para el tema de los contratos celebrados entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, dos de las cuatro teorías que sustenta la doctrina: las teorías de la cognición y de la recepción, y es obvio que estas normas eran adecuadas, a la vez que amplias, pues a pesar de los avances tecnológicos en materia de comunicaciones, los referidos artículos resultaban aplicables, tanto a la contratación por facsímil, medio desconocido en el Perú de 1984, como en aquella que se pudiera producir por correo electrónico.

Sin embargo, a pesar de esa perfección, el legislador no pudo vencer sus tentaciones académicas, y por Ley N° 27291, de fecha 24 de junio del año 2000, se agregó al artículo 1374 un peligrosísimo e imperfecto segundo párrafo, en el sentido de que si las comunicaciones contractuales se realizan a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

De otro lado, el segundo argumento que se esgrimió en aras de la reforma al Código Civil señalaba que en todos estos años de vi-

gencia del Código de 1984 se habían producido una serie de modificaciones a su texto, las mismas que hacían necesaria la revisión y adecuación integral del referido cuerpo normativo.

Si bien es cierto que desde 1991 se produjeron una serie de modificaciones parciales a diversas normas del Código, cabría preguntarse si estas modificaciones fueron acertadas o no. Tengo la impresión de que muchas de estas reformas puntuales carecieron de una adecuada meditación, en tanto que otras fueron elaboradas por Abogados que carecían de una rigurosa formación civilista.

Temo que ese fue el caso, por citar un ejemplo de importancia, de las modificaciones introducidas por el Código Procesal Civil de 1993, en donde basta comprobar lo infelices que han sido las reformas en tres puntos, como son el pago por consignación, la rescisión y la resolución contractuales. No me cabe la menor duda de que las normas originarias eran muy superiores a las nuevas, las mismas que pecan por ser excesivamente reglamentarias y por intentar cubrir una serie de hipótesis, muchas de las cuales son contradictorias y otras inexistentes.

Como tercer argumento a favor de la reforma al Código Civil, que fuera promulgado cinco años después de entrar en vigencia la Constitución Política de 1979, se sostuvo que resultaba necesario adecuarlo a la Constitución de 1993, para evitar un desfase en nuestra legislación civil.

Estimo que éste, al igual que los precedentes, resultó ser un argumento que cayó por su propio peso, porque no existe tal contradicción entre la Constitución de 1993 y el Código Civil de 1984.

No olvidemos que ambas Constituciones (la de 1979 y la de 1993) recogieron similar modelo económico: la economía social de mercado.

Además, el Código de 1984 regula una serie de puntos que, muy por el contrario, representan un avance frente a cualquier doctrina de carácter estatista, como es el caso de la profusa normatividad que recibió un tema tan importante como es el del pago de obligaciones contraídas en monedas extranjeras, cuya tenencia ha sido –incluso– elevada a rango constitucional en 1993.

Como cuarto argumento, en aras de la reforma al Código, se señaló que si bien el Código Civil de 1984 es bueno, la doctrina peruana ha detectado una serie de defectos en el mismo, los que

resultaba imperativo enmendar, para que dicho cuerpo legal no perdiese la calidad que tiene.

Pero resulta normal que con el paso de los años la doctrina advierta fallas en una ley.

De ninguna manera vamos a esperar que una ley sea absolutamente perfecta. Esto es imposible.

Intentar conseguir un Código Civil perfecto es una fantasía, o, peor aún, una utopía. Pero el mayor peligro radica en creer que este objetivo se puede alcanzar.

Debemos aprender de aquello que ocurrió con el Código Francés, que dio lugar al más luminoso proceso de comentarios de toda la historia del Derecho de nuestra tradición jurídica, tanto por la cantidad, como por la calidad de exégetas que hicieron infinitos aportes al texto de ese cuerpo legal.

Fueron ellos quienes detectaron los errores en que había incurrido el Código Napoléon, pero para que el medio jurídico tomase conciencia de los mismos no fue indispensable recurrir al fácil expediente de la reforma legislativa integral.

Si bien muchas de las normas de ese Código han sufrido modificaciones en estos 201 años de vigencia, muchas otras no; pero éstas y aquéllas, a pesar de sus deficiencias, han sido complementadas rigurosamente, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia.

Pero independientemente de los argumentos que nos llevaron a desestimar aquellos que se esgrimieron a favor de la reforma, existen otras poderosas razones para no enmendar integralmente el Código de 1984.

En primer lugar, creemos que todo Código Civil debe pasar por un proceso natural de maduración en el tiempo.

De ninguna manera pretendemos idealizar a la ley, pero buscamos señalar que es importante entender –de una vez por todas en nuestro país– que el Derecho Civil no es el Código Civil (ni viceversa), que el Código Civil no es mejor o peor sólo por su contenido, sino por la calidad de la doctrina que lo comente y por la jurisprudencia que lo aplique en la realidad. Debemos también convencernos de que el proceso de maduración de un Código Civil es lento y no demora años, sino décadas; debemos comprender, al fin y al cabo, que la estabilidad legal –en general– y la del

Código Civil –en particular–, son muy importantes dentro de una sociedad.

Asimismo, debemos comprender que las reformas legislativas apresuradas nunca traen buenos resultados, menos aún cuando aquello que las impulsa en realidad no es –fundamentalmente– el imperativo social ni jurídico, sino el afán de traducir en ley todo aquello que nos resulta más convincente, persuasivo o que es más agradable al oído.

En segundo lugar, estoy convencido de que el Código de 1984 es un buen Código, de modo que resultaría peligroso enmendarlo de manera integral, en un lapso tan corto de vigencia.

Como tercer argumento para no reformar integralmente el Código, sostenemos que si bien es cierto que dicho cuerpo legal generó el más amplio proceso de discusión doctrinaria que se haya registrado en el Perú, ese proceso aún no es suficiente. Esto resulta obvio porque existen muchos temas sobre los cuales todavía no se ha escrito nada, muchos otros sobre los que se ha escrito muy poco y solamente algunos pocos sobre los que se ha escrito en proporciones medianamente razonables.

Pero no basta con que un tema sea abordado en una obra; resulta indispensable que se trate en varias, de modo tal que las opiniones escritas, repito: escritas, de diversos autores se confronten, se desarrollen y se produzca realmente una discusión doctrinaria de calidad sobre las diversas materias del Código Civil.

Considero que esta discusión recién asoma y que en el futuro podría afirmarse la solidez de la doctrina peruana, la misma que no ha alcanzado todavía el nivel que debería tener.

Por otra parte, debemos resaltar que hoy en día no existe el consenso requerido para modificar integralmente el Código de 1984. Prueba de ello es que el medio jurídico y académico se dividió en diversas posiciones: aquella que encarna la Comisión, que busca elaborar una Ley de Enmiendas que abarque la integridad del Código; una segunda posición, que apostaba por un Código Civil absolutamente novedoso (inicialmente sostenida por los propulsores del Análisis Económico del Derecho y ahora sostenida por otro grupo muy distinto de profesores, fundamentalmente adscritos a la influencia de la doctrina italiana); y, por último, una tercera posición, dentro de la que me encuentro, de todos aquellos

que estamos convencidos de que la reforma integral es el peor de los caminos y que más bien el Código debe seguir su proceso natural de maduración y evolución.

No obstante, esto no significa que si hubieren algunos puntos de imperiosa necesidad, se puedan efectuar modificaciones muy puntuales, pero sin alterar la estructura orgánica del Código.

De continuar el empeño de modificar todo el Código, nuestro medio jurídico correría el grave riesgo de que luego de producida la reforma, ésta sea cuestionada al poco tiempo, de modo que tengamos, en un breve lapso, una nueva discusión acerca de la necesidad de realizar una Ley de Enmiendas a la seguramente defectuosa Ley de Enmiendas.

Sin duda, esta sería una especie de «historia sin fin», que podría contarse innumerables veces.

Y no olvidemos que ni siquiera sería necesario esperar a ese momento, porque hoy en día, con la sola existencia del Anteproyecto, las críticas al mismo son abundantes y quedan de manifiesto en este libro.

Si la modificación integral del Código Civil de 1984 se hubiera producido, como hubiesen deseado algunos (por poner una fecha tentativa), en noviembre del año 2004, estaríamos hablando de un Código que habría tenido tan sólo 20 años de vigencia. Sin duda, el que un Código dure 20 años no sería un mérito sino un demérito para el país. Sólo por compararlo con el Código Civil de 1936 –al que muchas veces se ha criticado de manera injusta e ignorante–, podríamos decir que el Código Civil de 1984 habría durado menos de la mitad de su predecesor inmediato. Por otra parte, no me cabe duda de que esta vigencia –inusitadamente breve– hubiera hecho que los civilistas de diversos países del mundo, al enterarse del acontecimiento, se empezaran a preguntar cuántas cosas malas tuvo ese Código, cuántas doctrinas equivocadas recogió, cuántos errores se cometieron en su elaboración.

Pero, paradójicamente, los profesores que iniciaron en 1992 la empresa de modificar el Código Civil de 1984, sostenían que el mismo era un Código de avanzada, y que había recibido elogios de prestigiosos colegas de muchos países. No dudo de la existencia de los elogios. Es más, creo en varios de ellos. De lo que dudo es del hecho que esos profesores peruanos –que fomentaron

la reforma— hubiesen estado, en el fondo, convencidos del contenido de dichos elogios, pues si los hubieran compartido, de seguro no hubiesen transitado por ese camino.

¿Se acuerdan de esa vieja serie de televisión llamada «La Isla de la Fantasía»?

En el Perú, a diferencia de la antigua serie, no tenemos a un simpático enanito, llamado «Tatoo» que se emocionaba cada vez que veía llegar un avión y exclamaba. «¡El avión..., el avión...!», pero resulta lamentable que en nuestro país haya personas que no puedan vivir ni dormir sin la idea de que cada día se cambie algún artículo del Código; que cada día vengan a esta «Isla de la Fantasía», nuevos pasajeros, nuevos visitantes, conocidos y desconocidos, de otros países (no de fantasía sino de realidad), para que nos digan que nuestras palmeras y nuestras bailarinas son bellas; que nuestro Código es lindo, hermoso; en una palabra, «fantástico».

Pero ello no nos será suficiente, ya que como esos turistas volverán a nuestra Isla, nos esmeraremos en presentarles —cuando regresen— un paisaje distinto; vamos a esforzarnos para que nuestras palmeras sean más frondosas, para que los artículos de nuestro Código tengan más párrafos, para que todo esté lleno de plantas, para que todo el Código esté lleno de definiciones; para intentar que todo esté explicado; en buena cuenta, para que el paisaje que ayer vieron, hoy lo noten totalmente renovado.

Pero pienso que hasta el propio actor Ricardo Montalbán, protagonista de «La Isla de la Fantasía», se empezaría a preocupar si se recargara tanto el paisaje de su isla. Ello, porque se correría el riesgo de que ese agradable paisaje, deje de serlo y que esos jardines, se conviertan, por lo atiborrado de sus plantaciones, en una monstruosa y espesa selva, en donde nada esté claro y en donde reine la más absoluta confusión.

Esa «Isla de la Fantasía» habría dejado de ser bella, se habría convertido en una huachacafería a donde nadie querrá volver.

Ni el Perú ni el Código vigente son la «Isla de la Fantasía». El Código Civil de 1984 es simplemente un Código. Pero, el problema estriba en que para algunas personas sí lo es. Para ellos, las opiniones de los juristas extranjeros sobre el mismo son equivalentes a las de los turistas de nuestra imaginaria Isla.

Puede que los habitantes de la «Isla de la Fantasía» alguna vez hayan creído en que esa tierra era real, pero si creían que era la tierra más bonita, estaban equivocados, pues —es obvio—, al fin y al cabo, sólo era una ficción; ficción que se empeñarán en considerar como cierta y a la vez en tratar de modelar permanentemente, cual mediocre obra de arte frustrada e inconclusa.

Eso es lo que algunos creen que se debe hacer con el Código Civil.

El Código, malo, regular, bueno, muy bueno, o digno del paraíso, no es sino un Código más dentro de nuestra tradición jurídica y el Perú es solamente un país más dentro de esa tradición.

Por eso es que siempre me preocupó que tanto se enaltecieran las bondades del Código de 1984, en base a las opiniones vertidas por los profesores extranjeros que nos han visitado.

Creo que más importantes, aunque ello suene chauvinista, son las opiniones que sobre el mismo tenemos todos nosotros, los Abogados peruanos, que somos quienes, al fin y al cabo, ejercemos la profesión con este instrumento legal.

Si se llegara a promulgar una Ley de Enmiendas sobre la integridad del Código Civil, la misma habría sido elaborada sin que lo pida ni necesite el medio jurídico nacional; pero será dicho medio jurídico el que tendría que padecer las consecuencias de una reforma de tal magnitud que lleve a que muchos colegas, ajenos al ámbito académico o a la docencia universitaria, sientan que existen otros que saben más que ellos y que ha resultado imprescindible la inclusión en ese nuevo Código de toda cuanta definición fuere imaginable; de todo concepto o de toda teoría sofisticada, sostenida tal vez por algún o algunos profesores extranjeros, pero que resultan desconocidas para el Abogado peruano; y no sólo desconocidas, sino, lo que es peor, en la mayoría de casos inútiles.

Muchas de esas teorías son lo que los profesores franceses del siglo XIX denominaban «sutilezas de escuela», de repente dignas de ser conversadas en un salón de clase, pero —aun así— de manera tangencial, pues harían que si destináramos más tiempo para su debate, en lugar de hacer que nuestros alumnos de Derecho aprendan conceptos que les sean útiles en la vida práctica, lograríamos simplemente que pierdan el tiempo.

Siempre tuve la certeza de que si —dentro de esa óptica equivo-

cada- se llegara a elaborar una Ley de Enmiendas general sobre el Código Civil, ella pecaría al extremo de convertir al Código en un precario y discutible manual de Derecho. Con dicha reforma llegaríamos en el Perú a la degradación absoluta de lo que debe ser un Código Civil. La lectura del Anteproyecto elaborado por la Comisión, me ha dado toda la razón.

Un Código no puede ni debe cumplir la que es función natural de los libros y aulas de Derecho. Por algo existen Universidades. Ahí se aprende, y quienes lo hacen, si se titulan, serán Abogados.

También debemos comprender de una vez por todas que el Código Civil no es patrimonio de nadie en especial; ni siquiera de sus autores. El Código Civil es -para bien o para mal- patrimonio de todos los peruanos y de todos los que vivimos en este país.

Es obvio que los errores que presenta el Código de 1984 no me quitan el sueño, que puedo dormir tranquilo sabiendo que tiene errores, porque ello es normal; porque todo Código los tiene; y porque estoy convencido, como dijera alguna vez don Fernando de Trazegnies, que los Códigos no deben cambiarse a cada rato; porque eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa.

No quiero sumarme a esa pereza interpretativa.

Desde 1986 he dedicado buena parte de mis días a interpretar el Código de 1984 y el Derecho Civil, y creo que ésa debe ser la labor de los profesores de Derecho, para que el medio jurídico siga conociendo sus verdaderos alcances y limitaciones.

SEGUNDA PARTE

Título Preliminar

• LA DOCTRINA YA NO ES FUENTE DEL DERECHO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo I.- Fuentes del Derecho <i>Son fuentes del derecho peruano:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las normas legales. 2. La costumbre. 3. La jurisprudencia con los alcances que establece la ley.

El primer artículo del Anteproyecto, esto es, la propuesta de reforma al artículo I del Título Preliminar, es el mejor ejemplo de cómo no deben hacerse las cosas.

En el artículo propuesto, cuya materia no está regulada en el Código actual, la Comisión ha decidido que es *necesario y urgente* enumerar en una norma legal cuáles son las fuentes del Derecho peruano.

Estoy convencido de que dicha decisión es inapropiada por el simple hecho de que no es labor de un Código Civil el decir cuáles deben ser las fuentes del Derecho. A los alumnos de Derecho de primer ciclo se les enseña en la Universidad cuáles son; siendo también inapropiado que se realice una gradación de dichas fuentes.

Algo que siempre ha formado parte de la discusión teórica en el Perú es cuál es la valoración de las fuentes, lo que corresponde hacer a cada intérprete del Derecho y no al legislador, pues este último es parte interesada y, por ende, siempre va a señalar a la ley como la fuente más importante del Derecho, independientemente de que en realidad lo es, más allá de que una norma legal lo señale o no de forma expresa. No obstante, esto no significa que el legislador deba establecer un orden de prioridad entre tales fuentes.

Sin perjuicio de lo expuesto, el pecado mortal del proyectado artículo I va más allá de esa opción inapropiada, que ni es *necesaria* ni es *urgente*. Lo imperdonable de este artículo es, sin duda alguna, que se ignore por completo a la doctrina, intentando el despropósito de «despojarla», con ello, de su carácter de fuente del Derecho.

Decimos esto, pues se nombra únicamente a las normas legales, a la costumbre y a la jurisprudencia con los alcances que establece la ley, excluyendo –sin explicación alguna– a la doctrina. Qué, ¿acaso aquélla ya no es fuente del Derecho porque así lo ha decidido la Comisión?

Y ni siquiera se arregla el tema con lo dispuesto en el artículo II del Anteproyecto de reformas al Título Preliminar, en el que se menciona que «Los principios del derecho, la doctrina de los autores y otros tipos de argumentación jurídica son utilizados para la aplicación del derecho y ameritados para la fundamentación de las resoluciones», pues ésta es materia distinta y no complementa –en lo absoluto– el tema de las fuentes del Derecho.

Simplemente, la Comisión decidió colocar a la doctrina en la categoría de *instrumento de argumentación jurídica*, de una clase de interpretación de las normas, desnaturalizando con ello las fuentes.

A decir verdad me sorprende tal decisión, habida cuenta de que incluso algunos miembros de la citada *Comisión* han escrito libros de Introducción al Derecho, donde dedican capítulos enteros para resaltar la importancia de la doctrina como fuente del Derecho.

Además, no puedo dejar de preguntarme qué autoridad tiene una Comisión, no sólo del Perú sino del mundo en general, para «enmendar» el Derecho –con mayúsculas– diciendo, en primer lugar, que una de sus fuentes no es tal; y, en segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, negar la importancia que ha tenido y tiene la doctrina en nuestro país, sobre todo en los últimos veinte años, en especial en lo que concierne al Derecho Civil.

Si algún esfuerzo serio ha habido en las dos últimas décadas en el Derecho Civil Peruano, aquél se centra en la doctrina.

Tales esfuerzos, por mucho, pueden calificarse como más serios y trascendentes que los puestos en la unificación de la jurisprudencia, la misma que sigue siendo pobre o, incluso, en los avan-

ces de nuestra legislación, que si algo nos ha legado en los últimos años son muchas normas criticables, bien por su inutilidad, bien por sus contradicciones y falta de sistemática.

Y arribaríamos a la misma conclusión, si comparásemos la importancia real que en nuestro medio tiene la doctrina con la importancia de la costumbre que, aunque debe valorarse con ponderación debido al pluralismo cultural de nuestro país, ella ha sido y es aún de aplicación limitada.

Así, resulta más que evidente que el artículo I del Anteproyecto de reforma constituye una deformación que nos informa y «prepara» para lo que vendría después. El artículo I nos pinta de cuerpo entero qué podría ocurrir con los demás artículos, en la medida que constituye prueba clara de lo que se quiere hacer, que no es otra cosa que regular y normar todo lo que se pueda regular y normar, siempre de acuerdo a la conveniencia del *legislador*, aunque ello implique deformar el Derecho mismo.

Mi afirmación, lejos de ser temeraria, se encuentra apoyada en la constatación de que el Anteproyecto no recoge ni lo *urgente* ni lo *necesario*: pues no es necesario regular las fuentes del Derecho en una norma legal, no es necesario señalarlas, y mucho menos es urgente desnaturalizarlas, diciéndonos que son sólo tres y no cuatro.

• EL FINAL DE LOS PRINCIPIOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo II.- Aplicación y fundamentación del Derecho</p> <p><i>Los principios del derecho, la doctrina de los autores, la analogía y otros tipos de argumentación jurídica son utilizados para la aplicación del derecho y ameritados para la fundamentación de las resoluciones.</i></p>

Debo admitir que la lectura de este precepto ha provocado en mí diversas reacciones. En primer lugar debo reconocer mi perplejidad, pues simplemente no termino de creer que sea *urgente* y *necesario* introducir una norma como ésta.

El citado artículo, a pesar de no tener precedentes en los Códigos Civiles del Perú, no puede calificarse como novedad, simplemente porque no constituye novedad alguna el decir que quien alega algo debe fundamentarlo.

Existe consenso general en el Derecho en que en un proceso en el que se confrontan posiciones, debería vencer aquella que tenga mejores argumentos. Ese consenso se manifiesta en todos los ámbitos de la vida y, por ende, en el Derecho, de allí que desde que existen dos abogados en el mundo, alguno tuvo que sustentar su posición para ganar un juicio.

Ello se ve reflejado en lo dispuesto por el artículo 196 del Código Procesal Civil, precepto que dispone que «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos».

Así las cosas, no puedo evitar preguntarme qué necesidad hay de aumentar una norma que nada nuevo dice, cuyo contenido es de conocimiento no sólo de todo aquel que tiene acercamiento con el Derecho, sino de toda persona con un mínimo de sentido común.

Para tratar de dar respuesta a mi interrogante recurrí a la Exposición de Motivos de la Comisión, dándome con la sorpresa de que allí se señala que el artículo II parte de la constatación de que la adecuada aplicación del Derecho requiere de fundamentación, de argumentos, pues no hay respuestas evidentes por sí mismas en el ámbito jurídico. Se sentencia en la misma Exposición que las soluciones tienen que ser explicadas.

Estoy de acuerdo con lo allí expresado, las soluciones tienen que ser explicadas; no obstante, considero que esta verdad resulta por sí misma evidente e incuestionable al punto de que lo único no evidente y sí cuestionable es el por qué la Comisión juzga de *necesaria y urgente* su introducción en el Título Preliminar.

Argumenta la Comisión que el artículo II, además de inspirarse en esta verdad de Perogrullo, se inspira también en el artículo 139 inciso 5 de la Constitución, el cual exige la motivación de las sentencias, exigencia que constituye un principio esencial del concepto del debido proceso, según lo entiende el Tribunal Constitucio-

nal. Por lo que, explica, también debe haber motivación y argumentación en la aplicación del Derecho por los profesionales, por los funcionarios y por todos aquellos que tienen que exponer, solicitar o resolver asuntos jurídicos.

Claro que si partimos de la lógica de que el principio de la fundamentación del Derecho debe recogerse en el Código Civil por estar consagrado a nivel constitucional, debería recogerse en este Código todo aquello que dice la Constitución. Lo cual, además de resultar absurdo, contradice la posición de la propia Comisión que, como veremos más adelante, sustenta su decisión de retirar algunos artículos del Código por considerarlos reiterativos del texto constitucional.

Pero si su falta de *necesidad y urgencia* no fuera suficiente, este artículo presenta defectos alarmantes. Además y como señalara al comentar el artículo I, despoja a la doctrina de su carácter de fuente del Derecho, colocándola junto a los principios del Derecho como un medio más de argumentación jurídica.

A ello hay que agregar que en la redacción se menciona de manera expresa únicamente a la analogía, de modo tal que la interpretación teleológica, la histórica, la auténtica y cuanto método de interpretación existe, son agrupados en la denominación de «otros tipos de argumentación jurídica».

Pero, ¿por qué se privilegia a la interpretación analógica? ¿qué, acaso hay que entenderla como un método de primer rango y, entonces, por encima de los «otros tipos de métodos»?

En mi opinión resulta inapropiado que el Código Civil pueda o deba pronunciarse sobre los métodos de interpretación jurídica; el legislador no debe tener tal injerencia, no se debe atar al Derecho a todo lo que esté escrito, simplemente porque no todo puede o debe estar escrito, ya que el positivismo extremo acarrea siempre más problemas que soluciones.

• ENMENDANDO NINGÚN ERROR

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo I.- <i>La ley se deroga sólo por otra ley.</i></p> <p><i>La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado.</i></p>	<p>Artículo III.- Vigencia en el tiempo de las normas legales</p> <p>1. <i>La norma legal se deroga o modifica sólo por otra norma legal del mismo rango o de rango superior. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad o su ilegalidad.</i></p> <p>2. <i>La derogación o modificación se producen por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva norma legal y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.</i></p> <p>3. <i>Por la derogación de una norma legal no recobran vigencia las que ella hubiere derogado o modificado.</i></p>

El artículo III del Anteproyecto de la Comisión corresponde al artículo I en vigencia, del Título Preliminar del Código. La estructura general es la misma pero, según afirma la Comisión en la Exposición de Motivos, se han realizado modificaciones tendentes a dar mayor precisión al lenguaje normativo.

De esta manera, la Comisión ha considerado *necesario* y *urgente* modificar el término «ley» por el de «norma legal» para evitar confusiones que, en la práctica, no se daban ya que la palabra «ley» era y es actualmente tomada en su acepción amplia, abarcando toda norma legal.

Pero este detalle no es el único digno de comentario, sino también el que con este proyectado artículo se establece que una norma queda sin efecto por «una sentencia que declara su inconstitucionalidad o su ilegalidad».

Sobre la primera parte, es evidente que una sentencia del Tribunal Constitucional puede modificar o derogar una norma. Sin embargo, nacen algunas dudas, ya que una sentencia de los Tribu-

nales ordinarios también podría dejar de aplicar una norma legal por considerarla inconstitucional. Por otra parte, ¿a qué se refiere la Comisión cuando alude a una sentencia que declara la ilegalidad de una norma?

Me extraña que la Comisión, cuya línea tiene como uno de sus principios el purismo formal, no haya especificado nada en la redacción del artículo. Algún lector podría interpretar, válidamente, que este artículo está equiparando los efectos del control difuso a los del control concentrado, de modo que en ambos casos la norma se estaría derogando.

Esta confusión sólo es salvada en la Exposición de Motivos, en la cual se comenta que las sentencias a que se alude, se refieren a la acción de inconstitucionalidad y a la acción popular, así que la manera de evitar confusiones sería recurriendo a la interpretación auténtica, lo cual no suele ser común en la práctica y probablemente lo será menos por encontrarse en el grupo de los «otros tipos de argumentación jurídica».

• UNA VERDAD DE PEROGULLO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo IV.- <i>La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.</i></p>	<p>Artículo IV.- Aplicación de las normas legales</p> <p><i>Las normas legales que establecen excepciones a una regla general, que restringen derechos o que establecen sanciones, se aplicarán estrictamente a los casos previstos por ellas, sin que pueda realizarse interpretación extensiva ni aplicación analógica.</i></p>

Se señala en la Exposición de Motivos que el espíritu general del nuevo artículo IV es el mismo que tiene la norma vigente, pero se ha tratado de hacerla más precisa tanto en la descripción de los supuestos como en la determinación de las consecuencias. En otras palabras, se mantiene la misma idea pero se han agregado algunas líneas debido al reiterado propósito de decirlo todo en el Código.

derecho o un deber. Quien es el titular de ellos, siempre deberá tener buena fe al obrar y, consiguientemente, siempre podrá exigirla. Los jueces, al decir Derecho, también deberán tomar a la buena fe como una regla siempre aplicable.

Aunque no cuestiono la buena intención de la Comisión al querer incorporar el principio de la buena fe en el Título Preliminar, no puedo dejar de cuestionar el que lo haga, el que considere *necesario y urgente* hacerlo. ¿Cuándo el principio de la buena fe no ha sido invocado?; ¿qué, acaso toda la estructura del Derecho no se construye sobre la buena fe?; ¿acaso la protección de los derechos no se sustenta en este principio?; ¿acaso alguien alguna vez cuestionó aquello?

En realidad, la norma contenida en el artículo V proyectado nada quita ni nada agrega; tan sólo deja abierta la posibilidad de realizar una peligrosa interpretación, distinta y alejada de la intención del legislador.

La buena fe es una *fotografía* que se toma en determinados momentos que el Derecho considera importantes. Así, como ejemplo tomemos a la buena fe registral. Yo puedo comprar un inmueble con buena fe, y luego de esa adquisición de buena fe, enterarme de que el vendedor no sólo me lo vendió a mí sino también vendió el bien a otros sujetos antes que a mí. Para proteger mi derecho lo inscribo en Registros Públicos, lo cual es válido a pesar de que en el momento de la inscripción ya no contaba con buena fe. Así, como se observa, la existencia de buena fe en un caso como el planteado es importante en el momento de la adquisición, pero no es necesario que se mantenga, para ser válida la operación, en la inscripción ulterior.

El proyectado artículo V constituye, por consiguiente, un precepto innecesario, además de ser demasiado general, al punto de permitir interpretaciones maliciosas.

A lo dicho considero conveniente agregar que principios del Derecho hay varios; la buena fe es uno de ellos y como tal se encontraría, según la sistemática del Anteproyecto, en el artículo V. Entonces, por qué no plasmar también otros principios en el Título Preliminar. ¿Cuál ha sido la lógica de la Comisión para privilegiar este principio y descartar otros?

• LA PELIGROSA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo VI.- Actos propios</p> <p><i>No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho.</i></p>

Se señala en la Exposición de Motivos que «El artículo VI contiene una norma nueva en nuestros Títulos Preliminares, introduciendo el principio de los actos propios, constitutivo del Derecho contemporáneo y que, *si bien no necesitaba formalización escrita* para ser aplicado, es bueno que conste en un Código actualizado». (El resaltado es nuestro).

Estoy de acuerdo en parte. Coincido en que dicha teoría no necesitaba formalización escrita para ser aplicada, pero juzgo de errada la decisión de incorporarla.

La teoría de los actos propios ha sido y es una doctrina utilizada de manera recurrente en procesos judiciales y arbitrales en los últimos diez años. No obstante, es una doctrina que hay que tomar con mucho cuidado, ya que difícilmente podrá ser calificada como un principio del Derecho.

En primer lugar se cuestiona si esta doctrina rige o no en los temas de nulidad, anulabilidad y en los supuestos de ineficacia contemplados en la ley. De esta manera, se cuestiona —por ejemplo— que si alguien ha celebrado un acto nulo pero siempre se comportó como si no lo fuera (incluso ejecutando las obligaciones nacidas de él) y luego descubre la nulidad y la invoca, la contraparte pueda valerse de la doctrina de los actos propios para rechazar la nulidad.

Yo puedo haber creído que el acto jurídico que celebré es válido y, por ende, haberlo ejecutado, pero si descubro que adolece de nulidad por la configuración de alguna de sus causales, es razonable pensar que como la nulidad es de orden público, mi con-

ducta, mis actos, no podrían ir en contra del orden público y validar el acto.

Un artículo como el VII generaría que la aplicación de la doctrina de los actos propios sea *erga omnes*, es decir, que sea de aplicación para todos los actos que conlleven realizar un comportamiento que pueda generar confianza en la contraparte. Toda conducta contraria a esa confianza generada, consciente o inconscientemente, podría ser atacada invocando la doctrina de los actos propios, con lo que los sujetos perderían su libertad de actuación.

La doctrina de los actos propios debe tomarse con pinzas; es un recurso para ser usado en determinadas circunstancias pero no de manera tan general como la que se quiere implementar en el Título Preliminar. Su aplicación requiere del cumplimiento de requisitos esenciales que vienen siendo delimitados paulatinamente por la doctrina y la jurisprudencia.

Tal cual se encuentra redactada en el proyecto, su introducción no tiene razón de ser, dejando, además, la puerta abierta para que sea utilizada incluso en supuestos de nulidad, anulabilidad e ineficacia. Si ya es grave su introducción, más grave es su tremenda extensión.

Pese a que la Comisión señala en la Exposición de Motivos que ha decidido introducir la teoría de los actos propios sólo para los casos en los que alguien hace valer un derecho para sí y no en otros supuestos de hecho, esta lectura no se desprende de la norma. Además, debido a su inserción en el Título Preliminar, su aplicación no sólo se circunscribiría al Derecho Civil, sino que supletoriamente se aplicaría a cualquier ámbito del Derecho.

Pero eso no es todo, sino que además, la norma en sí misma no es clara. Quien la lee sólo la puede identificar a ciencia cierta como *doctrina de los actos propios* debido a la sumilla que la titula de esa manera.

Por otra parte, debemos recordar que tal vez más del 90 por ciento de los abogados de nuestro país no se encuentran familiarizados con esta doctrina. ¿Acaso la ley debe dar la pauta de lo que se tiene que introducir en un Código Civil, o es mejor dejar que tal teoría siga ingresando al Derecho Nacional como lo ha venido haciendo, por una puerta pequeña, y con una lenta maduración?

• ¿IGUALES O DIFERENTES?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo II.- <i>La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.</i>	Artículo VII.- Abuso del derecho 1. <i>La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.</i> 2. <i>La pretensión prescribe a los dos años de la ocurrencia del abuso.</i>

Al leer la Exposición de Motivos me he encontrado con la sorpresa de que allí se señala que el artículo VII es transcripción del artículo II del Título Preliminar vigente, manifestando —de modo categórico— que no se ha introducido cambio alguno en él.

Lo afirmado en la Exposición de Motivos resulta incoherente, habida cuenta de que, como se observa con facilidad al contrastar ambos textos, el artículo VII ha introducido un inciso en el que se establece un plazo prescriptorio para los supuestos de abuso del derecho.

En primer lugar podríamos preguntarnos por qué se ha colocado dicho plazo en ese artículo. ¿Ése era el lugar adecuado? ¿Por qué no se ha respetado el lugar de los plazos prescriptorios, que es el artículo 2001? ¿Por qué se ha preterido una adecuada sistemática? No lo termino de entender. La única explicación que me viene a la mente es que se pretenda eliminar el Libro dedicado a Prescripción y Caducidad. Después de todo, la eliminación de ese Libro ha sido desde hace mucho uno de los objetivos de las Comisiones de reformas, objetivo que, por supuesto, considero inapropiado pues estoy convencido de la utilidad práctica del mismo.

Y, además de no respetarse el lugar de los plazos prescriptorios, la Comisión ha obviado cualquier explicación sobre el por qué de los dos años.

• NI NULO, NI VÁLIDO, SINO TODO LO CONTRARIO...

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo V.- <i>Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.</i>	Artículo VIII.- Nulidad <i>Son nulos, total o parcialmente, los actos jurídicos contrarios al orden público o a las buenas costumbres, salvo disposición legal distinta.</i>

El artículo VIII propuesto, corresponde a las normas previstas en el actual artículo V del Título Preliminar. No obstante, se le han introducido algunas modificaciones que resulta importante comentar.

Siguiendo el orden de la Exposición de Motivos, me enfocaré primero en la distinción que realiza la Comisión entre nulidad total y nulidad parcial, distinción que –como acepta la propia Comisión– está ampliamente reconocida en el Derecho Civil contemporáneo.

Según se indica en la Exposición de Motivos, la norma del artículo vigente, en una interpretación demasiado literal, puede conducir a que sólo haya nulidad total.

Sin embargo, como reconoce la propia Comisión, las reglas de conservación de los actos, presentes ya en el Libro de Acto Jurídico del Código vigente, pueden perfectamente permitir la nulidad parcial. Los requisitos para que ello ocurra son conocidos, por lo que la *necesidad y urgencia* –nuevamente– están ausentes.

Siguiendo la tónica que caracteriza al Anteproyecto del Título Preliminar, se está aclarando lo que no es necesario aclarar. Pero, ello no es lo más grave.

En efecto, lo más grave es el empleo de la frase «salvo disposición legal distinta».

El principio de siempre, que se encuentra en nuestro Código Civil, es que todo acto jurídico contrario al orden público o a las buenas costumbres es nulo, pues, en definitiva, equivale a decir que ese acto jurídico es contrario al ordenamiento jurídico. Sin embargo, de acuerdo al artículo VIII del Anteproyecto, el legislador puede autorizar tal acto y validarlo.

Es evidente que si el legislador lo autorizara, entonces ese acto ya no sería contrario a las normas legales y, por consiguiente, ya

no sería contrario al orden público, por lo que esa salvedad resultaría, en este caso, redundante e inútil.

En el supuesto de que el acto jurídico fuese nulo por ir en contra de las buenas costumbres, esa salvedad resultaría peligrosa e injustificada. Se estaría sosteniendo que una norma del legislador podría validar un acto jurídico abiertamente inmoral por ser contrario a las buenas costumbres. Resulta evidente, entonces, que para lograrlo, esa norma debería ser también abiertamente inmoral. Se estaría reconociendo –en texto expreso de la ley– que debe permitírsele al legislador validar lo inmoral.

• UN FRAUDE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	Artículo IX.- Fraude a la ley <i>Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.</i>

El fraude a la ley es una materia que ha generado siempre discusiones doctrinales y ha sido acogida legislativamente en algunos ordenamientos jurídicos.

El proyectado artículo IX –destaca la Comisión– es un dispositivo que no tiene precedente en nuestros Títulos Preliminares e introduce el principio del *fraude a la ley*; agregando –en posición que compartimos– que *no necesitaba* ser establecido positivamente para que fuera aplicado, porque corresponde a lo esencial de la justicia en el Derecho. No obstante, la Comisión ha considerado mejor incorporarlo explícitamente en el texto *para que tenga plena vigencia*.

Más que discutir la idea del fraude a la ley en sí, que como concepto busca rescatar la teleología de las normas y les da un valor específico muy importante cuando se trata de aplicarlas en ca-

sos de conflicto, quiero centrarme en lo inadecuado del planteamiento propuesto en el Anteproyecto.

En la norma se establece que el acto fraudulento es nulo *salvo disposición legal distinta*. Ello equivale a decir que el legislador podría validar el fraude a la ley cuando lo crea conveniente, es decir, que una disposición, que una decisión del legislador hecha norma pueda hacer válido un acto que, en esencia, es nulo por ser fraudulento.

Una norma como ésta no hace sino desnaturalizar el principio del fraude a la ley, que –citando nuevamente a la Comisión– es un principio rector del ordenamiento jurídico. Un precepto como éste no puede ser más que rechazado por defectuoso.

Como puede apreciar el lector, esta norma constituye ya la segunda oportunidad en que la Comisión ha considerado *necesario y urgente* otorgar al legislador en el Título Preliminar la facultad de validar lo que la razón, las buenas costumbres, los principios que sustentan al ordenamiento jurídico y el Derecho en general condenan. Parece que se quisiera retroceder en el tiempo e investir al legislador con las facultades de un monarca absoluto, de modo que su palabra sea la única verdad.

• SIN TRASCENDENCIA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo III.- <i>La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.</i>	Artículo X.- Aplicación inmediata e irretroactividad <i>Las normas legales se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tienen fuerza ni efecto retroactivo, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú.</i>

El texto del artículo X es, en esencia, el mismo que el del actual artículo III del Título Preliminar. La modificación que se ha hecho es la de referirse a «*normas legales*» y no a «*la ley*», con el único fin –dice la Comisión– de evitar interpretaciones demasiado literales y confusiones que –repito por enésima vez– no se presentaban en la práctica.

• PELIGROSO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo VI.- <i>Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral. El interés moral autoriza la acción sólo cuando se refiere directamente al agente o a su familia, salvo disposición expresa de la ley.</i>	Artículo XI.- Ejercicio de los derechos <i>1. Todos pueden actuar, dentro de la legalidad, para la tutela de sus derechos y legítimos intereses.</i> <i>2. El interés moral se extiende a la familia del interesado, salvo disposición distinta de la ley.</i>

Esta norma viene a ser una nueva versión del actual artículo VI del Título Preliminar. En mi opinión, versión innecesaria, pues el artículo VI resulta bastante claro y no es objeto de discusiones y, mucho menos, problemas en su aplicación práctica.

Según la Comisión, en el proyectado artículo XI se ha hecho referencia a la más genérica «*actuación dentro del Derecho*», puesto que el actual artículo VI del Título Preliminar ingresa a la regulación de aspectos procesales que deben ser regulados por el Código correspondiente.

Argumenta que era *necesario y urgente* decir que el sujeto de derecho, además de poder acudir, demandar o denunciar en ejercicio de sus derechos, puede también negociar, conciliar, solicitar, reclamar, exigir y aun actuar por vías de hecho cuando el Derecho se lo permite. Este argumento no constituye sino otra de esas verdades de Perogrullo que parecen ser una constante dentro del Anteproyecto, pues simplemente están aclarando algo que no necesita aclaración, ya que nadie lo cuestiona.

Claro que eso no es lo único que resalta en esta nueva versión –se supone mejorada– del vigente artículo VI. Siguiendo la regla del interés moral extensivo a la familia, el segundo párrafo establece la norma pertinente; es decir, el inciso 2 del proyectado artículo XI dice lo mismo que el segundo párrafo del actual artículo VI.

Si se quería mejorar la norma, si se quería dar un paso adelante, en vez de decir lo evidente –como se hizo en el inciso 1– ¿por qué se limitaron al extender el interés moral únicamente a la familia?

Haciendo una interpretación literal –por la que la Comisión ha demostrado tanta preocupación a lo largo de la Exposición de Motivos– se podría negar el interés legal al cónyuge o al conviviente o al novio o novia, pues éstos no encajan, en estricto, en el concepto que el Código maneja de *familiares*.

La consecuencia más palpable la encontramos en lo que a responsabilidad civil se refiere. En este ámbito, la restricción es clara pues la ley asume que interés moral puede tener única y exclusivamente la familia del perjudicado. Cuando, a decir verdad y como la realidad lo demuestra, puede existir *interés moral* sin ser familiar y, siendo familiar, puede no estar presente dicho interés.

Si con la norma proyectada se pretendía solucionar un problema, tal objetivo no se podrá conseguir. En mi opinión no debería establecerse una restricción como la planteada a nivel legislativo, sino que debería dejarse a la doctrina y a la jurisprudencia la nada sencilla tarea de delimitar estos supuestos, en la multiplicidad de casos concretos que se presentan.

• SIN NOVEDAD EN EL FRENTE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo IX.- <i>Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.</i>	Artículo XII.- Aplicación supletoria <i>Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.</i>

El texto del proyectado artículo XII es copia del actual y vigente artículo IX del Título Preliminar, razón por la cual –felizmente– no tenemos comentarios que formular.

• CUIDADO CON LO QUE SE PLANTEA DEROGAR

Además de las modificaciones reseñadas, la Comisión ha consi-

derado oportuno derogar del Título Preliminar vigente los artículos VII, VIII y X.

No comprendo la *necesidad y urgencia* de la derogación de estas normas.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo VII.- <i>Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.</i>	Artículo VII.- Derogado

La Comisión ha derogado el artículo VII pues piensa que constituye una norma de naturaleza procesal y, como tal, debe estar en el Código correspondiente. En lo personal no lo derogaría, pues al encontrarse en el Título Preliminar del Código Civil se convierte en un precepto de aplicación supletoria a todos los ámbitos del Derecho, incluso a aquellos que no tienen un Código Procesal en el cual ubicar una norma como ésta.

El deber de fundamentar las resoluciones y aplicar las normas pertinentes no se circunscribe al juez civil, sino que está presente en toda instancia. Esta norma no molestaba, sino, por el contrario, resultaba muy útil.

Si la Comisión ha visto por conveniente agregar normas que nada nuevo dicen y cuya utilidad es cuestionable, por qué eliminar una norma que sí sirve.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo VIII.- <i>Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.</i>	Artículo VIII.- Derogado

Así como no puedo contestar esta pregunta, tampoco termino

de entender el por qué se ha considerado *necesario* y *urgente* derogar el artículo VIII, simplemente porque la norma se halla consignada en el artículo 139 inciso 8 de la Constitución.

La Comisión aduce que no es necesario reiterarla, lo cual se contradice con su afán de instaurar el artículo II, inspirándose –justamente– en un artículo constitucional que no era necesario reiterar.

¿Cuál es el criterio de la Comisión para decidir qué principio consagrado en la Constitución se debe reiterar en el Título Preliminar y cuál no? ¿No se supone que donde hay la misma razón hay el mismo derecho?

Sorprende que el Anteproyecto de Enmiendas no tenga un criterio unificador que lo sustente.

En todo caso, sea cuál fuere el criterio que ha guiado la introducción del artículo II y la eliminación del vigente artículo VIII, ello me parece por demás inapropiado. Mientras el artículo II es innecesario a nivel práctico, pues toda persona con sentido común (para ello ni siquiera es necesario ser abogado) sabe que cualquier posición debe fundamentarse, el artículo VIII es una norma que se invoca a diario, ya que sirve para recordar al juez que es intérprete de las normas, y ante el defecto o deficiencia de la ley, es también una suerte de legislador.

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo X.- La Corte Suprema de Justicia, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Fiscal de la Nación están obligados a dar cuenta al Congreso de los vacíos o defectos de la legislación.</p> <p>Tienen la misma obligación los jueces y fiscales respecto de sus correspondientes superiores.</p>	<p>Artículo X.- Derogado</p>

Por último, la Comisión ha estimado *necesario* y *urgente* derogar el artículo X, por considerar –equivocadamente– que es una norma relativa a las atribuciones de los magistrados y que no corresponde a un Código Civil. Argumento desde ya errado pues,

como se desprende incluso de una lectura superficial del mandato legal, la norma no se circunscribe a los magistrados.

El actual artículo X es un precepto que cuando se instauró se hizo con la mejor de las intenciones: proveer un mecanismo por el cual se lograra un perfeccionamiento normativo.

Sin embargo, es cierto que tal precepto ha sido y es criticado porque las instituciones allí mencionadas no hacen un uso adecuado de la propia norma y de las facultades que ésta les otorga.

A mi modo de ver, lo previsto en el artículo X constituye una aspiración pendiente que no debe abandonarse, sino que debe ser reglamentada, debe regularse de tal manera que las instituciones sí cumplan a cabalidad con el mandato dispuesto. De esta forma, si bien el artículo X no ha alcanzado una aplicación real, esto no significa que en esencia no sea una buena norma que, por ende, debe conservarse. Se trata de una disposición pensada para mejorar las normas y la administración de justicia.

Su abandono, a mi modo de ver, implicaría perpetuar la ley del menor esfuerzo. En vez de procurar su cumplimiento, se le pretende eliminar.

Por otro lado, respecto al argumento esgrimido por la Comisión en el sentido de que una norma como la planteada no corresponde al Título Preliminar, no puedo sino contestar preguntando a qué lugar corresponde entonces. ¿Dónde ubicar, pues, una norma de perfeccionamiento normativo? ¿En la Ley de Títulos Valores?

TERCERA PARTE
LIBRO I
Derecho de las Personas

Sección Primera
Personas Naturales

TÍTULO II
Derechos de la persona

• **YA LO SABÍAMOS**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 3.- <i>Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley.</i>	Artículo 3.- Capacidad Jurídica <i>Todos tienen el goce de sus derechos. Las limitaciones a su ejercicio están expresamente establecidas por ley.</i>

Al contrastar ambos artículos podemos observar con mayor claridad las modificaciones que ha realizado la Comisión en su propuesta y que no son comentadas en la Exposición de Motivos.

En primer lugar, notamos que se ha buscado ampliar los alcances de la norma cambiando la expresión *Toda persona* por la de *Todos*, extensión que, sin embargo, no se ha conseguido, simplemente porque ambas expresiones se refieren exactamente a lo mismo.

En efecto, aunque en principio el término *Todos* pueda dar la impresión de abarcar un mayor espectro y, por ende, extender la protección otorgada por la norma contenida en el artículo 3, lo cierto es que ese *todos* se encuentra referido a la idea de persona.

Ya desde el artículo 1 del Código Civil vigente se señala que la vida humana comienza con la concepción y que el concebido es sujeto de derecho desde la concepción en todo cuanto le favorece, de donde se sigue que el concebido es persona.

Así las cosas, ese primer cambio efectuado en el artículo 3 resulta innecesario y artificioso. La Comisión no dice nada nuevo y

el sentido de la norma no varía; y no varía justamente porque nunca nadie entendió que existiera alguien que no tuviera derechos. Nunca nadie se atrevió a cuestionar el uso de la expresión *Toda persona*, aduciendo que al emplearla se estuviera excluyendo a alguien. La Constitución de 1993 utiliza, ella misma, la expresión *toda persona* sin que ello dé lugar a confusión alguna.

Podemos advertir, entonces, que la intención de la Comisión es la misma que la del legislador de 1984 y, sin embargo, ha considerado como *urgente* y *necesario* realizar la citada modificación para decir –precisamente– lo mismo.

Ahora bien, como segunda modificación al artículo 3, la Comisión ha optado por cambiar la expresión *derechos civiles* por la de *derechos*.

Sobre el particular considero necesario señalar que el Código Civil precisa aquello en razón de la naturaleza del cuerpo legal que –como tal– no deja de referirse a los derechos civiles, aunque el término no sea empleado. De esta manera, eliminar la palabra *civiles* del artículo no genera consecuencia alguna, manteniendo el sentido original de la norma.

En resumidas cuentas, la segunda modificación realizada por la Comisión nada modifica y –por tanto– nada aporta.

La tercera modificación, en cambio, resulta, al menos a primera vista, menos irrelevante. Así, la norma propuesta se refiere ahora a excepciones al ejercicio de los derechos.

Con este cambio la Comisión, supongo –y digo supongo pues en la Exposición de Motivos nada se dice– pretende evitar que una lectura literal del artículo haga pensar que las limitaciones se refieren al goce de los derechos civiles.

A decir verdad, esta precisión no deja de ser *innecesaria*, en tanto se trata de un tema que nadie ha puesto en duda.

En la interpretación de la norma contenida en el artículo 3 siempre ha habido una distinción clara entre lo que es *goce* de un derecho y lo que es *ejercicio* de un derecho.

Sin duda, una de las cosas que ya se empieza a ver es el típico estilo de la tentación académica, y es que la propuesta de modificación del artículo 3 representa claramente una especie muy anti-guía de tentación académica.

La Comisión, ante la existencia de una norma defectuosa en su re-

dacción, intenta corregirla. Por mi parte, aunque admito que el texto vigente del artículo 3 es defectuoso, considero innecesaria su modificación por una redacción más precisa, simplemente porque aquella redacción defectuosa nunca dio lugar a una interpretación en contra del único criterio que se ha entendido y se entiende hasta hoy.

De esta forma, aun cuando la redacción actual es defectuosa, la interpretación no lo es y, por lo mismo su aplicación nunca ha generado problemas. Esta constatación me permite afirmar que, en general, cambios como el comentado resultan innecesarios, probando –una vez más– que esta Comisión sigue la misma línea de pensamiento que siguieron Comisiones precedentes, esto es, la convicción de que el legislador es el monarca, el intérprete principal y todopoderoso del ordenamiento jurídico. Esta premisa lo conduce a combatir, vía modificaciones e interpretaciones auténticas, la interpretación literal que –dan por sentado– todos realizan de una norma.

Resulta, de esta forma, revelador que pese a que el artículo 3 nunca ha dado origen a debates, sea este numeral con el que se inicien las modificaciones que la Comisión gusta llamar *urgentes* y *necesarias*.

• LA QUE LO PARIÓ

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 4.- El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.	Artículo 4.- Tutela del embrión extracorpóreo 1. Los embriones o fetos humanos, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones o fetos muertos. 2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación. 3. No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro. En todo caso el parto determina la maternidad. 4. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.

A diferencia de lo que ocurre con el artículo 3, la Comisión no ha tenido reparos en proponer la derogatoria del texto actual del artículo 4, para regular allí una temática distinta.

En tal sentido, se aprecia que en opinión de la Comisión es *urgente y necesario* derogar una norma en la que se expresa que el varón y la mujer tienen iguales derechos.

Como es de esperarse, la Exposición de Motivos no explica el por qué de esta decisión, razón por la cual sólo me queda suponer que la misma se ha realizado debido a que la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer ya se encuentra consagrada a nivel constitucional.

La Comisión debe haber considerado que al estar consagrado lo mismo en una norma de mayor jerarquía no había motivo para reiterarla. Más aún cuando *necesitaban* el espacio que ocupa el artículo en vigencia para regular el tema del embrión extracorpóreo y de la manipulación genética.

En estricto, debo admitir que el vigente artículo 4, al encontrarse regulado en la Constitución de 1979 y, luego consagrado también en la de 1993, no es necesario. Sin embargo, debo expresar también que en la práctica el Código Civil es invocado con mayor frecuencia que la propia Constitución, por lo que una norma como aquélla resulta útil. De esta manera, aunque pueda calificarse como innecesaria su inserción inicial en el Código Civil de 1984, también es innecesaria su eliminación en el Anteproyecto de Enmiendas.

No termino de entender el criterio de la Comisión que en algunos casos opta por introducir artículos reiterando normas constitucionales, como ocurre en el artículo II del Título Preliminar, y en otros por eliminarlos a pesar de su relevancia.

En fin, dejando de lado mis interrogantes, que no hacen sino poner en evidencia la falta de un criterio claro que guíe y sustente las denominadas enmiendas, mejor paso a examinar el texto propuesto del nuevo artículo 4, inciso por inciso.

En el inciso primero, la Comisión busca dar protección a los embriones o fetos humanos. La norma pretende evitar que los mismos sean manipulados, de forma que en el futuro no se materialicen los augurios que desde hace años nos traen las películas y que ya son realidades en otros países: la cosecha de embriones.

Definitivamente considero que el tema de la manipulación de embriones es moralmente reprobable y –como todos– espero que el futuro no conlleve la existencia de fábricas de embriones. Sin embargo, no me parece adecuada la postura adoptada por la Comisión. La razón por la que no me parece adecuada es muy simple: resulta innecesaria y, como demostraré en unos momentos, peligrosa.

El artículo 1 de nuestro Código Civil vigente ya ofrece una solución clara a esta problemática, al tratarse de una norma general que puede ser leída a la luz de los avances tecnológicos. En tal precepto, al consagrarse que se es sujeto de derecho desde la concepción, ya se está protegiendo al embrión que, por consiguiente, tiene todos los derechos, incluyendo el de la vida y el de la integridad, lo que significa que no puede ser usado como un objeto ni ser manipulado.

Nunca habrá un supuesto en el cual el embrión no sea, de acuerdo al artículo 1, sujeto de derecho. El artículo 1, por ende, cubre todos los supuestos, prohibiendo cualquier forma de manipulación que implique violación de los derechos del concebido.

Al regular el tema previsto en el artículo 4 proyectado, la Comisión brinda la posibilidad de que la ciencia cree supuestos que, al no caer en lo dispuesto en el citado numeral, puedan llegar a posibilitar la manipulación que se intentaría evitar.

Si la Comisión –de todas formas– deseaba regular esta materia, debió haberlo hecho estableciendo excepciones al artículo 1, las cuales debieron ser taxativas. La fórmula escogida por la Comisión, en vez de *cerrar la puerta* –que reitero, ya estaba cerrada–, lo que hace es quitar el candado de la misma.

Además, en lo referido a la disposición de órganos y tejidos de fetos y embriones muertos, los cuales entran en la definición de cadáveres, ello también resulta innecesario, pues la materia es regulada en la Ley General de Donación y Transplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, Ley N° 28189, de fecha 18 de marzo de 2004.

El inciso 2 del artículo 4 continúa –para mi pesar y estoy seguro que de muchos otros– en la misma dirección que sus predecesores, es decir, carece de aquel carácter de *urgente y necesario* que supuestamente poseían todas las *enmiendas* propuestas al Código Civil.

Nuevamente, lo dicho en ese inciso nada nuevo dice, en tanto lo allí expresado se encuentra –lo reiteramos– dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.

Siendo el concebido sujeto de derecho no se le puede matar ni puede ser utilizado como un objeto, como se hace con los ratones de laboratorio. El artículo 1 del Código Civil vigente no permite utilizar al concebido para finalidades que impliquen vulneración de la vida humana o de su integridad.

Por otra parte, lo precisado en el proyectado inciso 3, constituye una materia largamente discutida en Derecho de Personas y en el de Familia, la misma que suele conocerse como *vientre de alquiler*.

Dicho tema no se encuentra regulado de manera específica en el Código Civil de 1984, lo que, sin embargo, no significa que no se cuente con una solución, al menos parcial, del problema.

El contrato de *vientre de alquiler*, al ser contrario a la moral y a las buenas costumbres, es nulo, conforme al artículo V del Título Preliminar vigente.

Pese a la nulidad de este acto jurídico, por ser contrario a la moral y a las buenas costumbres (artículo V), es evidente y lógico que si a pesar de ello se produjese la concepción, el niño no podría ser *declarado nulo*.

Lo anterior supone la necesidad de optar, de decidir, quién es la madre en una situación tan delicada como la planteada. El Código Civil vigente no realiza dicha elección. La Comisión se ha pronunciado en favor de la mujer que prestaba el servicio, y que recibió una contraprestación por tener en su vientre un feto que en realidad pertenece a otra pareja. La Comisión, en otras palabras, ha optado por establecer que el niño es de quien lo parió.

No puedo dejar de cuestionar esa decisión. No puedo entender cómo es posible que sea considerada como madre quien se comprometió, por dinero, a gestar un feto que no es suyo sino de una pareja de personas que se morían de ganas por ser padres, que son los titulares del óvulo y del espermatozoide y que han estado pendientes de su cuidado durante todo el embarazo.

Por cierto, la norma sólo se refiere a la madre; pero, ¿qué hay del padre? Ante la omisión se entiende que el padre es el titular del espermatozoide, el cual, probablemente sea el esposo de la mujer

que como no parió a la criatura no es considerada madre por la Comisión.

Supongo, tratando de entender su criterio, que la opción de la Comisión es la de desincentivar este tipo de contratos de prestación de servicios, que son contrarios a la moral y a las buenas costumbres. No obstante, esta intención no me parece razón suficiente para consagrar, como lo hace la norma propuesta, una profunda injusticia.

La mujer que dio a luz no llevó al niño nueve meses en su vientre guiada por el deseo de ser madre, sino cumpliendo con la prestación de un servicio sancionado como nulo por la propia ley. En cambio, los padres biológicos, que contrataron el servicio, sí lo hicieron por su deseo de ser padres.

Me parece en extremo lamentable que la Comisión haya optado por consagrar la ficción sobre la realidad, lo que resulta contrario al Derecho de Familia en el cual la realidad es la que debe primar.

Debería analizarse con mayor detenimiento la situación, ver qué es lo mejor para la criatura. Estoy convencido de que, en principio, lo mejor no es que sea considerada como su madre una mujer con la que el niño no comparte vínculos genéticos, que utilizó su cuerpo como un objeto, que lucró con él, y, por si fuera poco, estafó a sus cocontratantes, es decir, a los padres biológicos del niño, incumpliendo con su parte del acuerdo. Además, lo más seguro es que esa mujer no tenga pareja estable.

¡Y esa mujer es la que la Comisión considera debe ser la madre!

En definitiva, estoy convencido de que esta norma no soluciona nada, pues, aunque en ella se establezca que la madre es quien dio a luz, un dispositivo como éste no conllevará mágicamente a que los padres biológicos renuncien al niño, por la sencilla razón de que ese niño es suyo. El problema estaría presente durante toda la vida del recién nacido.

Lo antes expuesto me lleva a afirmar categóricamente que el inciso 3 proyectado constituye una barbaridad, ya que consagra la injusticia privilegiando la forma y la ficción.

En lo que concierne al inciso 4, proyectado, el mismo busca evitar que los temas comentados que dan contenido al artículo 4, sean desarrollados por normas que no tengan rango de Ley.

Si lo que pretende la Comisión es otorgar mayor seguridad respecto de temas tan delicados como éstos, es obvio que cometió un error y uno muy serio.

Me extraña que la Comisión no haya reflexionado sobre las consecuencias de establecer una norma como ésta. Si el desarrollo del artículo 4 se realiza con una norma con rango de ley –algo contrario a la razón normativa–, lo consignado en ese artículo correría peligro.

Nos explicamos.

Generalmente las Leyes son reglamentadas por normas de menor jerarquía, entre otras razones por una muy sencilla: ello impide que la reglamentación contravenga lo dispuesto en la Ley.

Establecer que la reglamentación del artículo 4 se tenga que hacer por medio de otra Ley, implicaría consagrar que el reglamento pueda modificar al Código Civil, implica brindar la opción a que, con ese reglamento con rango de Ley, se destruya la protección que, aunque en estricto no se consigue, se busca instaurar en el proyectado artículo 4. De haber contradicciones entre el reglamento con rango de Ley y el artículo 4, primaría el reglamento por ser norma específica, por ser norma de igual jerarquía y, además, por ser norma posterior.

• CON MUCHO MIEDO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 4-A.- Manipulación genética</p> <p>1. El genoma podrá ser modificado sólo para prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves.</p> <p>2. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos.</p> <p>3. Lo preceptuado en este artículo podrá ser desarrollado sólo por una norma con rango de ley.</p>

En lo que respecta al artículo 4-A, debo decir que el mismo constituye una prueba irrefutable de esa vocación de regularlo todo, que se ha encontrado presente en cada propuesta de *enmienda* que se ha visto a lo largo de los años.

Este artículo nos introduce en un tema relativamente novedoso, el del genoma o mapa genético.

En el inciso 1 del artículo proyectado se observa ya un pronunciamiento de la Comisión a favor de la manipulación genética, aceptando la misma sólo para prevenir, disminuir o eliminar enfermedades graves.

Admito que no puedo dejar de preguntarme por qué ese énfasis restrictivo, por qué sólo permitir la manipulación genética para enfermedades graves y no para todas las enfermedades, incluso para aquellas que sin ser mortales representan un fastidio, que implican molestias y que podrían ser resueltas a través de la manipulación genética.

Tras reflexionar sobre esa razón, no explicada por la Comisión, me queda claro que la misma se debe a ese *cargo de conciencia* que se suele observar en todos los casos en los cuales el Derecho toma partido por un tema científico. La Comisión acepta la manipulación genética pero, autolimitándose, autocensurándose, a fin de no ser censurada por la opinión pública.

Si de por sí esa autocensura puesta de manifiesto en el proyectado inciso 1 puede, de alguna manera, ser criticada, la falta de coherencia del citado inciso y del que le sigue, esto es, el inciso 2, resulta aún más llamativa.

En el inciso 2 se establece que la manipulación genética está permitida *exclusivamente* para fines terapéuticos.

En primer lugar creo necesario destacar que la regulación actual del Código prohíbe la manipulación genética con fines distintos al terapéutico. Basta recordar que en el artículo V del Título Preliminar se limita la validez de los actos, prohibiendo aquéllos contrarios al orden público o a las buenas costumbres. De allí que, aun sin el artículo 4-A del Anteproyecto, no está permitido –por citar un temor recurrente– el perfeccionar o eliminar razas, pues ello atentaría contra la igualdad y, por lo mismo, contra el orden público.

En definitiva, el ordenamiento jurídico, sin necesidad de *en-*

miendas como las propuestas en el artículo 4-A, no carece de prohibiciones y sanciones vinculadas a la manipulación genética que no sea realizada con fines terapéuticos. El inciso 2 no introduce nada nuevo al ordenamiento legal, salvo una nueva contradicción.

Y es que, como se aprecia al contrastar el inciso 1 y el inciso 2, resulta complicado interpretarlos en conjunto, habida cuenta de que la manipulación incluye en su definición a la modificación. Ambos incisos transitan por caminos que no convergen, limitándose el uno al otro con el uso de los términos *sólo* y *exclusivamente*.

El inciso 3 constituye una repetición del error de criterio demostrado ya en el proyectado inciso 4 del artículo 4, por lo que me remito a lo expresado respecto del mismo.

Para finalizar esta parte de mis comentarios, me queda por afirmar que el proyectado artículo 4, incluyendo al artículo 4-A, no es sino otra tentación académica en la que ha caído la Comisión. Esta vez, la tentación de convertir al Código Civil en un manual científico. La Comisión ha olvidado que el Código, como cuerpo legal, debe contener normas lo suficientemente elásticas para dar solución a los problemas que se configuren sin que sea necesaria su modificación constante.

No hay justificación que avale la supuesta *urgencia* y *necesidad* de introducir estas normas; los temas que en ellas se pretende regular, recurrentes en realidades foráneas, ya cuentan con regulación en nuestro Código Civil vigente, la cual —estoy convencido— es superior a la del Anteproyecto.

• CUIDADO CON LA LIBERTAD DE PRENSA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 15.- <i>La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.</i>	Artículo 15.- Derecho a la imagen y a la voz 1. <i>La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de quienes tienen derecho a la titularidad de sus bienes.</i> 2. <i>Dicho asentimiento no es necesario</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>Dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden.</i>	<i>cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o de interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigen estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, la reputación de la persona a quien corresponden o cuando se utilicen con fines comerciales.</i>

El artículo 15 en vigencia es bastante extenso y, tal cual está redactado, no da lugar a problema alguno, por lo que no entiendo el por qué de la modificación propuesta.

La versión proyectada de artículo 15 hace que en vez de estar conformado por dos párrafos, se le haya dividido en incisos. En el primero de ellos se observa una modificación que no es sólo innecesaria sino también defectuosa, irreflexiva y problemática.

A diferencia del primer párrafo del artículo vigente, que contempla una relación de personas que tienen la facultad de otorgar la autorización para el aprovechamiento de la imagen y la voz de una persona ya fallecida, estableciendo además un orden de prelación entre ellas, el inciso 1 proyectado otorga aquella facultad a quienes tienen derecho a la titularidad de los bienes de dicha persona.

Las consecuencias negativas de esta modificación resultan evidentes, y son muchos los ejemplos que se me ocurren para ilustrarlas.

Imaginemos el caso de una persona que tiene una hermana (a

la que quiere mucho) que, como tal, no es heredera forzosa, por lo que dicho sujeto otorga un testamento ológrafo dejando su único bien mueble –y todo patrimonio– a una institución de caridad. De acuerdo al proyectado inciso 1 sería la institución de caridad y no su hermana la facultada a autorizar el aprovechamiento de la imagen y la voz de este sujeto tras su muerte.

Si este ejemplo ya nos demuestra el sinsentido de la opción adoptada por la Comisión, un ejemplo más nos ayudará a comprender los problemas que podría originar.

Podría darse el caso de que un sujeto tenga un hijo, el cual –por ende– es heredero forzoso de este sujeto, pero además legue parte de sus bienes a diversas instituciones. Así las cosas, serían varios los titulares de los bienes y, por consiguiente, varios los facultados a autorizar el citado aprovechamiento.

¿Qué ocurriría en un caso como el planteado donde concurren varias personas a la sucesión y donde todos tendrían igual derecho a decidir, si fuera necesario llegar a un acuerdo por mayoría?

En mi opinión es notorio que el actual artículo 15 resulta muy superior al propuesto, pues la norma en vigencia establece un orden de prelación entre los facultados para brindar la autorización, evitando, con ello, los problemas comentados.

Si hay algo que puede decirse del inciso 1 proyectado es que cae por su propio peso.

El inciso 2 del Anteproyecto es casi igual al segundo párrafo del artículo vigente, salvo dos modificaciones. Se ha eliminado el término *decoro* y agregado la expresión *cuando se utilicen con fines comerciales*.

La palabra *decoro*, al estar en directa relación con el pudor y formar parte de la intimidad de la persona, debió, en mi opinión, conservarse y no eliminarse.

El proyectado inciso 2 señala excepciones a la regla general, esto es, a que la imagen y la voz de una persona sean utilizadas con el asentimiento de ésta y la autorización correspondiente. Tales excepciones se encuentran, a su vez, limitadas, de donde se sigue que el señalar el respeto por el decoro dentro de estas limitaciones busca proteger el derecho de las personas.

La Comisión parece haber incluido al decoro dentro del término *reputación* y, por ello, han considerado como *urgente* y *nece-*

sario eliminarla del texto. Me parece realmente curioso que la Comisión, esta vez, tenga como consigna el no redundar, cuando ello es justamente lo que ha caracterizado al Anteproyecto desde el artículo I del Título Preliminar.

Pienso que el término *decoro* debió mantenerse, pues en nada perjudicaba y, por el contrario, ayudaba a aclarar el panorama en cuanto a los límites en las excepciones que permiten el uso –sin autorización– de la imagen y la voz de una persona. Tratándose de una norma protectora de derechos, lo más conveniente es dejar una expresión que, aunque tiene varios significados, todos ellos son en beneficio de la persona.

En cuanto a la frase *con fines comerciales*, creo que en general, aun cuando el artículo 15 vigente no se manifiesta al respecto, la razón misma ha evitado discusiones en las cuales se debata sobre la posibilidad de lucrar con la imagen y la voz de una persona pública o privada.

El problema, en todo caso, viene dado por la determinación de los alcances de la expresión *comercial*. ¿Sólo se refiere a fines comerciales vinculados al dinero o también al aprovechamiento para fines distintos?

Con esa expresión plasmada en la norma, un político podría sostener que sus opositores no pueden utilizar su imagen en sus campañas publicitarias, configurándose así restricciones en el orden político que podrían extenderse a otros ámbitos, como la propia libertad de expresión.

Así, por ejemplo, un noticiero televisivo que quiere promocionar su nuevo formato y, para tal efecto, utiliza las imágenes de políticos, podría ser objeto de quejas y reclamos por parte de aquéllos, todas éstas sustentadas en el artículo 15 proyectado, ya que el noticiero tiene, en última instancia, un fin comercial. Lo mismo podría ocurrir con los programas deportivos que no podrían sacar las imágenes de los deportistas sin su autorización.

Lo cierto es que la línea divisoria entre lo comercial y lo no comercial es más tenue de lo que parece a simple vista, por lo que una norma como la contenida en el proyectado inciso 2 resulta en extremo peligrosa. Los medios de comunicación podrían verse afectados, podrían verse limitados en su libertad de actuación, mermando con ello la libertad de expresión y la libertad de prensa.

• TUTELANDO LO YA TUTELADO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.</p> <p>Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.</p> <p>La prohibición de la publicación póstuma becha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.</p>	<p>Artículo 16-A.- Tutela de datos personales</p> <p>Toda persona cuyos datos estén registrados en cualquier tipo de banco de datos, computarizado o no, público o privado, goza del derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo los derechos de acceso a la información, de rectificación o cancelación de datos inexactos, así como del derecho a exigir que los datos sean utilizados sólo con la finalidad para la cual fueron recogidos.</p>

La Comisión ha considerado urgente y necesario crear el artículo 16-A, el cual, en esencia, no es sino un resumen de lo ya establecido en el artículo 2 de la Constitución Política de 1993.¹

¹ **Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona**

Toda persona tiene derecho:

[...]

4. A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de co-

La Constitución establece ciertas excepciones que el proyectado artículo 16-A no prevé. Al ser ésta una norma sin excepciones, su aplicación práctica se tornaría en extremo complicada.

En todo caso, no hay nada de urgente y necesario en su introducción, pues nada nuevo introduciría en el ordenamiento jurídico y, por ende, no ofrece nuevas soluciones.

No obstante, debo admitir que esta norma me ha resultado útil al permitirme constatar, una vez más, la falta de coherencia interna del Anteproyecto y de los criterios que lo sustentan. Como se re-

municación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás medios de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común.

Es delito toda acción que suspende o clausura algún órgano de expresión o le impide circular libremente. Los derechos de informar y opinar comprenden los de fundar medios de comunicación.

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar.

7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias.

Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agraviada en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que éste se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.

[...]

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley.

Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

cuerda, la Comisión eliminó el artículo 4, que señalaba la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, por encontrarse regulada en la Constitución y ser *urgente* y *necesario* no repetir los mandatos constitucionales. Sin embargo, esa misma Comisión plantea introducir el artículo 16-A que, en estricto, es una síntesis de los preceptos de la Constitución que tutelan los datos personales.

• **DOS ACCIONES**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 17.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.</p> <p>La responsabilidad es solidaria.</p>	<p>Artículo 17.- Tutela inhibitoria y cesatoria de los derechos de la persona</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La amenaza o vulneración de alguno de los derechos inherentes a la persona, confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar que se evite o suprima la actividad generadora del daño. Queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado. 2. Cuando el daño es producido por dos o más personas la responsabilidad es solidaria. 3. Las pretensiones a que se refiere este artículo se tramitan conforme al proceso sumarísimo.

Al contrastar el artículo 17 del Código vigente y el propuesto en el Anteproyecto debo admitir ciertas bondades en el segundo.

Se ha ampliado la protección dada por la norma que ya no se circunscribe a la violación de los derechos sino que abarca incluso la amenaza, cambiando a los herederos por todo aquel con legítimo interés, y señala que la vía para accionar es la del proceso sumarísimo.

Estas bondades, sin embargo, no se encuentran exentas de crítica. En primer lugar, debo advertir que la amenaza y la vulneración de los derechos se encuentran protegidas, de acuerdo a la Consti-

tución y al Código Procesal Constitucional por la vía de la acción de amparo o del Habeas Corpus, de donde se sigue que la norma no introduce un tema nuevo, sólo facilita una vía alternativa para tutelar los derechos en peligro de amenaza o vulneración.

Así, en la práctica, actualmente la vía natural para resolver la problemática descrita en el artículo 17 es la acción de amparo o el Habeas Corpus, según el caso.

El Código Civil no recogía la vía procesal, por lo que el artículo 17 debía aplicarse por medio del proceso de conocimiento. Ello hizo que nadie recurriera a tal norma, en vista de que la acción de amparo constituía un mecanismo más veloz.

Por otro lado, es importante señalar que la acción de amparo hoy es usada en exceso, siendo objeto de uso y abuso para detener cualquier cosa y consagrar cualquier injusticia y cualquier ilegalidad. Con el cambio realizado en el artículo 17 que lo convierte en una vía casi tan veloz, si es que no igual o más que la acción de amparo, los abogados tenemos dos opciones para alcanzar esa misma consagración de la justicia o de la injusticia.

La norma creo que en sí misma no es mala, las intenciones que la sustentan son legítimas, empero no se han medido las consecuencias prácticas. En teoría es una buena medida, pero hay que recordar que sobre la teoría predomina siempre lo real, es allí donde todo adquiere relevancia y, por ello, es eso lo que en verdad interesa.

Como última anotación respecto de este artículo, no puedo dejar de subrayar la defectuosa redacción de su inciso 2. La Comisión nuevamente se ha valido de una verdad de Perogrullo; nuevamente se ha valido de la redundancia. En el inciso 2 se establece que cuando el daño es producido por dos o más personas, la responsabilidad es solidaria. Qué, ¿acaso no les bastaba con decir que la responsabilidad es solidaria y dejar al lector la difícil tarea de deducir que se refería a dos o más sujetos, simplemente porque la solidaridad sólo puede presentarse ante pluralidad de sujetos? ¡Qué poca fe nos tienen...!

Título III Nombre

• EL HOMBRE INVISIBLE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 19.- Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.	Artículo 19.- Derecho al nombre 1. Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Éste incluye los apellidos. 2. El hecho de que el nombre aparezca escrito de manera errónea, distinta o incompleta en un documento, no afecta la identidad de la persona.

El inciso 1 del artículo 19 propuesto constituye simplemente copia de la norma vigente.

El inciso 2 no tiene precedentes, y no los tiene porque nunca a nadie se le ocurrió que fuera necesario plasmar en el Código Civil algo tan evidente. ¿Qué, acaso alguien dudó alguna vez que si su nombre apareciera mal escrito en un documento, ello afectaría su identidad? ¿Qué, acaso si en un documento, en vez de *Mario Castillo Freyre* dice *Marco Castillo Freyre*, yo dejo de ser Mario Castillo Freyre? Por supuesto que no, pues la identidad de alguien no se afecta por un simple error tipográfico.

No me cabe duda de que una norma como la que se pretende instaurar en el inciso 2 constituye la más extrema verdad de Perogrullo. Por si fuera poco, admitir una norma como ésta, además de innecesario sería contraproducente, pues implicaría admitir la discusión teórica de que la afectación de la identidad sí es posible.

No entiendo qué criterio ha tenido en cuenta la Comisión para proponer un inciso como éste. Me resisto a creer que se haya considerado que debido a que en nuestro ordenamiento jurídico no hay una norma de esa naturaleza, alguien podría sostener que por un error tipográfico un sujeto deje de ser quien es. Claro que no, todos sabemos que más allá de discusiones filosóficas (que no vienen al caso, pues nuestro Código no es ni tiene por qué ser un

manual de filosofía), la identidad de la persona no se puede ver afectada por un papel mal escrito.

• ¿IGUALDAD DE DERECHOS?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 24.- La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.	Artículo 24.- Apellido de la mujer casada 1. La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Sin embargo, podrá conservarlo de común acuerdo. 2. También podrá conservarlo mediante autorización judicial si con tal apellido hubiere alcanzado notoriedad en su círculo social o prestigio en actividades profesionales, artísticas, literarias u otras análogas. 3. Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.

El artículo 24 propuesto por la Comisión puede y debe ser objetado, por un serio problema de fondo, además de manifestar defectos en su redacción.

La Comisión ha considerado *urgente* y *necesario* consagrar la desigualdad entre hombres y mujeres o, mejor dicho, seguir acentuando esa desigualdad. El artículo 24 propuesto es una norma discriminatoria redactada en el siglo XXI.

Cierto, conserva el espíritu del artículo 24 vigente, pero ¿acaso la idea de un Proyecto de Enmiendas no era adecuar el Código a los nuevos tiempos? ¿Por qué en los nuevos tiempos se debe otorgar este derecho únicamente a la mujer; por qué no también al hombre?

El silencio de la Comisión en la Exposición de Motivos me lleva a pensar inmediatamente que el mantenimiento de una norma como ésta no es casualidad, sino que se encuentra íntimamente ligada a la decisión de la Comisión de eliminar el artículo 4 vigente, en el que se señala la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Supongo (pues no me queda más que suponer ya que la Comisión no se ha pronunciado al respecto) que el artículo 4 fue eliminado no sólo porque la igualdad está consagrada en la Constitución, sino también para que el artículo 24 y aquél no se contradigan. Otra razón que se me ocurre es que en la Comisión tan sólo uno de sus miembros es mujer.

Es cierto que el artículo 24 vigente también es portador de esa desigualdad, pero entró en vigencia hace más de 21 años, cuando el reconocimiento de la igualdad no había alcanzado el desarrollo y la promoción que tiene hoy.

A ello se puede agregar la mala redacción de la que hace gala esta norma, como se observa en el inciso 1. Una lectura del texto allí establecido permite apreciar con claridad la contradicción interna producto de la defectuosa redacción. La primera oración otorga a la mujer el derecho de llevar el apellido del marido y conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. En la segunda, en cambio, se establece que cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Si bien ese defecto en la redacción se encuentra presente en el actual artículo 24, no entiendo por qué la Comisión no procedió a subsanarlo. Si se quiere preservar un artículo que acentúa la desigualdad de derechos entre hombres y mujeres, lo mejor sería que no conservara también sus defectos de redacción. El inciso sería más claro si se eliminara de la primera oración la frase "...y conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio".

Pero el que no se haya mejorado la redacción en este inciso no es lo único que llama la atención, sino también el que se haya agregado que de común acuerdo la mujer puede conservar el apellido del marido a pesar de que el matrimonio haya sido declarado nulo o se haya disuelto. A decir verdad, debería meditarse mucho más sobre los alcances de este extremo de la norma propuesta.

Por otra parte, el inciso 2 busca que la mujer que ha llevado el apellido del marido y ha alcanzado con él reconocimiento, no se

vea perjudicada. Aunque en principio es una medida que parece acertada, considero que también es un tema que necesita mayor reflexión, pues además del punto de vista de la mujer está el del ex esposo y, de tenerla, el de su nueva esposa.

Por último, el inciso 3 se limita a repetir lo que el vigente artículo 24 ya señala.

Aunque puedan considerarse menores los defectos de forma que se encuentran presentes en la redacción del proyectado artículo 24, lo cierto es que este precepto se sustenta -todo él- en una premisa errada que hace, por ende, que no deba prosperar.

TÍTULO IV Domicilio

• TODO TIEMPO PASADO FUE MEJOR

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 40.- El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar.</p> <p>El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio.</p> <p>La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable.</p>	<p>Artículo 40.- Cambio de domicilio</p> <p>El cambio de domicilio no produce efectos si no ha sido puesto en conocimiento de los interesados mediante comunicación indubitable.</p>

El artículo 40 del Código Civil vigente ha sido y es objeto de muchas críticas, todas ellas, en mi opinión, justificadas. El artículo propuesto en el Anteproyecto es, desde cualquier punto de vista mejor, superior al vigente.

Lo curioso es que el artículo propuesto es prácticamente una copia del artículo original del Código Civil de 1984, pues —como sabemos— el defectuoso artículo 40 en vigencia es fruto de una modificación introducida como consecuencia de una reforma introducida en el año 2002.

Así, la propuesta formulada por la Comisión no trae nada nuevo, pues simplemente retorna al texto original, que era bueno, pero con una sola diferencia. La nueva norma, en vez de emplear el término *acreedor*, adopta un cambio que siempre fue sugerido: el de *interesado*.

En definitiva, el artículo 40 es una muestra clara de que el texto original del Código de 1984 era bueno, reflejando también la manera en que las reformas irreflexivas pueden hacerlo malo.

TÍTULO V Capacidad

El Anteproyecto parte de la idea de que todos tienen capacidad y que, por lo tanto, no puede hablarse de *capaces* e *incapaces*. Esta advertencia, sin embargo, no constituye otra cosa que una sutileza de escuela, pues todo el medio jurídico reconoce la diferencia entre capacidad e incapacidad, es decir, los términos que se emplean actualmente no producen inconveniente alguno.

Tratar de que la puridad terminológica sea la brújula, no es lo más conveniente. Está bien, todos tienen capacidad de goce e incluso, gracias a figuras como la representación, todos tienen capacidad de ejercicio; no obstante, ello no significa que sea imprescindible modificar todo el sistema cuando lo que se quiere lograr es lo que ya se tiene, si bien no con los términos que la Comisión considera más adecuados. Todos, con uno u otro término, estamos diciendo lo mismo, coincidimos en el sentido y en el espíritu que persiguen las normas, por lo que no hay por qué cambiarlas.

Cuando existe una norma con una denominación defectuosa (que en este caso ni siquiera es defectuosa) de una determinada institución, pero todo el mundo la conoce con ese nombre, más vale vencer la tentación académica y dejarla así para evitar confusiones. En este caso, la Comisión no ha podido resistirse a esta tentación.

La nueva regulación que se propone tendría que armonizarse con el contenido de otros artículos del Código que se refieran al mismo tema, lo que en la práctica y en beneplácito de quienes desean una reforma integral del Código, implicaría modificar innumerables normas con el único fin de adaptarlas a la nueva terminología.

Partiendo de esta premisa, me acerqué al Título V para darme con la sorpresa de que a pesar de que la Comisión ha considerado como *urgente* y *necesario* evitar las referencias a la capacidad y a la incapacidad de las personas, tomando como referencia si el sujeto se encuentra o no sometido a tutela, curatela o patria potestad, se mantiene el uso de la expresión *capacidad*, la misma que se emplea para dar nombre a la sección.

Hechas las advertencias correspondientes, toca ahora revisar cada una de las modificaciones propuestas.

• GALIMATÍAS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. 3. Los sordomudos, los ciegos y los ciegos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. 	<p>Artículo 43.- Sujetos sometidos a patria potestad, tutela y curatela</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los menores de dieciocho años de edad están sujetos a patria potestad o tutela, según el caso, para el ejercicio de sus derechos, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2. Quienes, por cualquier causa, estén habitualmente privados de discernimiento o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, deben estar sujetos a curatela, siempre que hayan sido declarados interdictos.

Al contrastar el artículo 43 vigente con el texto propuesto no es difícil notar las variaciones; empero, en esencia, las normas no se diferencian radicalmente entre sí. El artículo propuesto por la Comisión dice lo mismo que el vigente, pero creando confusiones al

mezclar en una norma a todos los menores de edad, ignorando la distinción que hoy hacemos entre los que siendo menores de edad tienen más de dieciséis años y aquéllos que todavía no han cumplido esa edad. Los primeros vendrían a ser incapaces relativos y los segundos incapaces absolutos.

• GALIMATÍAS, SEGUNDA PARTE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 44.- <i>Son relativamente incapaces:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2. Los retardados mentales. 3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. 4. Los pródigos. 5. Los que incurrn en mala gestión. 6. Los ebrios habituales. 7. Los toxicómanos. 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 	<p>Artículo 44.- <i>Sujetos con capacidad de ejercicio restringida</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Son sujetos con capacidad de ejercicio restringida:</i> <ol style="list-style-type: none"> a) Los retardados mentales. b) Los que sufren de severo trastorno mental. c) Los dependientes crónicos del alcohol. d) Los adictos a las drogas. e) Los que sufren pena que conlleva la inhabilitación. f) Los que por causa de una discapacidad física, mental o sensorial están impedidos, incluso temporalmente, del cuidado de sí mismos o de la disposición y administración de su patrimonio. 2. <i>La capacidad de ejercicio restringida deberá ser declarada judicialmente.</i>

Ahora bien, si seguimos revisando la propuesta, llegamos al artículo 44 en el que nuevamente encuentro una serie de cambios que considero importante anotar. En vez de la frase *son relativamente incapaces* ahora se utiliza la expresión *son sujetos con capacidad de ejercicio restringida*. Esta modificación es simplemente de lenguaje pues en esencia —que es al fin y al cabo lo que importa— el cambio resulta intrascendente.

El literal a) propuesto empieza señalando dentro de este grupo de sujetos a los retardados mentales, quienes en la norma vigente

se encuentran en el inciso 2. Lo relevante, en todo caso, es que se haya eliminado de la lista a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años, situación que, a mi modo de ver, no es una decisión acertada, pues se les debió mantener y así evitar confusiones inútiles.

El literal b) propuesto tampoco es nuevo, habida cuenta de que repite lo dispuesto actualmente en el inciso 3, pero de manera imperfecta. Si se comparasen ambos textos, resultaría más que evidente que el original supera al propuesto. Y es que no se trata sólo de tener un transtorno mental, por más severo que pueda ser; lo que importa es que ese trastorno impida que el sujeto exprese su libre voluntad. Una persona, por ejemplo, puede sufrir de una severa depresión (transtorno mental) y, sin embargo, ser capaz de expresar su libre voluntad, razón por la cual no habría por qué restringirle su capacidad de ejercicio.

El literal c) propuesto, corresponde al actual inciso 6; dice exactamente lo mismo aunque con palabras distintas. ¿Por qué el cambio? Probablemente porque la Comisión prefiere el empleo de eufemismos; otra justificación no hay.

El comentario anterior, relativo a la falta de trascendencia en la motivación de las propuestas, también se aplica a los cambios planteados en los literales d) y e), correspondientes a los actuales incisos 7 y 8, respectivamente.

A diferencia de los literales mencionados, sí resulta significativa la introducción del literal f), aunque no en un sentido positivo.

Pero mejor es analizar este precepto por partes. Dentro de tal orden de ideas, cabe destacar lo innecesario de mencionar a quienes tienen una discapacidad mental o sensorial, pues los mismos ya se encuentran comprendidos en otros supuestos.

En cambio, sí hay que tener sumo cuidado con lo señalado respecto de la discapacidad física, que incluso puede ser temporal. Meditando al respecto me pongo en el supuesto de una persona que sufre un accidente y, por ende, no puede cuidar de sí misma y no puede salir a hacer sus cosas. Lo lógico es que en un caso como el planteado, dicha persona otorgue poder a alguien, en su acepción estrictamente jurídica, empleada por el Derecho al regular el tema de la representación o, por último, que encargue a otros la realización de sus asuntos, en calidad de nuncios o mensajeros.

Así las cosas, si la discapacidad que tengo es física, pero mis facultades mentales están intactas, ¿acaso la figura pertinente no sería la de la representación? ¿Por qué alguien debe tener la facultad de declararme como sujeto de *capacidad de ejercicio restringida*? Esto, simplemente, sería inaceptable.

Para comprobarlo bastaría imaginarse a un anciano que tenga pleno uso de sus facultades mentales y que, sin embargo, necesite de cuidados especiales por problemas físicos que no le permiten valerse por sí mismo. Dicho anciano es titular de un patrimonio envidiable, por lo que su nieto *decide* declarar judicialmente su *capacidad de ejercicio restringida*, amparándose en el propuesto literal f) del artículo 44.

Con este ejemplo se observa claramente que la norma propuesta es tremendamente peligrosa, pues abre la puerta para que se despoje a un sujeto del control de su patrimonio, restringiendo su capacidad de ejercicio, a pesar de que esa persona aún tiene el control mental de sí misma.

Gracias al literal f) propuesto, cualquier sujeto podría encajar en el artículo 44, lo que contraviene el principio por el cual aquello que debe primar es si la persona tiene o no discernimiento. La lista –en principio taxativa– se amplía amenazante, siendo capaz de absorber a cualquiera.

Por último, el inciso 2 propuesto constituye un cambio que la Comisión ha debido realizar como lamentable consecuencia de la modificación del modelo jurídico adoptado.

• EL «ASISTENTE»

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 45.- Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.	Artículo 45.- Representantes legales Los representantes legales de las personas comprendidas en los supuestos de los artículos 43 y 44 ejercen los derechos de éstas conforme a las normas referentes a la patria potestad, tutela, curatela y asistencia, según el caso.

Como se puede observar, la norma propuesta por la Comisión es más extensa que el artículo vigente. Lo curioso del asunto es que esa extensión se debe a que mientras en el sistema actual se utiliza el término *incapaces* para incluir a todos los sujetos comprendidos en los artículos 43 y 44, el texto propuesto, al no tener cómo denominarlos de manera conjunta, debe recurrir a una descripción de dichos sujetos.

Pero la confusión no termina allí, sino que llega a niveles insospechados con la introducción de la figura de la *asistencia*, sin especificar quién es el *asistente* o para qué sujetos –de los comprendidos en los artículos 43 y 44– es aplicable.

Lo único que se me ocurre es que la figura ha sido creada para aquellas personas comprendidas en el temerario literal f) del inciso 1 del artículo 44, propuesto. No obstante, reitero, aquí ya nada es claro.

A decir verdad, este dato no sólo es anecdótico sino también significativo, habida cuenta de que muestra la falta de claridad que generaría el nuevo sistema, la confusión que produce, pues no permite diferenciar con precisión los sujetos comprendidos en el artículo 43 y aquéllos comprendidos en el artículo 44, en el sentido de que no presenta un criterio que permita esclarecer el por qué de la sistematización.

• CONFUSIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 46.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento	Artículo 46.- Cese de la restricción de la capacidad de ejercicio 1. La restricción para el ejercicio de derechos y deberes de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que las autorice para ejercer una profesión u oficio. 2. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste. 3. Tratándose de personas mayores de

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Reconocer a sus hijos. 2. Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos. 	<p>catorce años cesa la restricción de la capacidad de ejercicio a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Reconocer a sus hijos. b) Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto. c) Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

Si hay algo significativo que comentar en esta norma no son tanto los cambios, sino el que se mencione a los mayores de dieciséis años que habían sido olvidados y sacados del artículo 44, precepto que, en el Código actual regula el tema de la incapacidad relativa.

Se entiende que en tanto el Anteproyecto no los menciona en el artículo 44, los mayores de dieciséis años se encuentran comprendidos en el inciso 1 del artículo 43 propuesto. Esto puede generar que no sea descabellado sostener que los artículos 43 y 44 no difieren en esencia el uno del otro, de modo que no son claros sus lineamientos ni sus consecuencias. En definitiva, se sigue percibiendo la confusión que se deriva del nuevo sistema que sólo crea problemas allá donde no los había; y, todo, por sutilezas de escuela que, estoy convencido, no interesan para nada a quienes en la práctica ejercen la abogacía.

Sin perjuicio de lo expuesto, este artículo no presenta modificación sustancial alguna; el cambio *urgente* y *necesario* está encaminado a adaptar la citada norma proyectada a la nueva terminología. Además de eso, el contenido esencial es el mismo.

Pero, lo más absurdo del asunto es que serán necesarios muchos cambios de este tipo orientados a dar uniformidad al lenguaje utilizado por el Código en este nuevo, confuso y defectuoso sistema que la Comisión considera *urgente* y *necesario* implementar.

Ello me lleva a preguntar a cuántas ascenderán las enmiendas que, como en este caso, sólo buscan *enmendar* o, al menos, hacer menos evidentes los propios errores de las enmiendas propuestas.

Para finalizar la revisión de las modificaciones propuestas para el Título V, denominado por la Comisión como *Capacidad*, no puedo dejar de resaltar nuevamente lo caótico del escenario que plantea el Anteproyecto. Un escenario oscuro en el que se aplica a la perfección una vieja frase que alguna vez escuché pronunciar a mi dilecto amigo, el Doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, la cual tomo prestada: *A estas alturas de la vida, lo que no entiendo está mal*.

Y si hay algo que sí entiendo es que el sistema que se quiere instaurar innecesariamente sólo generaría confusión, acompañada de más confusión, lo que refleja, una vez más, uno de los grandes problemas de nuestro medio, esto es, el deseo de importar cualquier doctrina, sin siquiera analizar primero si esa importación es necesaria o conveniente para nuestra realidad.

SECCIÓN SEGUNDA Personas Jurídicas

TÍTULO I Disposiciones Generales

• INTRASCENDENTE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 76.- La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.</p> <p>La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.</p>	<p>Artículo 76.- Normas de aplicación general</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Todas las personas jurídicas quedan sometidas a las normas contenidas en este Título, salvo en lo que resulten incompatibles con su legislación especial. 2. La constitución, capacidad, régimen, derechos, obligaciones, fines y extinción de las personas jurídicas de derecho privado se determinan por las disposiciones del presente Código o de las respectivas normas con rango de ley. 3. Las personas jurídicas de derecho público interno se crean por ley o

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<i>por normas con rango de ley. Se regulan por su legislación especial y, supletoriamente, por las disposiciones de este Código en lo que resulten aplicables.</i>

Las modificaciones a la Sección Segunda, dedicada a las personas jurídicas de derecho privado se inicia con la propuesta de modificación del artículo 76, es decir con la primera norma de dicha Sección.

El precepto que propone la Comisión se divide en tres incisos. El primero señala que todas las personas jurídicas se rigen por las normas pertinentes del Código, lo que hasta el día de hoy, pese a no encontrarse plasmado en el Código Civil vigente, es así debido al carácter supletorio de este cuerpo normativo. De esta manera, no considero que pueda calificarse de *urgente y necesaria* la introducción de este inciso.

A ello cabe agregar que el mismo no deja de reflejar una de las tantas tentaciones académicas de las que está compuesto el Anteproyecto de Reforma, esto es, la tentación de convertir el Código en un precario manual de Derecho. De otra forma no puedo explicar la necesidad de resaltar en el inciso 1 la salvedad de que las disposiciones no rigen en lo que es incompatible con la legislación especial. Pero claro que es así, mas no lo es porque este inciso lo diga, sino porque, en principio, lo dispuesto en el Código Civil es supletorio ante determinada legislación especial, y, porque, como sabe todo abogado o incluso todo estudiante de Derecho desde el primer ciclo de estudios, porque norma especial prima sobre norma general.

El inciso 2 se limita a plantear dos modificaciones a la norma vigente. Por un lado cambia el término *existencia* por el de *constitución*; por otro, especifica que todos los aspectos de la persona jurídica allí citados se rigen por las disposiciones del Código o por las respectivas normas con rango de Ley. Esto último no me parece conveniente, pues no todos los aspectos se regulan por normas

con este rango. Un inciso como el planteado establece ciertos límites que pueden resultar innecesarios y, en ocasiones, contraproducentes.

En el inciso 3, nuevamente, la Comisión ha cedido ante la tentación de señalar en una norma incluso lo evidente. Allí se dice que las personas jurídicas se regulan por su legislación especial y supletoriamente por las normas del Código. Como se puede observar, se ha caído nuevamente en el error del inciso 1, consistente en menospreciar los más básicos conocimientos con los que cuenta toda persona dedicada al Derecho. Es evidente, todos los abogados lo sabemos, que la legislación especial prima sobre la general, siendo esta última supletoria de aquélla.

• CONSTITUCIÓN VS. EXISTENCIA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 77.- Constitución. Actos previos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. La persona jurídica de derecho privado queda constituida el día de su inscripción en el registro público respectivo, salvo disposición distinta de la ley. 2. La eficacia respecto de la persona jurídica de los actos celebrados en su nombre antes de su inscripción está subordinada a este requisito. 3. Si no se produce la inscripción, quienes hubieren celebrado los actos son ilimitada y solidariamente responsables conjuntamente con quienes hubiesen aprobado su celebración.

El artículo 77 también ha sufrido modificaciones, empezando por una constante en el Anteproyecto, consistente en que en vez

de párrafos se utilizan incisos. Me pregunto si siguiendo esta tendencia, así como la de las sumillas, a la larga se modificará todo el Código Civil.

Ahora bien, en el inciso 1 proyectado se plantea modificar el término *existencia* por el de *constitución*. El texto actual, en cambio, dispone que la persona jurídica no existe mientras no se inscriba, lo que se justifica en razón de que es con la inscripción que empieza la vida jurídica de aquella.

Pero, ¿acaso cuando un grupo de personas se reúnen para formar una persona jurídica, aquella ya no está constituida a pesar de que aún no tiene existencia para el Derecho por faltar su inscripción? ¿Qué es lo que se inscribe? Pues el acto constitutivo y, por ende, éste precede a la inscripción, lo que significa que no se podría inscribir algo que no se constituyó.

Por todo ello considero que es un error cambiar la terminología actual del artículo pues, reitero que para que una persona jurídica tenga existencia frente al Derecho es indispensable que ya se encuentre constituida. El acto de constitución precede siempre y necesariamente al de la inscripción.

Tras leer el proyectado inciso 2 no puedo dejar de criticar, en primer lugar, su confusa redacción, en especial si se le compara con el segundo párrafo del artículo vigente. En segundo lugar, la errónea decisión de la Comisión de prescindir del requisito de la ratificación, presente en el texto actual. Gracias al inciso que se pretende instaurar, todo acto previo vale sin necesidad de ratificación alguna, lo que puede resultar en extremo peligroso, en especial, si, como es el caso, no se mencionan excepciones.

El inciso 2 sigue esa tendencia lamentable que caracteriza al Anteproyecto, esto es, realizar modificaciones sin considerar las consecuencias que aquellas tendrían, de ser aprobadas y aplicadas. No dudo de que las intenciones sean las mejores, pero no hay que olvidar que *el camino al infierno está empedrado de buenas intenciones*.

Esa misma línea sigue el proyectado inciso 3, que convierte en responsables ilimitados y solidarios, de no producirse la inscripción, a quienes celebraron los actos e incluso a quienes aprobaron su celebración.

Ahora bien, ¿a qué aprobación de celebración se refiere el inciso, si no hay tal cosa? Si no hay persona jurídica y, por ende, no hay órganos de gobierno, ¿quién aprueba y cómo? Ni siquiera hay documentos en los que se deje constancia de las decisiones, pues aún no hay actas y lo más probable es que tampoco haya ningún acuerdo previo de celebración de los actos.

Como se puede apreciar, lo establecido en el proyectado inciso 3 no haría sino generar problemas prácticos, los mismos que son un reflejo del error de haber eliminado en el inciso 2 el requisito de la ratificación.

El proyectado inciso 3 pretende extender la responsabilidad solidaria prácticamente a todos los que, en principio, hubieran formado parte de esa persona jurídica que nunca se constituyó, pero al hacer esto se corre el riesgo de incluir a personas que no tuvieron nada que ver con el acto dañoso. ¿Cómo se identificaría a quien en verdad aprobó la celebración del acto? ¿Acaso ante la falta de documentación se debe confiar en la palabra del sujeto que celebró el acto (con la persona jurídica no inscrita), a quien, por cierto, le convendrá que el número de responsables solidarios sea el mayor posible?

Definitivamente una norma como la contenida en el proyectado inciso 3 no hace sino desconocer los graves alcances de la solidaridad.

• COMO CONEJOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 78.- <i>La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.</i>	Artículo 78.- Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad 1. <i>La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus miembros.</i> 2. <i>Ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquella ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta.</i> 3. <i>Si se realizaran actos abusivos o</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p><i>fraudulentos a través de la persona jurídica, a solicitud de parte legítima el juez podrá desestimar su calidad de sujeto de derecho o disponer que no se apliquen los beneficios derivados de tales actos, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes la hayan utilizado abusiva o fraudulentamente.</i></p> <p>4. Las pretensiones a que se refiere el párrafo 2 anterior prescriben a los dos años de la realización del acto.</p>

A partir del proyectado artículo 78 la voluntad de normarlo todo se hace incluso más evidente. Así, es posible apreciar con mayor claridad cómo el Anteproyecto, que se suponía estaría compuesto por enmiendas *urgentes* y *necesarias*, en realidad está compuesto por todo aquello que la Comisión considera que el Código debería señalar, sin importar su necesidad, su utilidad e incluso sus consecuencias.

Y es que no hay otra forma de explicar cómo el artículo 78 se ha *reproducido*. Decimos esto, pues no sólo se ha variado su texto sino que además se han agregado artículos nombrados de la A a la G. Con suerte no se llegó a completar el alfabeto y lo que era una norma ahora son siete.

Los incisos 1 y 2 del artículo 78 propuesto se limitan a recoger lo dispuesto en la norma vigente. De esta manera, el inciso 1 dice exactamente lo mismo que la primera parte del precepto actual, aunque con otras palabras. El inciso 2 recoge el texto restante, aunque –curiosamente– sin modificar la frase *ninguno de ellos ni todos ellos*, modificación que resultaba más pertinente que la realizada en el inciso 1, para despojar a la norma de ese aire novelesco que la impregna.

Pero el proyectado inciso 2 no se limita a repetir lo dispuesto en el precepto actual, sino que establece una salvedad. Dicha sal-

vedad nuevamente resulta innecesaria, pues norma especial prima sobre norma general. Hoy, sin necesidad de que ello se señale expresamente, esto es así, como se observa, por ejemplo, en la Ley General de Sociedades que regula supuestos de personas jurídicas en los que la responsabilidad de sus miembros no es limitada como lo son la sociedad colectiva, la sociedad en comandita y la sociedad civil ordinaria. Si se dieran leyes específicas respecto a las personas jurídicas sin fines de lucro reguladas en el Código, estas normas primarían por aplicación del mismo principio.

En el inciso 3 se consagra la controvertida doctrina conocida en *Derecho Comercial* y *Derecho Penal* como levantamiento del velo societario, consagración que, definitivamente es peligrosa por desestimar el principio de autonomía de la persona jurídica como sujeto de derecho distinto a sus miembros.

No me explico cómo se ha juzgado *urgente* y *necesario* consagrar en el Código Civil un tema tan discutido en doctrina. Asimismo, resulta extraño que su inclusión no haya sido acompañada de la regulación de los requisitos que la doctrina le ha impuesto.

Resulta imprescindible tomar en cuenta que los actos aparentemente abusivos o fraudulentos que se realizan a través de una persona jurídica, no necesariamente implican que deba dejarse de lado el principio de autonomía de la misma y aplicar la del denominado *levantamiento del velo societario*, pues el acto no será siempre fraudulento o abusivo en sí mismo. Ello, pues no hay que olvidar el concepto de fraude pauliano recogido en el Código Civil en el Libro de Acto Jurídico. De este modo, si son actos encaminados a enervar los derechos de sus acreedores, lo adecuado no sería levantar el velo, es decir, despojar de autonomía a la persona jurídica, sino declarar ineficaces tales actos para que la medida tenga verdaderos efectos sobre la persona jurídica. Se observa, entonces, algo que el proyectado inciso 3 parece no advertir y es que ese concepto de acto fraudulento que he delineado, vigente hoy en nuestro Código, es distinto que el que consiste en realizar actos ocultos o querer realizar actos fraudulentos en resguardo del patrimonio de uno o más socios.

Recoger (al igual que se ha recogido en el Título Preliminar del Anteproyecto, la doctrina de los actos propios) la doctrina del levanta-

tamiento del velo societario y, de este modo, hacerla de aplicación general a todas las personas jurídicas es en extremo peligroso.

Una vez más nos encontramos frente a un artículo que refleja la tentación de querer incluir en el Código todas las discusiones doctrinales, aun cuando ellas no hayan llegado a una adecuada maduración como para ser introducidas en tan importante cuerpo legal. Hay que ser cautos. Insertarlo todo sin considerar las consecuencias va más allá de lo temerario, en especial cuando aquella inserción implica tomar partido por temas que en doctrina son polémicos y rechazados por gruesos sectores.

Además, las consecuencias de esa falta de cautela no son pocas, pues una norma como ésta atenta contra la seguridad jurídica que sustenta a todo ordenamiento jurídico, atentando también contra principios fundantes de la persona jurídica, de su estructura y, también, de los incentivos para constituirla. Asimismo, estoy seguro de que en la práctica una norma de aplicación general como aquélla generaría un abuso constante e indiscriminado por parte de los agentes jurídicos.

Por último, en lo que concierne al proyectado inciso 4, debo reconocer que tras leerlo no pude evitar sonreír como consecuencia de un error allí cometido. En dicho inciso nos remiten al párrafo 2, cuando la estructura del artículo propuesto está constituida por incisos. La razón llevaría a pensar que sólo en eso consistió el error, pero no es así, pues al leer el inciso 2 uno se percata con facilidad de que en el mismo no se regula pretensión alguna. En conclusión, lo que en el inciso 4 se indica como párrafo 2, en realidad es el inciso 3.

Esta equivocación anecdótica no es lo único destacable de este inciso sino también la falta de *urgencia* y *necesidad* de su introducción. Si bien deduzco que la Comisión ha considerado *urgente* y *necesario* acompañar al fallido inciso 3 de un plazo, lo cierto es que el tema puede resolverse fácilmente aplicando el artículo 195 del Código Civil de 1984, el mismo que regula el tema de la ineficacia de los actos jurídicos por fraude pauliano, concordado con el inciso 4 del artículo 2001.

• IMPORTANDO PRECEPTOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 78-A.- Denominación o razón social</p> <p>1. Ninguna persona jurídica puede adoptar una denominación completa o abreviada o una razón social igual o similar a la de una persona jurídica preexistente. Se podrá utilizar una denominación o razón social similar si existe autorización para ello.</p> <p>2. No se puede usar término o expresión alguno que induzca a error o confusión sobre la naturaleza o tipo de persona jurídica.</p> <p>3. Tampoco se puede emplear una denominación o razón social que contenga marcas o nombres comerciales notoriamente conocidos, nombres de organizaciones o instituciones públicas o, en general, denominaciones legalmente protegidas, salvo autorización para ello.</p>

No pienso cuestionar este artículo por su contenido, pues me parece una buena síntesis de lo regulado en las leyes pertinentes de Derecho de Propiedad Industrial. Y es que como puede notar todo lector que haya tenido alguna vez un acercamiento con dicha rama del Derecho, esta norma no dice nada nuevo, sino que se limita a importar las soluciones que han sido construidas en otro ámbito de nuestro ordenamiento jurídico; para prueba bastaría con revisar el Decreto Legislativo N° 823, Ley de Propiedad Industrial, y la Decisión N° 486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial.

Me pregunto dónde está la *urgencia* y *necesidad* de introducir este precepto. ¿Acaso es *urgente* y *necesario* colocar en el Código Civil cada una de las normas que se encuentran vinculadas a algún aspecto de la persona jurídica, aun cuando las mismas ya for-

men parte del ordenamiento jurídico? Bajo ese criterio y dado que la vida de la persona jurídica, así como sus relaciones, son en extremo complejas, habría que copiar todo lo que de alguna manera se vincule a este ente. Si en el Anteproyecto ya se importaron normas del Derecho de Marcas, por qué no hacerlo también con las normas de Propiedad Industrial, de Derecho Tributario; en fin, por qué de una vez no colocarlo todo en el Código Civil.

• SOLIDARIDAD PARA TODO EL MUNDO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 78-B.- Responsabilidad ante terceros</p> <p>1. La persona jurídica responde por los daños que sus órganos, representantes o quienes desempeñen cargos directivos causen a sus miembros o a terceros cuando:</p> <p>a) se produzcan en el ejercicio o con ocasión de sus funciones;</p> <p>b) provengan de acuerdos o actos contrarios a la ley o al estatuto;</p> <p>c) realicen actos con dolo, culpa o abuso de facultades.</p> <p>2. Los integrantes de los órganos de la persona jurídica, los representantes de ésta o quienes desempeñen cargos directivos son responsables solidariamente con la persona jurídica.</p>

Es sabido por todos que la persona jurídica como sujeto de derechos y obligaciones responde por sus actos. Para realizar tales actos, la persona jurídica, al ser un ente, necesita valerse de personas naturales.

La aplicación de las normas generales de responsabilidad civil concordadas con las que regulan el tema de la representación en el Código vigente, logran, sin necesidad de una regulación específica, dar solución a los diferentes supuestos de responsabilidad

que se pueden generar. Sin embargo, la Comisión ha considerado *urgente y necesario* introducir una normativa especial.

Estoy de acuerdo en que la atomización de la responsabilidad civil es una realidad, pero una realidad que se intenta manejar dentro de la dualidad de esta institución. No creo que sea conveniente consagrar legislativamente esa realidad; creo que la misma necesita una mayor reflexión y creo también que el proyectado artículo 78-B me da la razón.

El inciso 1 propuesto es innecesario e inofensivo, en tanto no genera problemas al plasmar lo que todos admiten como cierto, por derivarse de las normas y principios generales de la responsabilidad y de la especial estructura de la persona jurídica.

No obstante, no puedo dejar de manifestar mi perplejidad frente al proyectado inciso 2. Y es que en verdad no puedo creer que se haya considerado como *urgente y necesario* consagrar una norma que atenta contra el principio que sustenta a la persona jurídica, esto es, el principio de autonomía.

Con una norma como la del inciso 2 de este artículo, aun el denominado *levantamiento del velo societario*, introducido en el artículo 78, deja de tener sentido. ¿Ya para qué el *levantamiento* en materia civil, cuando aquí se establecería que la responsabilidad civil de la persona jurídica es solidaria junto con todos sus integrantes?

Esta norma, entonces, nos lleva a una conclusión perjudicial distinta a la que llegamos hoy con el actual Código Civil.

Con una norma como la que se pretende implementar, nos preguntamos cuál sería la ventaja de constituir o de formar parte de una persona jurídica, si igualmente todas las personas naturales o jurídicas que la integren responderían solidariamente, sin importar si tuvieron o no participación en el hecho que generó la responsabilidad.

Definitivamente una norma como ésta es inadmisible jurídicamente. Si por casualidad o descuido lograra aprobarse, ¡Dios nos libre!, pues las consecuencias serían terribles, lo que significaría, en definitiva, un desincentivo total para constituir o formar parte de cualquier persona jurídica. Y es que este precepto nuevamente transita por un sendero que deja constancia de lo perjudicial que puede resultar el regular supuestos especiales sin tomar en cuenta las consecuencias.

• SÓLO UNA ILUSIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 78-C.- Responsabilidad ante la persona jurídica</p> <p>1. <i>Quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica, integren sus órganos o la representen son responsables ante ella por los daños que se le causen derivados de los supuestos a que se refiere el artículo 78-B. No responden ante la persona jurídica quienes no hayan participado del acto causante del daño o hayan dejado constancia de su oposición al acuerdo adoptado.</i></p> <p>2. <i>Cuando el daño es causado por dos o más personas, la responsabilidad es solidaria.</i></p> <p>3. <i>El acuerdo para exigir la responsabilidad a que se refiere el párrafo 1 debe ser adoptado por el órgano máximo o el órgano directivo de la persona jurídica, según corresponda. La pretensión indemnizatoria prescribe a los dos años.</i></p>

El inciso 1 del proyectado artículo 78-C, vinculado directamente al proyectado artículo 78-B –al cual incluso se remite–, no hace sino otorgar a la persona jurídica la posibilidad de demandar al verdadero responsable por daños y perjuicios.

El proyectado inciso 2 sanciona la solidaridad cuando hay pluralidad de responsables, dando nueva cuenta de la debilidad que tiene la Comisión por aquélla, pues al menos hasta ahora no hay supuesto alguno en el que no opte por establecerla.

Por último, el proyectado inciso 3, establece que para que la persona jurídica pueda demandar al responsable, ello debería aprobarse en la Junta General de Asociados, algo que es improbable que ocurra.

Gracias a la barbaridad introducida en el inciso 2 del proyectado artículo 78-B, todos los miembros que forman parte de la persona jurídica son responsables solidarios del agente causante del daño que dio origen a la responsabilidad civil. Si los miembros de la persona jurídica hubiesen tenido que desembolsar dinero de su patrimonio, hubiesen sufrido un daño y, por ende, tuvieran legítimo interés para demandar a título personal al verdadero responsable con el que han compartido injustamente los efectos de la solidaridad, resultaría evidente que no les convendría que la persona jurídica demande, pues el patrimonio del verdadero responsable se vería disminuido, en notorio perjuicio de los integrantes de la persona jurídica.

Como puede apreciarse, el proyectado artículo 78-C no dice nada que las normas generales de responsabilidad civil no digan. Con las normas de responsabilidad civil con que contamos actualmente llegaríamos a las mismas conclusiones, pero con la salvedad de que evitaríamos crear confusión en el camino. Si el artículo 78-B puede calificarse como catastrófico, el 78-C, al remitirse a él, se encuentra ya contaminado por el mismo mal.

Es cierto que la tentación de regularlo todo es grande, pero es urgente y necesario ser prudentes y pensar –no me canso de repetirlo– en las consecuencias prácticas de lo que se pretende hacer.

• MÁS CONOCIDO QUE LA RUDA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 78-D.- Finalidad</p> <p><i>La persona jurídica no tiene finalidad lucrativa cuando le está legalmente prohibida la distribución directa o indirecta entre sus miembros, de utilidades o excedentes que se aplican sólo a la realización de su objeto. Los miembros no tienen derecho al valor neto resultante de la liquidación en caso de disolución de la persona jurídica.</i></p>

Qué comentar sobre una norma como la transcrita, cuando lo

único que hace es limitarse a describir lo que todos conocemos como finalidad no lucrativa. Así, este artículo tan sólo plasma legislativamente lo que en la práctica nadie discute. Nuevamente, entonces, se hace presente esa voluntad de querer ponerlo todo en el Código, sea necesario o no.

• MÁS CONOCIDO QUE LA RUDA (PARTE II)

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 78-E.- Oponibilidad. Prórroga de funciones</p> <p>1. La modificación del estatuto, el nombramiento de los integrantes de los órganos de la persona jurídica de derecho privado, así como el de sus representantes, salvo en el caso de representación procesal, son oponibles a los terceros desde su inscripción registral.</p> <p>2. Cuando hubiera concluido el período para el que fueron nombrados los integrantes del órgano directivo de la persona jurídica, ellos continúan en funciones mientras no se produzca nueva elección.</p>

La misma crítica que he formulado al proyectado artículo 78-D es de perfecta aplicación a esta norma. Otra vez se quiere convertir al Código Civil en un precario manual de Derecho.

El inciso 1 no hace sino reproducir la solución que la práctica y la razón han establecido. Siempre es necesaria la inscripción registral de los actos para que éstos sean oponibles a terceros.

Al igual que el inciso 1, el inciso 2 destaca por no representar novedad alguna y, por ende, ser innecesario. La seguridad jurídica y los principios registrales hacen que mientras no haya nueva elección, quienes forman parte de un órgano directivo y, por consiguiente, cuyo nombramiento ha sido inscrito en el registro correspondiente, se mantengan en sus funciones. Se trata de evitar un vacío durante ese período; además, no olvidemos que mientras no

haya nueva elección, son ellos a quienes los terceros considerarán como representantes de la persona jurídica por ser ellos los que se encuentran inscritos en el registro.

• ¿AQUÍ O EN OTRO LADO?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 78-F.- Renuncia</p> <p>1. Quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica o integren sus órganos tienen derecho a que el registro inscriba su renuncia por el solo mérito de la solicitud con firma notarialmente legalizada, acompañada de copia de la carta de renuncia con constancia notarial de haber sido entregada a la persona jurídica.</p> <p>2. Tratándose de los representantes de las personas jurídicas se observará el plazo previsto en el artículo 154.</p>

El inciso 1 del proyectado artículo 78-F constituye una norma, si no me equivoco la primera del Anteproyecto, que sí da solución a un problema de orden práctico y que no se limita a decir lo que todos ya sabemos. Sin embargo, aunque además estoy de acuerdo con la solución que se brinda, no pienso que el tema corresponda a las disposiciones generales del Título de Personas Jurídicas. En mi opinión, la materia regulada en esta norma corresponde más al Reglamento de los Registros Públicos que al Código Civil pues, en definitiva, se encarga de establecer que un determinado acto —la renuncia de quienes desempeñen cargos directivos de la persona jurídica o integren sus órganos— es inscribible.

Así, estoy de acuerdo con el contenido del inciso, mas no con la pertinencia de su ubicación en el Código Civil.

Por su parte, el proyectado inciso 2 lo que hace es establecer que para el caso de los representantes de las personas jurídicas se observará el plazo previsto en el artículo 154 del propio Código,

es decir, establece, para este supuesto específico, el plazo valiéndose de la remisión.

Ahora bien, el tema de la representación ya cuenta en nuestro Código Civil con regulación. Uno de los preceptos que forman parte de dicha normativa es el artículo 154. En tal artículo no se realiza ninguna distinción en cuanto a si el representado es una persona natural o una persona jurídica. Si el tema ya está regulado, ¿para qué regularlo aquí?

Pero hay una segunda interrogante que se desprende de la regulación del supuesto específico. Así, es difícil no preguntarse si al agregar este inciso, en el que la remisión al artículo 154 se circunscribe únicamente al plazo, implícitamente no se está señalando que el numeral 154 sólo rige en los casos en que el representado es una persona natural. Más allá de la respuesta que se elija, esto es, de la interpretación que se prefiera, lo cierto es que se crean dudas respecto del ámbito de aplicación del artículo 154.

• **PERO SI SIEMPRE HA SIDO ASÍ**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 78-G.- Fin de la persona jurídica</p> <p><i>La calidad de persona jurídica subsiste después de inscrita la disolución durante el período de liquidación, quedando restringida su capacidad a la realización de los actos y contratos destinados a su extinción. Ésta se produce con la inscripción registral correspondiente.</i></p>

Siguiendo lo que ya parece ser un mal hábito, se ha considerado como *urgente* y *necesario* plasmar en una norma legal otra verdad de Perogrullo. Y es que resulta obvio que si se ha disuelto la persona jurídica y, sin embargo, ella aún no se ha liquidado, dicha persona jurídica sigue existiendo pero como una persona jurídica

en liquidación y, por ende, restringida en su actuación a aquello que se encuentre destinado a extinguirla.

• **ERES TÚ, PERO EN VERDAD ES OTRO**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 79-A.- Representación</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>La representación de la persona jurídica corresponde a quien establezca la ley o el instrumento de constitución.</i> 2. <i>Tratándose de personas jurídicas reguladas por este Código, el presidente del consejo directivo, el de la junta de administración o el administrador de la persona jurídica, según corresponda, son sus representantes legales, salvo disposición legal o estatutaria distinta.</i> 3. <i>Los representantes legales pueden celebrar todos los actos y contratos inherentes al cumplimiento del objeto de la persona jurídica, con las limitaciones establecidas por la ley y el estatuto. En estos casos es aplicable lo dispuesto en los artículos 161 y 162.</i> 4. <i>Los representantes legales gozan de las facultades de representación procesal señaladas en los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, por el solo mérito de su nombramiento inscrito.</i>

En este precepto, una vez más la Comisión ha optado por utilizar letras junto a las normas supuestamente *urgentes* y *necesarias* que pretende introducir. Ello, sin embargo, no puede disfrazar la enorme cantidad de artículos que bajo el calificativo de enmiendas, sólo logran aumentar el volumen del Código Civil y, como ya he señalado y demostrado, ese aumento indiscriminado suele traducirse en confusión y en consecuencias perjudiciales.

Tratando de mantener la sistemática que intenta ofrecer el Anteproyecto en cuanto a formas, nada mejor que revisar este nuevo artículo inciso por inciso.

Para ser franco, el inciso 1 no me sorprende; al contrario, a estas alturas la regulación de lo evidente es parte del sello característico del Anteproyecto. Y es que, por enésima vez, sólo me queda subrayar que el primero de los incisos *urgentes* y *necesarios* no hace otra cosa que decir lo que ya todos saben y nadie discute.

Cómo negar –o siquiera cuestionar– que la representación de la persona jurídica recaerá en quien la ley o el instrumento de constitución disponga. Qué, ¿acaso alguien alguna vez se atrevió a especular que ello no es así?; ¿qué, acaso alguien se atrevió a sugerir que pese a que en la ley o en el instrumento de constitución se señalara a X como representante, en verdad el representante era Z? Claro que no, pues algo de Derecho conocemos los abogados.

Por supuesto que éste no es el único comentario que podemos realizar en torno al inciso 1, pues en su afán de regular lo obvio, la Comisión ha olvidado que la representación también podría corresponder a quien se señale como consecuencia de la modificación de los estatutos, de modo que la designación no se restringe al instrumento constitutivo pues éste –obviamente– puede ser modificado.

El inciso 2 sigue la tendencia de su predecesor, caracterizándose por su falta de necesidad, ya que sólo se restringe a decir algo que expresamente se señala en los textos encargados de regular las figuras de la Asociación, la Fundación y el Comité y que, además, se deriva de la práctica misma.

Respecto al inciso 3 no puedo evitar preguntarme en voz alta: ¿cuál es la intención que subyace al Anteproyecto?; ¿por qué se ha considerado *urgente* y *necesario* repetir lo dispuesto en el Libro de Acto Jurídico sobre la representación?

Ante tal cuestionamiento es posible formular dos respuestas distintas. En primer lugar, que la intención que orienta a este inciso se reduce a esa conducta proclive a reiterar lo que nadie discute, de plasmar legislativamente verdades de Perogrullo. Así, a pesar de que nadie discute los alcances de la representación, pues éstos ya se encuentran normados, se opta por repetirlos.

Junto a esa respuesta, que sólo se limita a poner de relieve una de las tentaciones académicas ante las que ha sucumbido la Comi-

sión, se erige la segunda de las respuestas posibles. Esta segunda alternativa lleva a todo operador jurídico a dudar sobre las normas de representación que se encuentran vigentes para el tema de la representación de la persona jurídica.

El inciso 3, desde esta segunda perspectiva, reafirma las dudas que el artículo 78-F ya había generado. Y es que no resulta descabellado preguntarse si implícitamente no se están restringiendo los artículos propios de la representación –que forman parte del Libro de Acto Jurídico– a los supuestos en que el representado es una persona natural, de modo que cuando el representado es una persona jurídica sólo sean aplicables las normas que expresamente se señalen.

Las dudas que surgen gracias a este inciso no son un juego; es pues difícil entender por qué la Comisión sólo menciona los artículos 161 y 162 o simplemente por qué los menciona.

En lo que se refiere al inciso 4 propuesto, es menester indicar que, actualmente, es en el estatuto en donde se establecen las facultades de los representantes de las personas jurídicas. En algunos casos, la mayoría para ser más preciso, se señalan las facultades de los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil; sin embargo, suelen establecerse restricciones a esas facultades, siendo común, además, que los representantes ejerzan esas facultades conjuntamente con otras personas que ocupan cargos directivos dentro de la persona jurídica.

Ante ese panorama propio de la práctica, propio de la realidad de los hechos, cabe preguntarse si se ha meditado adecuadamente sobre los alcances de esta norma. Por un lado, está bien que por la calidad de representante se tengan esas facultades, pero ello no impide reflexionar si siempre, por el hecho de que el cargo se encuentre en el acto constitutivo, debiera tenerlas.

Sin perjuicio de la reflexión que considero debería realizarse con respecto a esta norma, juzgo conveniente indicar que, en definitiva, ella no supone un cambio radical de lo que hoy ocurre sin la existencia de ese precepto, lo que no impide que la persona jurídica establezca en su acto constitutivo que el representante no tiene esas facultades o que las mismas se encuentran restringidas.

Lo que ha hecho la Comisión es simplemente establecer como regla general lo que antes era excepción y, por ende, debía seña-

larse de manera expresa; de modo que se pretende que la excepción se convierta en regla general. En definitiva, sin embargo, es la persona jurídica quien decide al final. Su criterio siempre prevalecerá, de donde se infiere que nuestro ordenamiento jurídico bien puede subsistir sin el precepto propuesto.

• **NO PUEDO OBLIGARME, PERO ME OBLIGO**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 79-B.- Responsabilidad <i>ultra vires</i></p> <p><i>La persona jurídica está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de sus facultades inscritas, aunque tales actos comprometan a la persona jurídica por actividades no comprendidas dentro de su objeto social.</i></p>

El artículo 79-B propuesto incorpora al Código Civil la responsabilidad *ultra vires*, lo que, de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Comisión, se ampara en el principio de capacidad general de la persona jurídica y conlleva que los actos que realicen sus representantes (siempre y cuando actúen dentro de sus funciones) excediendo el objeto social, sean eficaces frente a los terceros de buena fe. Afirma la Comisión que ello se encuentra en plena concordancia con lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley General de Sociedades.

En mi opinión la responsabilidad *ultra vires* es peligrosa y, por ende, no debería plasmarse en el Código Civil, más allá de que sea aplicable en materia societaria. Un ejemplo siempre es útil para aclarar el panorama:

Imaginemos que el representante de una asociación que, de acuerdo al estatuto, se dedica a organizar partidos de fútbol interbarrios, contrata con un tercero, comprometiendo a la persona jurídica a entregar medio millón de soles a cambio de una docena de automóviles nuevos. Conforme al artículo bajo análisis, que consa-

gra la responsabilidad *ultra vires*, ningún asociado ni la Junta General podría demandar la nulidad o ineficacia del acto jurídico. Así, la Asociación debería responder frente a ese sujeto con el que contrató su representante, a pesar de que el objeto social consta inscrito en Registros Públicos y, por ende, dicho sujeto debió pensar que el representante estaba contratando por actividades no comprendidas dentro de ese objeto social.

Siguiendo con el razonamiento esgrimido, cabe preguntar ahora qué importancia tendría la determinación del objeto social. Para qué sería necesario que el mismo se encuentre inscrito en Registros, si en los hechos la persona jurídica siempre tendría que responder por todos los actos celebrados en su nombre por su representante, se encuentren o no comprendidos dentro de su objeto social.

No obstante —y aunque parezca extraño—, éste no es el problema mayor del que adolece este artículo. Más allá de los argumentos a favor y los argumentos en contra que se puedan esgrimir respecto de la responsabilidad *ultra vires*, resalta la falta de coherencia que existe entre la consagración de esa responsabilidad y lo dispuesto en el artículo 79-A inciso 3.

El inciso 3 del artículo 79-A, propuesto, establece que respecto de los actos celebrados por los representantes son aplicables las disposiciones de los artículos 161 y 162. Coordinando estos preceptos, tenemos que los actos que van más allá de las facultades del representante (por el propio texto del numeral 79-A) son aquellos que van más allá del cumplimiento del objeto social, salvo que la propia persona jurídica los ratifique.

Pero, el artículo 79-B, propuesto, no admite la figura de la ratificación, pues todo acto del representante, aun los que no se limitan al objeto social, vincularía a la persona jurídica.

Puede decirse, incluso, que gracias al artículo 79-B, propuesto, habría siempre una ratificación *a priori* y ni así se lograría coherencia entre ambas normas. Es increíble que esta contradicción se dé entre preceptos que se encuentran uno detrás del otro.

Si hay algo en lo que puedo concluir con respecto a este tema es que al final no existe conclusión posible, pues no hay manera de determinar qué precepto rige, si el 79-A o el 79-B. Estas en-

miendas *urgentes y necesarias* requieren, sin duda, ser enmendadas de manera *urgente y necesaria*.

TÍTULO II Asociación

• SÍ PUEDE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 95.- La Asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva Junta de Acreedores de conformidad con la ley de la materia.</p> <p>En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el Consejo Directivo debe solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.</p>	<p>Artículo 95.- Disolución. Procedimiento concursal</p> <p>1. La asociación se disuelve por acuerdo de la Asamblea General de Asociados. También se disuelve por acuerdo de la Junta de Acreedores de conformidad con la ley de la materia.</p> <p>2. En caso de pérdidas superiores a las dos terceras partes del patrimonio, el Consejo Directivo debe solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños que resultaren por la omisión.</p>

Al leer el actual artículo 95 del Código Civil de 1984 se podría pensar que en el mismo se ha omitido a la Asamblea General de Asociados. No obstante, cabe advertir que esa omisión no puede calificarse de ninguna manera como un pecado mortal.

Es sabido por todos, al punto que la omisión en el texto vigente no ha llevado a nadie a sostener lo contrario, que el órgano máximo de la Asociación puede disolverla, bajo el principio según el cual quien crea una persona jurídica tiene también potestad para extinguirla.

Por lo dicho, puedo afirmar –sin temor a equivocarme– que el

inciso 1 propuesto se restringe a aclarar algo que no necesitaba ser aclarado.

• ALARGANDO LOS TRÁMITES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 98.- Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.</p>	<p>Artículo 98.- Destino del patrimonio</p> <p>1. Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto que resulte es entregado a las personas designadas en el estatuto o, en su defecto, por la Asamblea General, con exclusión de los asociados. De no ser posible, el Juez en lo Civil respectivo ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.</p> <p>2. La resolución no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</p>

Al contrastar el texto del artículo 98 en actual vigencia con el texto del artículo que se pretende instaurar, se observa que en la primera parte del inciso 1 propuesto sólo se ha agregado la frase *o, en su defecto, por la Asamblea General*.

Si bien apenas han sido agregadas unas cuantas palabras, lo cierto es que las consecuencias de su admisión no son inocuas.

De admitirse este cambio, que en mi opinión nos alerta nuevamente sobre la escasa reflexión que subyace a cada enmienda, ocurriría que por mayoría simple, y ya no por la mayoría calificada necesaria para modificar los estatutos, se podría decidir sobre el destino del patrimonio de la asociación.

En la segunda parte del mismo inciso 1 propuesto, se ha realizado otra modificación. La Comisión ha considerado conveniente que ya no sea la Sala Civil de la Corte Superior la encargada de resolver sobre el destino del patrimonio, en defecto de los estatutos; prefiriendo en su lugar otorgarle la competencia al Juez en lo Civil respectivo.

El cambio de competencia me parece un error, en especial tras leer el inciso 2 propuesto, que establece que la resolución no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior, lo que en los hechos significa que, en definitiva, la que decide es la Corte Superior. Así las cosas, por qué no darle a la Corte Superior la competencia de manera directa, por qué alargar y complicar las cosas aumentando, además, la carga procesal. Si la razón es tratar de que se cumpla el principio de la instancia plural, cabría una reflexión adicional: no es necesaria la pluralidad de instancia allí donde no hay litigio, donde no hay dos partes que dejan en manos de un tercero la resolución de su conflicto.

Por último, este artículo invita a reflexionar sobre quién puede apelar la decisión del Juez en lo Civil respectivo. ¿Apela la Asociación o el asociado o cualquiera de los dos? Más allá de la reflexión, reitero lo señalado: al final da lo mismo, pues quien decide –se le llame consulta o no– es la Corte Superior.

TÍTULO III Fundación

• CAMBIANDO URGENTEMENTE LA REDACCIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 99.- La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.	Artículo 99.- Definición La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de bienes singulares o de un patrimonio para la realización de una finalidad de carácter religioso, asistencial, cultural u otra de naturaleza altruista.

Tras comparar la norma vigente y la propuesta es fácil identificar –una vez más– una de las tentaciones académicas que sustentan al Anteproyecto, esto es, la tentación de modificar, aunque en esencia se diga exactamente lo mismo.

Esta enmienda no dice nada distinto a lo dispuesto en el artículo actual; simplemente se ha realizado un cambio en la redacción,

cambio que no tiene justificación alguna pues el texto vigente no es confuso.

La Comisión se ha limitado a variar la frase *afectación de uno o más bienes* por la frase *afectación de bienes singulares o de un patrimonio*; lo que no varía el sentido de la norma constituyendo, por ende, una modificación inútil que –como tal– carece de *urgencia y necesidad*.

Esas mismas características son atribuibles al segundo de los cambios propuestos. La Comisión ha preferido utilizar la expresión *u otra de naturaleza altruista*, en lugar de la expresión vigente *u otros de interés social*. Ante esta pretendida enmienda (que en realidad no llega a ser tal), sólo me queda preguntar si en tanto naturaleza altruista significa *en beneficio de terceros* y más específicamente de la sociedad, por qué cambiar, cuál es el objetivo (si es que hubiere alguno) de la modificación. La respuesta creo yo es simple: la tentación académica volvió a vencer.

• BAJO SANCIÓN DE NULIDAD

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 101.- El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan. El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación, así como designar al administrador o a los administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción, así como el destino final del patrimonio. Puede nombrarse como administradores de la fundación a personas jurídicas o a quien o quienes desempeñen funciones específicas en ellas. En el pri-	Artículo 101.- Acto constitutivo 1. El acto constitutivo de la fundación deberá señalar de manera precisa su finalidad, el patrimonio o los bienes singulares que se afectan y contener la designación de las personas que integrarán los órganos de la fundación o la manera de nombrarlas, bajo sanción de nulidad. Sólo el fundador o la Junta de Fundadores podrán cambiar la finalidad de la fundación. 2. El acto constitutivo deberá contener también, bajo sanción de nulidad, el estatuto de la fundación en el cual se indicará: a) La denominación de la fundación y su domicilio. A falta de in-

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>mer caso, debe designarse a la persona natural que la represente.</i></p> <p><i>El registrador de personas jurídicas debe enviar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones el título de constitución que careciere de alguno de los requisitos señalados en el primer párrafo del presente artículo.</i></p> <p><i>El Consejo procederá en un plazo no mayor de diez días, con arreglo al artículo 104, incisos 1 a 3, según el caso.</i></p>	<p><i>dicación la denominación corresponderá al nombre del fundador y su domicilio será el lugar de otorgamiento del acto fundacional.</i></p> <p><i>b) La duración de la fundación. A falta de indicación será indefinida.</i></p> <p><i>c) La Junta de Administración y otros órganos de la fundación, sus atribuciones, régimen de funcionamiento y la manera de designarlos en lo sucesivo. A falta de indicación regirá lo dispuesto en los artículos 101-A y 104.4.</i></p> <p><i>d) Los requisitos para la modificación del estatuto. A falta de indicación, los requisitos serán determinados por la Comisión Nacional de Fundaciones.</i></p> <p><i>e) El o los beneficiarios del haber neto resultante en caso de disolución. A falta de indicación se aplica lo dispuesto en el artículo 110.</i></p> <p><i>f) Los demás actos y condiciones que se establezcan.</i></p> <p><i>3. De ser nulo el acto de constitución de la fundación mediante disposición testamentaria, se destinarán los bienes a otra fundación de una finalidad análoga del lugar del domicilio del testador.</i></p>

Gracias al Anteproyecto, una norma que actualmente es bastante larga podría, si por alguna extraña razón fuese aprobada, ser aún más larga, lo que no implica que vaya a ser mejor.

Si hay algo que destaca en la norma propuesta es el afán por utilizar inútilmente la frase *bajo sanción de nulidad*.

Veamos.

En el inciso 1 se sanciona con *nulidad* al acto constitutivo que no señale de manera precisa su finalidad, el patrimonio que se afecta y la designación de las personas que integrarán los órganos de la fundación o la manera de nombrarlas.

En esta parte de la norma se puede apreciar que la Comisión no ha tenido en mente el principio de conservación del acto jurídico, pues si así fuera no se pondrían tantas trabas para su constitución. No entiendo el por qué de esta nulidad cuando no se hubiesen nombrado a las personas que integrarán los órganos o la manera de nombrarlas. Si la finalidad de la fundación es siempre altruista, las normas deberían estar orientadas a que la misma se constituya.

De seguir el criterio de la Comisión, una fundación que haya sido constituida vía testamentaria y en la que se hubiesen designado como miembros de los órganos a personas que rechazaron el cargo o que ya no se encuentran con vida, dicha fundación no existirá nunca pues el acto constitutivo sería nulo pese a que podría haberse optado por recurrir ante el juez para consultar sobre la voluntad del fundador y, así, salvar la nulidad.

En mi opinión, la respuesta que da el Anteproyecto en el inciso 3 también es insatisfactoria, pues ante la nulidad del acto constitutivo por disposición testamentaria, el patrimonio se destina a otra fundación. ¿Por qué acrecentar el patrimonio de otra fundación ya existente cuando hay modos de salvar el acto constitutivo, es decir, de no frustrar la voluntad del fundador?

Por otro lado, en lo que concierne a la potestad que sólo poseen el fundador o la Junta de Fundadores para modificar la finalidad perseguida por la fundación, considero que la Comisión, otra vez, ha sido muy radical. Puede haber un fin que ya no esté en vigencia, pero si ello ocurriese debería permitirse que la fundación modifique su objeto social para que su actividad altruista no se vea reprimida.

Así, por ejemplo, podría haber una fundación constituida en 1920 –cuyo fin fundacional hubiese sido el de proporcionar carruajes y caballos para el traslado de enfermos dentro de zonas urbanas. No obstante, a pesar de que el fundador hubiere fallecido y no haya Junta de Fundadores, debería permitirse que la misma

fundación modifique su finalidad, de donde se sigue que la restricción del inciso 1 constituiría un obstáculo más.

En el inciso 2 la Comisión ha decidido sancionar con nulidad el acto constitutivo que no contenga el estatuto de la fundación, señalando además los datos que dicho estatuto debe indicar. Lo curioso –por decirlo de alguna manera– es que si leemos cada uno de esos datos, vemos que en uno y otro caso la ley salva su omisión.

Siguiendo la lógica intrínseca de esta norma, se podría llegar al absurdo de considerar válido aquel acto constitutivo que contenga el estatuto de la fundación en blanco, es decir, sin que en él se indique absolutamente nada, pues a falta de indicación se sigue lo dispuesto en los propios literales del inciso 2. En cambio, será nulo el acto constitutivo que no contenga dicho estatuto, a pesar de que en estricto se estaría –en los hechos– ante una situación similar a la del estatuto en blanco y, en consecuencia, no debería haber inconveniente en aplicar de manera supletoria los mismos literales.

En los hechos, por tanto, a dos supuestos similares la Comisión ha considerado conveniente otorgar consecuencias jurídicas diametralmente distintas. A un supuesto le otorga validez, al otro lo condena con la nulidad.

Dicho esto, queda ahora la tarea de revisar los seis literales que componen el inciso 2, propuesto.

En el literal a) la Comisión ha establecido que ante la falta de denominación, corresponderá asignar a la fundación el nombre del fundador. En lo personal no necesariamente me parece la idea más adecuada, pues podría darse el caso de que quien fuera fundador se caracterizara por su modestia. Además, es evidente que si el fundador hubiera querido dar su nombre a la fundación, lo hubiera hecho. Creo que lo más conveniente sería permitir que sea la fundación misma la que *se bautice*; es decir, no veo motivo alguno para no diferir la denominación a un momento posterior, para que sea efectuada por el órgano de gobierno de la fundación. El nombre, al fin y al cabo, no deja de ser accesorio.

El siguiente literal –el b)– señala que cuando no se indique la duración de la persona jurídica, tal duración se considerará indefinida, lo cual resulta lógico pues la mayoría de fundaciones se caracterizan por su vocación de permanencia.

El literal c) se centra en la Junta de Administración y los otros órganos de la fundación. Este precepto se remite, ante el silencio del estatuto, a los artículos 101-A y 104.4, propuestos.

Sobre este tema considero necesario remitirme a lo expresado con ocasión de mis comentarios al inciso 1 propuesto, pues como se recordara allí, se exigía, bajo sanción de nulidad, que se señalara a quienes integrarían los órganos de la fundación o la manera de nombrarlos. Entonces, me pregunto, si no señalo quiénes son esas personas y tampoco la manera de nombrarlas, el acto constitutivo es nulo o se aplica el literal c) del inciso 2 –y, en consecuencia, no hay nulidad–. La segunda de las opciones me parece la más acertada, por respetar el principio de conservación del acto jurídico, así como la voluntad del fundador, evitando, a su vez, que la finalidad altruista que se persigue se vea frustrada.

En el literal d) se otorga facultad a la Comisión Nacional de Fundaciones para establecer los requisitos para la modificación del estatuto cuando en él no se ha indicado nada al respecto. Lo interesante de este literal es que se menciona por primera vez a la Comisión Nacional de Fundaciones que, en realidad, es simplemente el nombre con el que la Comisión ha querido, sin justificación alguna, rebautizar al antiguo Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

Gracias a este *rebautizo* será necesario también realizar modificaciones, varias de ellas a la Ley Orgánica del Sector Justicia. Así, por ejemplo, será necesario modificar su artículo 28 en el que actualmente se establece que «El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, es un órgano de competencia nacional encargado de elaborar y proponer las normas que se requieran para el mejor funcionamiento, control y vigilancia de las fundaciones así como supervisar el cumplimiento de la legislación y estatutos que las rigen y de llevar el Registro Nacional de las mismas. El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones cuenta con una Secretaría Técnica que le brinda apoyo técnico y administrativo».

Tal parece que las enmiendas *urgentes* y *necesarias* no sólo no revisten tales características, sino que además arrastran consigo todo lo que encuentran a su paso.

En el literal e), vemos nuevamente una remisión, esta vez al artículo 110, en el que se reitera, sin que ello sea necesario, que el

o los beneficiarios del haber neto resultante se encuentren indicados en el acto constitutivo o en el estatuto. Es recién en la segunda parte del artículo en donde se dice algo distinto a lo ya establecido en el artículo 101, precepto en el que se concede la decisión al Juez en lo Civil. La Comisión bien pudo haber ahorrado espacio y señalarlo todo en una sola norma.

En el último de los literales, esto es, el literal f), se dispone que el estatuto también deberá contener los demás actos y condiciones que se establezcan. Como resulta obvio, este literal está demás. Si se supone que es la propia ley la que va a señalar las condiciones y requisitos necesarios, cuál es la necesidad de agregar un literal que diga lo que ya sabemos, esto es, que si se establecen requisitos fuera de este artículo, ellos también deben cumplirse.

Pero lo anterior no es lo único que resulta curioso, sino también el énfasis que pone la Comisión en esa *sanción de nulidad*, a pesar de que en los artículos VIII y IX del Título Preliminar, propuesto, la misma Comisión concede al legislador la posibilidad de convertir un acto nulo en uno válido, aunque la nulidad sea consecuencia de la naturaleza fraudulenta del acto o de constituir una violación al orden público y a las buenas costumbres.

• TODO UN REGLAMENTO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 101-A.- Junta de Administración</p> <p>1. En toda fundación deberá existir una Junta de Administración. El número de sus integrantes será siempre impar con un número mínimo de tres. El presidente de la Junta de Administración es el representante legal de la fundación.</p> <p>2. Corresponde a la Junta de Administración:</p> <p>a) Dirigir y administrar la fundación.</p> <p>b) Cumplir y hacer cumplir la voluntad del fundador, el estatuto y</p>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>las resoluciones de la Comisión Nacional de Fundaciones.</p> <p>c) Conservar y de ser el caso acrecentar el patrimonio de la fundación.</p> <p>d) Realizar los actos y celebrar toda clase de contratos que sean necesarios para el cumplimiento de la finalidad de la fundación.</p> <p>e) Aplicar los recursos y rentas a la finalidad de la fundación.</p> <p>f) Aprobar los estados financieros y el informe de gestión de la fundación y presentarlos a la Comisión Nacional de Fundaciones, para su conocimiento, dentro de los primeros cuatro meses del año.</p> <p>g) Reglamentar su funcionamiento interno, cuando no se haya indicado en el estatuto.</p> <p>h) Decidir la creación de la Gerencia u otros órganos, su composición y la forma de designar a sus integrantes, así como nombrar apoderados señalando sus facultades.</p> <p>i) Las demás que señalen la ley y el estatuto.</p>

A partir de este artículo se hace más que evidente, otra vez, el afán reglamentarista que caracteriza al Anteproyecto. Nuevamente se manifiesta el deseo de la Comisión de querer abarcarlo todo, de querer decirlo todo, lo que, en mi opinión, es un afán cuyas consecuencias suelen ser más perjudiciales que beneficiosas.

El inciso 1 destaca, dentro de este esquema, por su inutilidad por más de una razón. En principio, estoy convencido de que hubiera bastado con señalar que la Junta de Administración es un ór-

gano de la fundación; decir que el número de integrantes será siempre impar me parece innecesario. Creo que decidir el número y la forma de votación (como, por ejemplo, que el Presidente tenga voto dirimente), debería ser una facultad de la propia fundación.

Por otro lado resulta absurdo que, tras disponer que el número deberá ser siempre impar, se indique también que el mínimo es 3. ¿Qué otro número impar podría ser?, ¿1?; es evidente que no, porque si fuera un solo miembro ya no estaríamos en presencia de una Junta.

Por último, la segunda parte del inciso 1 propuesto, es innecesaria, porque en el numeral 79-A ya se indicó expresamente que el presidente de la Junta de Administración es el representante legal de la fundación.

Por otra parte, el inciso 2 propuesto, se caracteriza por su gran extensión, la misma que no me extraña dentro del Anteproyecto.

El literal a) se limita a decir que es a la Junta a la que corresponde administrar y dirigir la fundación. Parece que la Comisión ha juzgado como *urgente* y *necesario* señalar aquello expresamente para que nadie se confunda y crea que el órgano de la fundación denominado como Junta de *Administración*, no tiene a su cargo la *administración* de la misma.

El siguiente literal —el b)— destaca por mencionar a la Comisión Nacional de Fundaciones, la cual, repito, no es otra cosa que el actual Consejo de Supervigilancia de Fundaciones rebautizado por puro gusto.

Pienso que el literal c) pudo haberse redactado de una manera distinta. No creo necesario que se deba señalar que la Junta debe acrecentar el patrimonio de la fundación. En mi opinión bastaba con decir que debía conservarlo.

Ello, pues hay patrimonios sujetos a determinados valores que pueden disminuir inevitablemente sin culpa de la Administración. La disminución y el aumento de un patrimonio es natural, de allí que la idea central es siempre la conservación.

En lo que respecta al literal d), pienso que éste sólo puede ser producto de un momento de distracción. No encuentro otra manera de justificar que en dicho precepto se haya señalado que le corresponde a la Junta de Administración celebrar toda clase de contratos.

La Junta no celebra los contratos, esa es tarea del presidente de la Junta. Ello es lógico, pues la Junta, como órgano, no *realiza* o celebra contratos. Lo que sí puede hacer, y de hecho lo hace, es aprobar los actos o contratos que no formen parte de la administración ordinaria. Los que sí forman parte de la administración ordinaria de la Fundación no requieren aprobación por parte de la Junta, ya que son celebrados por su representante legal, esto es, por el presidente de la Junta de Administración.

Resulta curioso que en el siguiente literal —el e)—, se haya preferido utilizar el término *aplicar*, cuando la expresión más adecuada y precisa era la de *destinar*. Al margen de esto, el literal e) se presenta, al igual que la gran mayoría de las enmiendas que forman parte del Anteproyecto, como innecesario.

Decimos esto, pues resulta evidente que, en tanto la fundación tiene una finalidad, todas sus actividades deben estar orientadas a cumplirla y, por consiguiente, el fundador, la Junta de Fundadores y la Junta de Administración deben destinar el patrimonio a esa finalidad.

Nuevamente y para seguir haciendo gala de constancia, se ha tenido a bien normar todo aquello que se sobreentiende.

De los últimos tres literales no creo que haya nada que decir, excepto que son en extremo reglamentaristas. Yo no estoy de acuerdo con que un Código Civil, ni el nuestro ni ningún otro, deba descender a este nivel.

• TRABANDO LA JUNTA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 101-B.- Junta de Fundadores</p> <p>1. En las fundaciones constituidas por escritura pública puede existir una Junta de Fundadores. Si existiera un solo fundador, éste podrá asumir las atribuciones establecidas en el presente artículo. Si el fundador es una persona jurídica, ésta deberá desig-</p>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p><i>nar como representante a una persona natural.</i></p> <p>2. <i>La calidad de fundador y las atribuciones de la Junta de Fundadores son intransmisibles, pero delegables.</i></p> <p>3. <i>Si el fundador forma parte de la Junta de Fundadores no puede ser apoderado ni integrar otro órgano de la fundación ni asumir la Gerencia, si la hubiere.</i></p> <p>4. <i>Son atribuciones de la Junta de Fundadores:</i></p> <p>a) <i>Controlar los actos de la Junta de Administración.</i></p> <p>b) <i>Solicitar a la Junta de Administración la remoción del Gerente o los integrantes de otros órganos si los hubiere.</i></p> <p>c) <i>Disponer que con cargo a la fundación se realicen las auditorías necesarias informando de tal decisión a la Comisión Nacional de Fundaciones.</i></p> <p>d) <i>En defecto de disposición estatutaria, designar a los nuevos administradores.</i></p>

Creo conveniente señalar, en primer término, que la Junta de Fundadores ya había sido mencionada en artículos anteriores; sin embargo, no se ha aclarado hasta ahora –y tampoco lo hace el artículo 101-B– cuál es su jerarquía con respecto de la Junta de Administración.

En el inciso 1, propuesto, se dispone que la existencia de una Junta de Fundadores no es obligatoria. Sólo existirá si ello se indica en el acto constitutivo.

Algo que llama la atención es que, al imponer como requisito la escritura pública, se niegue la posibilidad de que una fundación

constituida por vía testamentaria cuente con una Junta de Fundadores. No entiendo por qué se rechaza la posibilidad de que el fundador que constituye la fundación por esa vía disponga allí mismo, de acuerdo a su voluntad, que la Junta de Fundadores esté compuesta, por ejemplo, por sus descendientes.

Además de esa decisión injustificada, este inciso destaca por reiterar aquello que no está en debate, aquello que absolutamente todos conocen: Que si el fundador es una persona jurídica, deberá designar como representante a una persona natural. Dudo que haya siquiera un estudiante de Derecho que no sepa que una persona jurídica, por su propia naturaleza, nunca actúa por sí misma, pues no puede hacerlo; siempre requiere de personas naturales que actúen en su nombre.

El inciso 2 propuesto, rechaza, por su parte, que la calidad de fundador y las atribuciones de la Junta de Fundadores sean transmisibles. En principio, entonces, por esta disposición se establece que aquello no podrá ser cedido ni por acto de cesión *mortis causa* ni por acto de cesión *inter vivos*. Con esto se está afirmando que la calidad de fundador y las atribuciones de la Junta de Fundadores son *intuitu personae*.

Sin embargo, en el mismo inciso se sostiene que aquello que se supone es *intuitu personae* es delegable. Ahora bien, aunque las atribuciones de la Junta puedan ser delegadas, ¿cómo es posible delegar la calidad de fundador? ¿Acaso el fundador que delega su condición deja de ser fundador por el tiempo que dure aquella delegación y quien ha sido delegado se convierte en fundador?

En mi opinión lo que la norma está posibilitando –además del absurdo de decir que algo que no se puede hacer sí se puede hacer–, es que la calidad de fundador y las atribuciones de la Junta de Fundadores sean transmisibles temporalmente. Al fin y al cabo la delegación es una forma de cesión, en tanto por esa vía y gracias a esta norma, se pueden lograr los mismos efectos prácticos en uno y otro caso.

Por su parte, el inciso 3 propuesto, se encarga de negar la posibilidad de que el fundador que forma parte de la Junta de Fundadores pueda ser apoderado o pueda integrar otro órgano de gobierno o pueda asumir la gerencia de la fundación. Pero, ¿por qué

esa restricción? ¿Acaso el fundador no es el más interesado en sacar adelante la fundación que él mismo constituyó, afectando su patrimonio? Mal haría la ley en poner este tipo de limitaciones cuando es el fundador el más interesado en la buena marcha de la fundación, en que se cumpla con la finalidad altruista que él mismo escogió.

El inciso 4 propuesto, se encarga de señalar las atribuciones de la Junta de Fundadores, mas no aclara la posición que tiene aquélla respecto de la Junta de Administración. No esclarece la norma propuesta si la Junta de Fundadores se encuentra o no en una posición jerárquica superior, ya que se limita a mencionar sus funciones.

En el literal a) se le otorga la facultad de controlar los actos de la Junta de Administración, mas no se especifica si ese control implica vigilar que se cumplan dichos actos o si, incluso, podría regularlos y enmendarlos. Lo más coherente sería asumir que se trata de lo primero.

El literal b) concede la facultad de solicitar la remoción del Gerente o los integrantes de otros órganos; empero, no se dice si la Junta de Administración se encuentra obligada a aceptar y cumplir con dicha solicitud. Debido al empleo del término *solicitud*, me inclino a pensar que no se trata de una potestad de la Junta de Fundadores y, por ende, podría generarse un conflicto con la Junta de Administración si ésta rechaza la solicitud.

Sobre el literal c) no hay nada que decir, pues prácticamente deriva de lo dispuesto en el literal a), ya que constituye un mecanismo de control respecto de los actos de la Junta de Administración.

Ante una omisión en el estatuto, el literal d) le brinda la facultad de designar a los nuevos administradores, lo que no significa que tenga el poder para removerlos. Así, se entiende que podrá designar a los nuevos administradores cuando los anteriores hayan concluido con su período, hayan renunciado, o cuando la Junta de Administración haya aceptado la solicitud de remoción de la Junta de Fundadores.

• EVIDENTE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 102.- <i>La facultad de revocar no es transmisible. El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable.</i>	Artículo 102.- Revocación del acto de constitución 1. <i>El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable. El fundador o los fundadores tampoco podrán revocar el acto constitutivo de la fundación si, antes de su inscripción, iniciara sus actividades.</i> 2. <i>La facultad de revocar no es transmisible.</i>

El precepto contenido en el artículo 102, propuesto, se centra, de manera imperfecta en la revocación del acto constitutivo.

Así, el inciso 1 se inicia señalando que el acto de constitución de la fundación una vez inscrito es irrevocable. Tal afirmación, que también se encuentra en el texto de la norma vigente, resulta innecesaria.

Como bien se sabe, las personas jurídicas, entre las que se incluye a la fundación, tienen vida para el Derecho a partir de su inscripción en el registro. De esta manera, si una persona jurídica es inscrita, resulta imposible revocar su existencia, simplemente porque ya tiene tal existencia para el ordenamiento jurídico y los mecanismos para disolverla y extinguirla son distintos a la revocación.

Por otro lado, también en el inciso 1, se indica que si la fundación inició sus actividades a pesar de no haber sido inscrita, el fundador o los fundadores no podrían revocar el acto constitutivo. Frente a esta norma cabría preguntar a partir de qué momento se considera que la fundación ha iniciado sus actividades, pues de eso dependerá la posibilidad de que el fundador (que por algún motivo se haya arrepentido o que por problemas económicos ya no pueda afectar su patrimonio sin verse perjudicado) pueda revocar.

En el inciso 2 se opta por reiterar otra afirmación que, aunque también presente en el Código Civil actual, se caracteriza por sobrar.

En primer lugar, resulta curioso que se señale que la facultad de revocar no es transmisible, cuando por definición se sabe que, en efecto, dicha facultad es *intuitu personae*, de donde se sigue que sólo puede revocar algo aquél que ha hecho algo. En el caso de la fundación resulta entonces evidente que únicamente podrá revocar el acto constitutivo aquel que tenga la calidad de fundador, lo que gracias al artículo 101-B inciso 2, es ahora confuso.

En todo caso lo cierto es que, en tanto el carácter intransmisible de la revocación se encuentra implícito en la definición, en la esencia misma del término *revocación*, no resulta ni *urgente* ni *necesario* indicarlo.

Por último, cabe decir que, en estricto, la facultad de revocar, de ser transmisible, sólo podría serlo antes de que el acto constitutivo fuera inscrito y antes de que la fundación inicie sus actividades, pues ambos supuestos ya se encuentran regulados en el inciso 1.

• INÚTIL

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 103.- El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones es la organización administrativa encargada del control y vigilancia de las fundaciones. Su integración y estructura se determinan en la ley de la materia.	Artículo 103.- Se deroga.

No entiendo por qué la Comisión propone derogar el actual artículo 103. Si bien el cambio del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones por la Comisión Nacional de Fundaciones me parece inútil y, como tal, no es ni *urgente* ni *necesario*, en vista de que la Comisión lo propone, debería haber aprovechado el artículo 103 para definirlo.

Claro que como hasta ahora el cambio parece ser más nominal que otra cosa, hubiera bastado, probablemente, con repetir el tex-

to vigente modificando sólo la denominación. Así, al menos, nos remitirían a una norma sobre la materia que nos permitiría entender y reconocer mejor las características, la estructura y las funciones de ese órgano.

• TROPEZANDO CON LA MISMA PIEDRA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 104.- El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones ejerce las siguientes funciones básicas: <ol style="list-style-type: none"> 1. Indicar la denominación y domicilio de la fundación, cuando no consten del acto constitutivo. 2. Designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituirlos al cesar por cualquier causa en sus actividades, siempre que no se hubiese previsto, para ambos casos, en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos. <p>En el caso previsto en el párrafo anterior, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones, los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias. Asimismo, en dicho supuesto, el cargo de administrador es indelegable.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de 	Artículo 104.- Comisión Nacional de Fundaciones La Comisión Nacional de Fundaciones es el organismo público que ejerce las siguientes funciones: <ol style="list-style-type: none"> 1. Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas envían copia a la Comisión al menos treinta días antes de la fecha de inicio del año económico. 2. Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos para el cumplimiento del fin fundacional o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente. 3. Impugnar los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley. La impugnación se tramita como proceso abreviado; la demanda de nulidad o de anulación como proceso de conocimiento. 4. Designar a los administradores sucesivos cuando el acto constitutivo o el estatuto no establezcan la manera de hacerlo y el fundador o la junta de fundadores no formen

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniera a los fines de la fundación.	parte de la fundación.
4. Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas elevan copia de los mismos al Consejo al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico.	5. Intervenir en los procesos en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación.
5. Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso.	6. Llevar un registro administrativo de fundaciones.
6. Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente.	7. Las demás previstas en el presente Código.
7. Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta.	
8. Disponer las auditorías necesarias.	
9. Impugnar judicialmente los	

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley. La impugnación se tramita como proceso abreviado; la demanda de nulidad o de anulación como proceso de conocimiento.	
10. Intervenir como parte en los juicios en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación.	
11. Designar al liquidador o a los liquidadores de la fundación a falta de disposición en el acto constitutivo.	
12. Llevar un registro administrativo de fundaciones.	

No estoy de acuerdo con que se regule en el Código Civil lo referente a las funciones de la propuesta Comisión Nacional de Fundaciones o el actual Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. En mi opinión ello es propio de un reglamento o de una ley que norme la materia. Es casi como si en el Libro de Familia del Código Civil se dedicaran varios artículos a la regulación del INABIF, cuando lo propio es que exista una ley especial a la que el Código pueda remitirse.

Sin perjuicio de lo anterior, al contrastar ambos artículos (el vigente y el propuesto) se puede apreciar que los doce incisos del texto vigente han sido reducidos a siete. Han sido omitidos los incisos 3, 5, 7, 8 y 11, reduciendo con ello las funciones del actual Consejo de Supervigilancia de Fundaciones (la aún no nata Comisión Nacional de Fundaciones).

El inciso 1 del artículo 104 del Anteproyecto es una repetición del actual inciso 4.

Por su parte, el inciso 2 propuesto repite el texto del vigente inciso 6. No creo que esta norma sea adecuada, pues no es extraño que las fundaciones prefieran mantener su autonomía y que la voluntad del fundador se oriente a no vincularse con otras fundaciones. De este modo, pienso que la coordinación debería promoverse, mas no imponerse. En tal sentido, considero más acertada la redacción actual de la norma, pues brinda mayores límites, al circunscribir la coordinación cuando los bienes de las fundaciones que tienen fines análogos resulten insuficientes. El problema es que en ambos preceptos se indica también que se coordinará cuando ello determine una acción más eficiente, lo cual, por la vaguedad con la que se suelen tomar esas expresiones, podría dar lugar a una aplicación indiscriminada de esta norma, lo que en los hechos no va a ser siempre lo más conveniente.

El inciso 3 propuesto es copia el texto del actual inciso 9. Si hay algo por lo que destaca el inciso 3 es por no concederle a la Comisión Nacional de Fundaciones la facultad y función de impugnar también los actos de la Junta de Fundadores que sean contrarios a la ley o al acto constitutivo, supuesto que podría darse y, por ende, debería preverse.

Sobre el inciso 4 propuesto ya me he pronunciado al analizar el artículo 101 inciso 1 del Anteproyecto. Allí se sanciona con nulidad el acto constitutivo cuando en él no se nombrara a las personas que formarían los órganos de gobierno o no se indicara la forma de designarlas; no obstante, se otorgaba a la Comisión Nacional de Fundaciones supletoriamente la función de designarlas.

El inciso 5 y el inciso 6 propuestos tan sólo transcriben el contenido del inciso 10 y del inciso 12 vigentes, respectivamente.

Por último, el inciso 7 propuesto, sin precedentes, dice lo obvio. ¿Acaso se considera que de otra manera no podríamos darnos cuenta de que cuando el Código dice algo respecto a las funciones de la Comisión Nacional de Fundaciones en algún otro artículo, aquél también le es aplicable?

• CON NUMERITOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 105.- Los administradores están obligados a presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, para su aprobación, las cuentas y el balance de la fundación, dentro de los cuatro primeros meses del año.	Artículo 105.- Administradores 1. El cargo de administrador es indelegable. 2. Los beneficiarios y sus representantes están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones.

Sobre esta norma no hay mucho que comentar. Basta con expresar que la Comisión no dice nada nuevo en ninguno de los incisos que componen el artículo propuesto.

El inciso 1 se limita a establecer lo evidente, esto es, que el cargo de administrador es indelegable, lo que nunca ha estado en duda, pues nadie discute la calidad *intuitu personae* del cargo.

El inciso 2 lo que hace es repetir lo que el Código Civil vigente señala en el segundo párrafo del inciso 2 del artículo 104. En otras palabras, en este precepto se ha reubicado una norma que rige actualmente, por lo que en estricto no hay modificación esencial alguna.

• MÁS REGLAMENTO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 106.- El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar las cuentas y el balance anuales de la fundación o si éstos fueron desaprobados y en otros casos de incumplimiento de sus deberes. <i>A pedido de parte, el juez de</i>	Artículo 106.- Acciones judiciales contra los administradores 1. La Comisión Nacional de Fundaciones está legitimada para demandar judicialmente a los administradores la presentación de los estados financieros y los informes de gestión. La demanda se tramita como proceso abreviado y la caducidad se produce al año de vencido el plazo para su presentación.

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>primera instancia puede, por causa justificada, suspender a los administradores.</p> <p>Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.</p> <p>Los administradores suspendidos son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.</p> <p>La demanda de presentación de cuentas y balances y la de suspensión de los administradores en su cargo, se tramitan como proceso abreviado. La demanda de desaprobación de cuentas o balances y la de responsabilidad por incumplimiento de deberes, como proceso de conocimiento.</p>	<p>2. También está legitimada para demandar la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus funciones. La demanda se tramita como proceso de conocimiento y la caducidad se produce a los dos años computados a partir de conocido el incumplimiento.</p> <p>3. Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.</p> <p>4. Los administradores cesados son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el estatuto, por la Junta de Fundadores o por la Comisión Nacional de Fundaciones, según corresponda.</p>

Son varias las apreciaciones que debemos formular sobre las enmiendas que propone la Comisión.

En primer lugar, queremos hacer notar que la primera parte del inciso 1 es una repetición del texto vigente. No obstante, en la segunda se ha realizado un agregado, estableciéndose la vía y el tiempo de caducidad que rigen en los casos en que la Comisión Nacional de Fundaciones demande a los administradores la presentación de los estados financieros y los informes de gestión.

Si hay algo que llama la atención es el plazo tan breve por el que se ha optado, el mismo que, además, es un plazo de caducidad. Resulta difícil de entender cuál ha sido el criterio que ha

orientado esta decisión, en especial cuando es por todos conocido que en nuestro país la mayoría de organismos públicos, ya sea por su falta de recursos o por otros problemas, no se caracterizan por su eficiencia.

Es muy probable que, en la mayoría de casos, la Comisión Nacional de Fundaciones recién se percate de las irregularidades y requiera la presentación de esos estados financieros e informes de gestión algún tiempo después del debido. Por si fuera poco, es a partir de esos documentos que la Comisión Nacional de Fundaciones podría evaluar el adecuado funcionamiento de la fundación y, sin embargo, transcurrido el año ya no podría demandar su presentación, permitiéndose así que malos manejos queden encubiertos.

Otro punto que nos llama la atención es el relativo a que la presentación de los estados financieros y los informes de gestión, constituyen funciones que tienen los administradores, de donde se sigue que la no presentación constituye una omisión, esto es, un incumplimiento de sus funciones.

Así las cosas, al supuesto de hecho regulado en el inciso 1 también le es aplicable lo dispuesto en el inciso 2. La Comisión Nacional de Fundaciones está legitimada para demandar la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de sus funciones, incluida la omisión normada en el inciso 1. La vía en esta demanda por responsabilidad es el proceso abreviado y el plazo de caducidad es de dos años, contado a partir de conocido el incumplimiento.

Ahora bien, una pregunta clave frente a estas normas es qué se demanda, o, mejor dicho, cuál sería la pretensión.

En el inciso 1, que no excluye la aplicación del inciso 2, es evidente que la pretensión está dirigida, simplemente, a que los administradores presenten los estados financieros y los informes de gestión. El inciso 2, en cambio, resulta mucho más confuso.

No queda para nada claro qué acepción de la palabra *responsabilidad* se está empleando en este precepto. Si se refiere a la responsabilidad civil como institución, la demanda debe tener como pretensión que el responsable, esto es, el administrador que incumplió sus funciones, repare el daño que ha ocasionado.

Siguiendo este razonamiento cabe preguntar a quién debe repa-

rar el administrador; ¿quién es la víctima, la fundación ante la cual el administrador ha incumplido sus funciones o la Comisión Nacional de Fundaciones, que al encontrarse legitimada para demandar, también debe estarlo para recibir la reparación?

Ambas interrogantes no encuentran respuesta en estas normas.

Otro problema que se deriva de lo anterior es que se señala un plazo distinto al que rige en los supuestos generales de responsabilidad civil. Y el plazo no es de prescripción, sino de caducidad, con lo que podemos asumir que, si estamos frente a un caso de responsabilidad civil, se trataría de un supuesto especial.

De este modo, aparte de la responsabilidad civil de las personas jurídicas, también se estaría regulando un supuesto más específico, el de la responsabilidad civil de los administradores de las fundaciones. El Anteproyecto contempla, desde esta perspectiva, las normas generales de responsabilidad civil, la responsabilidad civil específica de la persona jurídica y una responsabilidad aún más específica, la de los administradores de la fundación.

Sin embargo, la palabra *responsabilidad* puede tomarse también en una acepción distinta, usando su significado lato, de modo que, concordando el inciso 2 y el inciso 3, la demanda de responsabilidad tendría como pretensión que declarada la *responsabilidad*, los administradores cesen automáticamente en el ejercicio de sus funciones.

Esta interpretación pierde fuerza cuando, en el mismo inciso 3 se dispone que la declaración de esa responsabilidad no impide que se ejerza la acción penal a la que hubiere lugar, lo que nos lleva a pensar que la responsabilidad regulada es la responsabilidad civil.

Como podemos apreciar, no son escasos los problemas que se derivan de esta norma, empezando por los problemas de interpretación a los que da lugar. No es descabellado interpretar este artículo, de modo que se entienda al supuesto de hecho regulado como un tipo especial de responsabilidad civil.

Pero ello no es lo más grave, pues esta situación puede generar una consecuencia aún más seria: la responsabilidad solidaria e ilimitada de todos los que formen parte de la fundación, en aplicación de los artículos 78-B y 78-C, propuestos.

Esta *enmienda*, entonces, lejos de *enmendar* algo, se encarga de enredarlo todo, de forma tal que las consecuencias de su aplicación serían por mucho más perjudiciales que beneficiosas.

Sobre el inciso 4 ya nos hemos pronunciado, por lo que simplemente nos remitimos a lo comentado en su oportunidad.

• AGRAVANDO LOS ERRORES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 107.- <i>El administrador o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.</i></p> <p><i>La prohibición se hace extensiva a las personas jurídicas de las cuales sean socios tanto el administrador o los administradores de la fundación, como sus parientes en los grados señalados en el párrafo anterior.</i></p>	<p>Artículo 107.- Personas prohibidas para contratar con fundaciones</p> <p>1. <i>Los fundadores o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa de la Comisión Nacional de Fundaciones.</i></p> <p>2. <i>Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplica a las sociedades de las cuales sean socios tanto los fundadores como los administradores de la fundación.</i></p>

El artículo propuesto mantiene, en su primer inciso, uno de los errores de los que adolece el precepto actual, esto es, no menciona al cónyuge de los fundadores o de los administradores de la fundación como una persona prohibida para contratar con las fundaciones. Esa omisión, aunque pueda parecer inocua para muchos, no lo es. No olvidemos que el cónyuge no tiene parentesco alguno con el titular, ni por consanguinidad, ni por afinidad. Simplemente es cónyuge; pero con mayor razón debería serle extensiva la prohibición establecida en el artículo bajo examen.

Consideramos que si la función del Anteproyecto de Enmiendas es, justamente, enmendar, debería corregirse este defecto, aun más

cuando aquél ha sido y es materia de críticas y comentarios en Derecho de Familia.

Las enmiendas tienen por finalidad resolver problemas; no obstante este problema ha sido ignorado, como puede percibirse desde el proyectado artículo XI del Título Preliminar.

Asimismo, en este inciso, se ha ampliado la restricción extendiéndola no sólo a los administradores y sus parientes, sino también a los fundadores y su familia.

Frente a esta situación consideramos que la pregunta a contestar es si, en efecto, resulta conveniente, *urgente* o *necesario*, realizar esa modificación.

Pensemos, por ejemplo, en una fundación que cuente entre sus fundadores con el abogado que encabeza uno de los estudios más importantes de Lima. Debido a esta restricción, la fundación no podría valerse de sus servicios, por más de que si lo hiciera no atentaría contra su finalidad o la voluntad fundacional. Además, ¿acaso no son los fundadores, es decir, aquellos que afectaron su patrimonio para constituir la fundación y quienes establecieron su fin altruista, los más interesados en que la fundación marche bien?

En el segundo inciso propuesto, la Comisión ha considerado conveniente reducir la restricción, que actualmente abarca a toda persona jurídica, a las sociedades, es decir, a las personas jurídicas con fines de lucro. No podemos negar que sorprende un poco la mencionada restricción pues, al menos hasta el momento, la tendencia del Anteproyecto ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación de las normas.

La Comisión no explica el por qué de este cambio, de modo que suponemos que el criterio que ha tenido en cuenta es simplemente el de la finalidad de lucro que persiguen las sociedades. No obstante, si lo que en estricto se quería evitar era que alguien se aproveche de su posición y realice actos fraudulentos, se enriquezca indebidamente o, en general, contravenga el ordenamiento jurídico, lo cierto es que todas esas posibilidades también pueden concretarse cuando las personas jurídicas no tienen un fin lucrativo.

Por último, cabe cuestionar también, por qué estas restricciones se aplican de manera específica al caso de las fundaciones, por qué la Comisión no las ha extendido a todas las personas jurídicas sin fines de lucro. Cuál es la razón de restringir a unas y no a las otras.

• ¿QUÉ HAY DE NUEVO, VIEJO?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 108.- El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al Juez Civil:</p> <p>1. La ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida (sic) por el fundador.</p> <p>2. La modificación de los fines, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99.</p> <p>La pretensión se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público, considerando como emplazados a los administradores de la fundación.</p>	<p>Artículo 108.- Ampliación y modificación de la finalidad de la fundación</p> <p>1. Cuando los fundadores no formen parte de la fundación, la Comisión Nacional de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad de ellos, puede solicitar al Juez Civil:</p> <p>a) La ampliación de la finalidad de la fundación a otra análoga, cuando el patrimonio resulte notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador.</p> <p>b) La modificación de la finalidad por otra análoga cuando la original no pudiera satisfacerse.</p> <p>2. La pretensión se dirige contra la fundación y se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público.</p>

En realidad no hay mucho que decir sobre las modificaciones propuestas para el artículo 108 pues, en esencia, la norma sigue diciendo lo mismo. Las variaciones no son significativas, careciendo, al igual que tantas otras enmiendas planteadas, de *urgencia* y *necesidad*.

En el inciso 1 se ha agregado la expresión *Cuando los fundadores no formen parte de la fundación*. Este agregado tiene una explicación muy sencilla. Como ya hemos advertido, en el artículo 101, inciso 1 del Anteproyecto se señala que sólo el fundador o la Junta de Fundadores podrán cambiar la finalidad, de modo que para no perder coherencia se requería de esta aclaración.

Asimismo, se ha cambiado el nombre del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones por el de Comisión Nacional de Fundaciones, variación que, volvemos a subrayar, es superflua e inútil.

En los literales a) y b) no se han registrado mayores cambios, ya que el sentido de las normas es el mismo.

Por su parte, el inciso 2 simplemente señala que la pretensión se dirige contra la fundación, afirmación de evidencia palmaria. ¿Contra quién más podría ser?

• EN EL LIMBO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 109.- El Consejo de Supervigilancia puede solicitar la disolución de la fundación cuya finalidad resulte de imposible cumplimiento.</p> <p>La demanda se tramita como proceso abreviado ante el Juez Civil de la sede de la fundación, emplazando a los administradores.</p> <p>La demanda será publicada por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional, mediando cinco días entre cada publicación. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</p>	<p>Artículo 109.- Disolución de la fundación</p> <p>1. Si la finalidad de la fundación resulta de imposible cumplimiento y no fuera posible su modificación conforme a lo previsto en el párrafo 1, inciso b), del artículo 108, la Junta de Fundadores, la Junta de Administración o, en su defecto, la Comisión Nacional de Fundaciones pueden solicitar al Juez Civil de la sede de la fundación la disolución de ésta y la aprobación de las reglas para proceder a su liquidación.</p> <p>2. Se considera que la finalidad de la fundación es imposible:</p> <p>a) Cuando sea contraria al orden público o a las buenas costumbres.</p> <p>b) Por carencia o limitación de recursos o la supresión de las necesidades del conjunto de personas beneficiadas.</p> <p>3. La demanda se tramita como proceso abreviado. Un extracto de ella y el auto admisorio serán publicados por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional.</p> <p>4. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</p>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>5. En los casos de vencimiento de plazo de la fundación o cumplimiento de su finalidad, la Junta de Fundadores o, en su defecto, la Junta de Administración acordará la disolución y aprobará las reglas para proceder a su liquidación.</p>

El proyectado artículo 109, considerablemente más extenso que el artículo vigente, presenta, en nuestra opinión, serios defectos, algunos de forma, otros de fondo.

El primero de esos defectos es puramente formal. Al redactar el inciso 1 la Comisión parece haber olvidado que los artículos del Anteproyecto no se encuentran divididos en párrafos. Para ser coherente con ella misma, la redacción correcta sería «*inciso 1, literal b*»; ello, independientemente de que la excesiva división en incisos y literales no ayuda a una lectura fluida de la norma; más bien la entorpece.

Al margen de ello, el inciso 1 acarrea inconvenientes graves. En este precepto se ha extendido a la Junta de Fundadores y a la Junta de Administradores la posibilidad de solicitar al Juez Civil la disolución de la fundación cuando su finalidad no fuera posible de cumplir ni tampoco pudiera modificarse.

Tal cual se encuentra redactado este inciso no queda claro si el orden en que se señala a los legitimados para solicitar la disolución es un orden excluyente o no. A decir verdad, la manera en que ha sido construida esta norma parece indicar que cualquiera de los allí nombrados puede realizar la solicitud, con lo que podría generarse, por ejemplo, un conflicto entre lo que piense la Junta de Fundadores y lo que desee la Junta de Administradores, siendo suficiente con que una de ellas solicite la disolución.

Sin perjuicio de lo anterior, somos de la idea de que la Comisión debió tomar una actitud diferente en este tema y no reiterar la lógica del artículo vigente, que exige siempre que la solicitud sea dirigida al Juez Civil, es decir, que exige que la disolución se decida en el ámbito judicial.

Sin duda, es más lógico sostener que un órgano interno pueda determinar la disolución de la Fundación sin necesidad de solicitar la misma al Juez Civil. Por último, sería más adecuado que quien se encargue de resolver sobre la solicitud y determinar si debe disolverse o no la fundación, sea la Comisión Nacional de Fundaciones.

Creemos que si la norma está pensada para aquellos casos en los que la finalidad de la fundación deviene en imposible y tampoco es factible modificarla, los órganos de la fundación deberían presentar la solicitud ante la Comisión Nacional de Fundaciones.

No hay razón para que se tenga que ir al Juez Civil, quien no necesariamente conocería lo suficiente sobre esta materia (por una simple cuestión de especialidad), y, sobre todo, cuando en principio no hay conflicto. Recordemos que, de disolverse la fundación, el destino del patrimonio restante a la liquidación no será repartido entre sus miembros sino que se aplicará conforme a lo dispuesto en el artículo 110, lo que implica que, en definitiva, seguirá siendo utilizado para fines altruistas.

En lo que concierne al proyectado inciso 2, debemos señalar que el mismo ostenta un error en su premisa inicial. En el inciso se dispone que «Se considera que la finalidad de la fundación es imposible...», mas la redacción correcta debería ser «la finalidad deviene en imposible».

Es aquel el único sentido válido que puede otorgarse al inciso en cuestión y, por ende, es de esa manera que debió formularse. Si la finalidad fuera imposible desde un inicio, desde la constitución misma de la fundación, no podríamos estar, en estricto, frente a una fundación legítima. Si la finalidad señalada en el acto constitutivo fuera contraria al orden público o a las buenas costumbres, el acto sería nulo y no daría origen a fundación alguna. De este modo, resulta evidente que cuando el tema de la imposibilidad de la finalidad tiene como efecto la disolución, estamos frente a una imposibilidad sobreviniente.

El tercer inciso propuesto provoca mayores reparos. En este inciso se dice que la demanda se tramita como proceso abreviado. Pero, por qué un proceso abreviado. Por qué un proceso contencioso que implica la presencia de dos partes, *demandante* y *demandado*. Quién es el demandante y quién el demandado. Qué,

¿acaso en el inciso 1 no se trataba el tema definiéndolo, no como una demanda, sino como una solicitud? Si, por ejemplo, la Junta de Administradores solicita la disolución, ¿quién debe contestar y contradecir esa solicitud?

En fin, tantas interrogantes ante las cuales no hay una respuesta satisfactoria o, mejor dicho, ante las cuales no hay respuesta alguna. Hasta hace unos momentos todo parecía indicar que se trataba de una evaluación respecto de la solicitud, ahora nada es claro.

Además, si bien la vía escogida es la del proceso abreviado, todos sabemos que en los hechos, ese proceso de *abreviado* sólo tiene el nombre. Y es que en la vida real, para que se pronuncie una sentencia firme se requerirán, al menos, dos o tres años en los que una fundación cuya finalidad, se supone, ha devenido en imposible, sigue existiendo.

Nos cuesta entender por qué el Código Civil actual y el Anteproyecto, que –al menos en teoría– tiene por objetivo enmendar aquél, opten por mantener a una fundación en *estado de coma*. El patrimonio de la fundación, durante los años que dure el proceso de disolución y luego de liquidación, se irá evaporando inútilmente pues ya no tendrá como destino la finalidad para la cual se constituyó, ya que ésta devino en imposible, sino tan sólo se generarán gastos legales y de mantenimiento de la persona jurídica.

Pero no sólo se trata de malgastar fondos. No olvidemos que también se genera una carga adicional para los jueces y sobre un tema respecto del cual ellos no son los más indicados para resolver. Quién mejor que la Junta de Fundadores para decir si el objeto social, si la finalidad de la fundación, mantiene su vigencia y, por ende, para solicitar su disolución. Y, siguiendo este esquema, quién mejor que la Comisión Nacional de Fundaciones (hoy Consejo de Supervigilancia de Fundaciones) para determinar si esa solicitud es fundada o infundada.

Pero como si ir al Poder Judicial para resolver una materia que, en principio, no originara ningún conflicto y, en nuestra opinión, debería resolverse por una vía distinta –la administrativa–, no fuera suficiente, en el inciso 4 se establece que la sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

Se esté o no de acuerdo con la sentencia, el proceso para lograr la disolución se va a hacer más largo y costoso, pues siempre,

al final, tendrá que resolver, aunque se le tilde de *consulta*, la Corte Superior.

Definitivamente, si hay una conclusión que podemos inferir de esta norma es que la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto, siguiendo el error del legislador de 1984, no ha hecho un análisis adecuado de la situación, decidiéndose por la opción más complicada, más costosa y más perjudicial.

El único inciso que se salva en este precepto es el último, pues se limita a señalar algo lógico.

• **LARGO TIEMPO**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 110.- El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo.</p> <p>Si ello no fuera posible, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la Beneficencia Pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede.</p>	<p>Artículo 110.- Destino del patrimonio</p> <p>1. El haber neto que resulte de la liquidación de la fundación se aplica conforme a lo previsto en el acto constitutivo o en el estatuto. De no ser posible, el Juez en lo Civil de la sede de la fundación ordena su aplicación a fines análogos, previa opinión de la Comisión Nacional de Fundaciones.</p> <p>2. La resolución no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.</p>

El artículo 110 del Anteproyecto sigue la misma línea defectuosa del numeral precedente –el artículo 109 propuesto–, cometiendo, en definitiva, el mismo error.

En la primera parte del inciso 1 se reitera el contenido del literal e), inciso 2 del artículo 101 propuesto. En la segunda se establece que, de no ser posible que el patrimonio resultante de la liquidación –sí, ese patrimonio que se ha visto mermado inútilmente gracias a un proceso judicial largo y sin sentido– se destine conforme al acto constitutivo o al estatuto, otra vez haya que recurrir al Juez Civil.

Empero, no crean que allí termina todo el trámite, pues no sólo hay que dilatar la agonía de esa fundación, cuya finalidad devino en imposible tiempo atrás, sino que, además, para destinar ese patrimonio a fines análogos se exige la opinión de la Comisión Nacional de Fundaciones. Y, por si eso fuera poco, en el inciso 2 se reitera lo absurdo: la resolución no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

Definitivamente la norma en actual vigencia es más eficiente que esa hipotética *enmienda*. Si la idea que subyace al Anteproyecto es el perfeccionamiento del Código mediante enmiendas *urgentes y necesarias*, ésta se encuentra muy lejos de revestir tales cualidades.

En opinión nuestra, no debería intervenir el Juez, ya que tal cual hemos resaltado en más de una oportunidad, él es la persona menos enterada del asunto. La decisión la podrían tomar los órganos de gobierno de la fundación, eligiendo a qué fundación irá a parar el haber neto resultante de la liquidación. No olvidemos que todas las fundaciones tienen fines altruistas. El control del proceso lo debería tener la Comisión Nacional de Fundaciones (hoy Consejo de Supervigilancia de Fundaciones).

Gracias a las medidas adoptadas en el Anteproyecto en los artículos 109 y 110, la extinción total de la fundación podría tardar hasta alrededor de seis años.

SECCIÓN TERCERA
Asociación, fundación y comité no inscritos

TÍTULO I
Asociación no inscrita

• **DESINCENTIVOS**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 125.- Los aportes y las cuotas de los asociados, así como los bienes que adquiera la asociación, constituyen su fondo común. Mientras está</p>	<p>Artículo 125.- Fondo común</p> <p>Los aportes y las cuotas que paguen los asociados, así como los bienes que adquiera la asociación no inscrita constituyen su fondo común.</p>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>vigente la asociación no se puede pedir la división y partición de dicho fondo, ni el reembolso de las aportaciones de los asociados.</i>	

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto se indica que en el Título I, *Asociación no inscrita*, se ha modificado tanto el artículo 125 como el 126, definiéndose el propósito del tratamiento legislativo de este tipo de organizaciones no inscritas. Se señala que el objetivo de la Comisión ha sido regularlas, fundamentalmente en protección a terceros, pero alentando su formalización. Para ello se elimina la segunda parte del actual artículo 125, al considerarse que podía alentar la no formalización de las asociaciones no inscritas.

Esta explicación, pese a tener como origen la buena intención de la Comisión, no resulta adecuada. En efecto, con la norma propuesta se desincentiva la existencia de asociaciones informales al posibilitar que el fondo común no tenga vocación de permanencia, pudiendo reducirse, al extremo de desaparecer, aunque la asociación se mantenga activa.

De esta manera, se pretende incentivar la formalización promoviendo la inseguridad de la asociación no inscrita, protegiendo a terceros en el artículo 126, al sancionar con responsabilidad solidaria a todos los asociados.

No obstante, ese desincentivo de las asociaciones no inscritas no va de la mano con la adecuada promoción de las asociaciones inscritas pues, en estricto y conforme a las disposiciones generales, incluso en las asociaciones inscritas todos los asociados responden ilimitada y solidariamente frente a terceros (argumento del artículo 78-B, propuesto por la Comisión).

En síntesis, al final el propósito perseguido por la Comisión no se ha alcanzado, pues tal cual han sido reguladas estas figuras se termina no sólo por desincentivar la formación de asociaciones no inscritas, sino también de las inscritas.

• OTRA VEZ LA SOLIDARIDAD

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 126.- <i>El fondo común responde de las obligaciones contraídas por los representantes de la asociación. De dichas obligaciones responden solidariamente quienes actúen en nombre de la asociación, aun cuando no sean sus representantes.</i>	Artículo 126.- Responsabilidad <i>Sin perjuicio del fondo común, los constituyentes, miembros y directivos de la asociación no inscrita responden personal, ilimitada y solidariamente. Los representantes tienen igual responsabilidad respecto de los actos que hubieran celebrado.</i>

Al comparar la norma actual y la propuesta, a nuestro entender no hay duda de que la primera es superior a la segunda. Otra vez la enmienda nada enmienda, mas sí pervierte el texto legal.

Y es que en el proyectado artículo 126 se sigue la terrible tendencia que parece perseguir el Anteproyecto de extender desmedida e irreflexivamente la solidaridad.

Esta norma sigue los peligrosos y defectuosos criterios asumidos en el Anteproyecto en los preceptos 78-B y 78-C, que regulan la responsabilidad de las personas jurídicas, y a cuyos comentarios nos remitimos.

En todo caso, lo cierto es que la responsabilidad solidaria es tomada muy a la ligera en el Anteproyecto (como si no se conocieran sus gravísimas consecuencias patrimoniales), tanto que se desnaturaliza el propio concepto de persona jurídica.

TÍTULO II Fundación

• DE BIEN A PEOR

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 127.- Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción.	Artículo 127.- Inscripción Corresponde al fundador o a quien tenga legítimo interés inscribir el acto constitutivo de la fundación. Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde a la Comisión Nacional de Fundaciones, según sea el caso, o al Ministerio Público, realizar las acciones para lograr dicha inscripción.

La lectura del proyectado artículo 127 nos permite advertir dos cosas. En primer lugar, una de orden formal, en el sentido de que la expresión *según sea el caso* se encuentra mal ubicada. La redacción correcta sería: *corresponde a la Comisión Nacional de Fundaciones o al Ministerio Público, según sea el caso, [...]*.

En segundo lugar, conviene advertir que no se han realizado cambios significativos en el precepto. Nos atrevemos a decir con convicción que, incluso, el texto actual está mejor formulado que el propuesto, por lo que, además del cambio superfluo de variar el nombre del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, la modificación no es ni urgente ni necesaria.

• AGREGANDO COSAS POR GUSTO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 129.- De no ser posible la inscripción a que se refiere el artículo 127, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervi-	Artículo 129.- Imposibilidad de la inscripción De no ser posible la inscripción a que se refiere el artículo 127, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del fundador, de la

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>gilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.</i>	<i>Junta de Fundadores, de la Comisión Nacional de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, dispondrá la transferencia de los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.</i>

En realidad esta norma tampoco ha sido objeto de cambios importantes. Tan sólo se ha agregado a la lista de los legitimados para presentar la solicitud correspondiente, al fundador y a la Junta de Fundadores. Así, únicamente se está señalando lo evidente pues nadie duda de que aquéllos tengan esas facultades, en especial cuando por obvias razones son quienes cuentan, sin duda alguna, con legítimo interés.

SECCIÓN CUARTA Comunidades campesinas y nativas

TÍTULO ÚNICO Disposiciones generales

• DEROGANDO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 134.- Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los	Artículo 134.- Noción y fines de las Comunidades Campesinas y Nativas 1. Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>comuneros, promoviendo su desarrollo integral. Están reguladas por legislación especial.</i>	<i>beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.</i> <i>2. Están reguladas por legislación especial.</i>

En esta Sección la Comisión propone recortar al máximo el tratamiento del tema, dejando toda la regulación a la legislación especial sobre la materia.

El único artículo que se ha conservado es el 134, el cual sufriría una modificación *trascendental*, ya que ha sido dividido en incisos, pues la Comisión los prefiere en lugar de los párrafos.

Además se propone derogar los artículos 135, 136, 137, 138 y 139 del Código Civil.

No entendemos cuál es la *urgencia* y *necesidad* de derogar estas normas que en nada perjudican al sistema, por el contrario, nos permiten tener una idea general de las comunidades campesinas y nativas.

De acuerdo al artículo 135, para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial.

Conforme al artículo 136 las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú. Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad.

Según el artículo 137, el Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, el cual consagra su autonomía económica y administrativa, así como los derechos y obligaciones de sus miembros y las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento.

En el artículo 138 se señala que «La asamblea general es el órgano supremo de las comunidades. Los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio».

Por último, el vigente artículo 139 dispone que las comunidades tienen un padrón general actualizado con el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o representación. Las comunidades tienen, asimismo, un catastro en el que constan los bienes que integran su patrimonio. En el padrón general y en el catastro constan también los demás datos que señale la legislación especial.

Tras leer las normas que se pretende derogar, no podemos sino volver a cuestionar el criterio del Anteproyecto que propone esta derogatoria. Siguiendo este criterio podríamos concluir en que todo artículo del Código Civil referido a un tema que tenga regulación especial debería derogarse.

CUARTA PARTE

Libro II

Acto Jurídico

TÍTULO I

Disposiciones generales

• PERVIRTIENDO EL CONCEPTO Y LOS REQUISITOS DEL ACTO JURÍDICO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Agente capaz.2. Objeto física y jurídicamente posible.3. Fin lícito.4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.	<p>Artículo 140.- Noción. Requisitos El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Sujeto capaz.2. Objeto física y, en su caso, jurídicamente posible, determinado o determinable.3. Finalidad lícita.4. Observancia de la formalidad que la ley establezca con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.

En primer término, la Comisión propone modificar el artículo 40, referido al concepto y requisitos del acto jurídico.

Mucho se ha dicho y hasta escrito en torno al contenido del artículo 140.

Más allá de las cosas buenas que se han expresado sobre él, sin duda esta norma ha sido combatida desde muchos sectores de la doctrina nacional, ya sea por no guardar una adecuada sistemática con los preceptos del propio Código relativos a contratos, o por recoger la tradicional teoría del Acto Jurídico en vez de la teoría del Negocio Jurídico.

Sin embargo, si algo resulta claro del proceso de críticas del artículo 140 del Código, en estos últimos 21 años de vigencia de la norma, es que no existe una sola perspectiva para poder tomar un rumbo diferente en cuanto al citado precepto.

En lo personal, pensamos –y así lo hemos dicho en reiteradas ocasiones– independientemente de los cuestionamientos conceptuales que toda norma es susceptible de recibir, que no existen problemas de orden práctico derivados de la propia norma, tanto en lo que respecta al propio concepto de acto jurídico («el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas»), como en torno a sus requisitos, contenidos en los cuatro incisos del artículo 140.

Sin embargo, llama la atención que en el Anteproyecto, dejando inalterado el concepto de acto jurídico (que es precisamente en donde se centraban las objeciones de la doctrina nacional), se haya procedido a efectuar algunas modificaciones, por demás impertinentes, en los requisitos del acto jurídico.

Pasamos al análisis.

El inciso 1, que en el Código vigente alude al *agente capaz*, se transforma en *sujeto capaz*.

Es decir, se transforma la expresión *agente por sujeto*; como si alguna vez hubiese estado en duda que cuando el Código Civil se refiere a *agente* se está refiriendo a un *sujeto*.

Salvo en un mundo de fantasía, todos sabemos que las relaciones jurídicas se entablan entre personas, y más aún, las relaciones nacidas de los actos jurídicos, de tal manera que el tema de la capacidad siempre ha estado relacionado con la capacidad de las personas, es decir, de los sujetos.

Ello implica que la «precisión» que la Comisión pretende hacer es una precisión inútil y una modificación absurda.

En lo que respecta al inciso 2, que actualmente reza: *objeto física y jurídicamente posible*, se pretende transformar en *objeto física y, en su caso, jurídicamente posible, determinado o determinable*.

Ello significa que, manteniéndose el requisito de objeto físicamente posible, la Comisión considera que no necesariamente debe estar presente en todo acto jurídico el requisito de su posibilidad jurídica.

Ello es muy lamentable, en la medida de que se desconoce la importancia de la posibilidad jurídica de todo acto.

Posibilidad jurídica que no debe ser confundida con la finalidad lícita, y que significa que todo acto jurídico debe adecuarse a ley para, dentro del tipo de acto empleado, poder lograr los objetivos que jurídicamente la ley prevé para tal acto.

Para ilustrar lo expresado, basta con un ejemplo, y es que uno no podría lograr el objetivo de transferir la propiedad de un bien a través de la celebración de un acto jurídico de arrendamiento, naturalmente, a menos que se tratara de un arrendamiento-venta.

Ello significa que todo acto jurídico debe tener, además de un objeto físicamente posible, es decir, de un objeto que tenga correlato posible en la realidad, un objeto jurídicamente posible, es decir, correlato jurídicamente posible dentro del ordenamiento legal.

Queda claro, entonces, que se equivoca la Comisión cuando estima que sólo en algunos casos el objeto de los actos jurídicos deberá ser posible.

Por otra parte, en lo que respecta al mismo inciso 2 propuesto por la Comisión, en él se hace referencia a que en algunos casos, también deberá tenerse presente como requisito el objeto determinado o determinable.

La sola mención al posible requisito del objeto determinado o determinable es un despropósito.

Decimos esto, pues siempre ha constituido un valor entendido en materia de actos jurídicos, obligaciones y contratos, el que todo acto jurídico debía tener un objeto determinado o determinable; ello, en razón de que las partes cuando celebran un acto jurídico y dan inicio a una relación jurídica, deben saber qué deberes u obligaciones asumen concretamente; es decir, que dichos deberes y obligaciones deben encontrarse determinados al momento del nacimiento del acto y no con posterioridad.

En adición a lo expuesto, debemos subrayar que los deberes y obligaciones siempre deben existir y encontrarse determinados al momento del nacimiento del acto, pudiendo ocurrir que la determinación de su objeto (las prestaciones obligacionales, en caso de ser obligaciones de objeto plural), como el caso de las alternativas, por ejemplo, o el objeto de la propia prestación (como en el caso

de los bienes inciertos, por ejemplo), se encuentren pendientes de determinación, estableciéndose en el título constitutivo de la obligación, un mecanismo para su determinación futura.

En síntesis, el objeto de todo acto jurídico (deber jurídico u obligación) siempre debe ser determinado, estando la única posibilidad de determinación futura, referida al objeto de dicho objeto o al bien objeto de este último.

De tal manera que la adición propuesta en el Anteproyecto en el sentido de que en algunos casos el objeto del acto jurídico debe ser determinado o determinable, es técnicamente incorrecta, y por lo tanto, defectuosa.

En tercer lugar, el Código actual, en el inciso 3 del artículo 140, se refiere al *fin lícito*; en tanto el proyecto de la Comisión hace referencia a la *finalidad lícita*.

Es evidente que el tema del fin lícito se relaciona con la causa lícita de todo acto jurídico.

Independientemente de las diversas posiciones existentes en doctrina que afirman o niegan la existencia de la causa, es claro que el legislador de 1984 optó por afirmar su existencia, incluyendo al fin lícito o causa lícita, como uno de los requisitos del acto jurídico.

Por lo demás, la problemática de la causa es muy compleja y no existe necesariamente una sola posición en doctrina que haga equivalente la expresión *causa* a la expresión *fin* y mucho menos a la expresión *finalidad*.

De otro lado, el texto del actual inciso 3 del artículo 140 del Código Civil no ha merecido reparo alguno en torno a su aplicación práctica, habida cuenta de que incluso resulta plenamente concordante con lo dispuesto por el artículo V del Título Preliminar del propio Código Civil, precepto que sanciona con nulidad al acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, conceptos dentro de los que, evidentemente, se enmarcan aquellos actos jurídicos que tengan fin ilícito.

Independientemente de la ausencia de problemas prácticos al respecto, creemos desafortunada la opción de la Comisión, de tratar de zanjar legislativamente la vieja discusión en torno al fin o la finalidad de los actos jurídicos.

Por lo demás, es evidente que, más allá de las intenciones de

la propia Comisión, no se ha variado en lo absoluto el sentido de la norma actual y parece que lo que se ha buscado es precisar los alcances de la actual expresión *fin*.

Pero, como quedará en evidencia para el lector, tal precisión no es ni *urgente*, ni *necesaria*, ni oportuna.

En cuarto y último lugar, el texto vigente del artículo 140 del Código Civil, establece en su inciso 4, como requisito del acto jurídico, la *observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad*.

La Comisión, en este sentido pretende establecer una precisión que desnaturaliza una vieja distinción teóricamente aceptada.

Decimos esto, pues se pretende que el inciso 4 diga: *observancia de la formalidad que la ley establezca con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad*.

Dentro del texto vigente del Código Civil, en virtud de lo establecido en el inciso 4 del artículo 140, queda en evidencia que si los agentes que celebran un acto jurídico lo hacen contraviniendo una norma expresa de la ley, sancionada con nulidad por la propia ley, ello acarreará como consecuencia el que el acto jurídico sea nulo.

Además, el actual artículo 144, señala que *cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto*.

Ello equivale a decir que el Código Civil en la actualidad establece la antigua y muy difundida distinción entre aquellos actos jurídicos que revisten una formalidad solemne o *ad solemnitatem*, de aquellos actos jurídicos que revisten una formalidad meramente probatoria o *ad probationem*.

Esto significa, que si el acto solemne, es decir, para el cual la ley establece una formalidad determinada bajo sanción de nulidad, no se celebrara siguiendo tal formalidad, el acto sería ineludiblemente nulo.

En contraposición, los actos *ad probationem* son aquéllos para los cuales la ley establece una formalidad, pero no sanciona con nulidad su inobservancia, lo que implica que el quebrantamiento de dicha formalidad sólo conllevará la imposibilidad jurídica de probar la existencia de dicho acto, pero jurídicamente hablando, el acto será válido, pues, precisamente, no se trata de un acto solemne, sino de un acto para cuya existencia no se requiere de una

formalidad, habida cuenta de que tal formalidad sólo será requerida para su probanza.

Esta situación resulta en extremo antigua y necesaria, en la medida de que si bien existen muchos casos en los cuales la ley sanciona con nulidad la inobservancia de determinada formalidad en el acto jurídico, en muchos otros establece una formalidad, pero no sanciona con nulidad su inobservancia.

Esto significa que la Comisión pretende suprimir los actos jurídicos con formalidad *ad probationem*, señalando que en todos los supuestos en que la ley establezca una formalidad, sea o no sancionada ésta con nulidad por la propia ley, si las partes no siguen dicha formalidad, el acto jurídico será necesariamente nulo.

Ello significa, sin duda, un retroceso dentro de la propia sistemática del Código Civil de 1984, pues ya no quedaría claro siempre –como hoy sí lo está– en qué casos el acto es expresamente considerado nulo por la ley peruana, y en qué casos el acto, al no ser nulo, será válido con formalidad *ad probationem*.

Resulta en extremo peligroso y defectuoso en lo que respecta a técnica legislativa, dejar a la interpretación de las partes, los casos de nulidad de los actos jurídicos por ausencia de forma prescrita por la ley.

Pensamos que los casos de nulidad deben estar taxativamente enumerados por la propia ley, fundamentalmente al tratarse de la sanción más grave que pueda merecer un acto jurídico dentro del Derecho Civil, cual es su invalidez absoluta.

No creemos conveniente que el tema de las nulidades sea dejado como regla general, a la interpretación de las partes, sobre todo, dentro de un medio jurídico donde la claridad hace falta por sobre todas las cosas.

Por otra parte, el inciso 4 del artículo 140 propuesto por la Comisión, representa también un retroceso, ya que va en contra del muy difundido *principio de conservación del contrato*, que el Código Civil ha recogido en muchos de sus preceptos y que no es otro que aquél que sostiene que en situaciones límite, en las cuales la ley pueda preferir optar entre mantener la validez o eficacia de un acto o contrato o hacérsela perder, la ley opta por mantenerla.

Decimos que el inciso 4 propuesto por la Comisión es contrario al principio de conservación del contrato, en la medida de que

está pasando a considerar nulos todos los actos jurídicos que a la luz del marco legal actual son válidos por tener formalidad *ad probationem*.

TÍTULO II Forma del Acto Jurídico

• LA FORMALIDAD DE LOS ACTOS JURÍDICOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 143.- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.	Artículo 143.- Clases de formalidad 1. Cuando la ley no establece una formalidad o no la impone con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente. 2. Salvo disposición legal distinta, los actos de regulación, modificación o extinción de un acto deberán revestir la misma formalidad que éste. Dicha formalidad constituye requisito para su eficacia.

Como puede observar el lector, la Comisión pretende desarrollar el actual alcance del artículo 143 del Código Civil, norma que hoy se limita a precisar que *cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente*.

La Comisión mantiene el texto actual de la norma como un eventual inciso 1 del artículo 143, agregando un inciso 2 que establece que: *Salvo disposición legal distinta, los actos de regulación, modificación o extinción de un acto, deberán revestir la misma formalidad que éste. Dicha formalidad constituye requisito para su eficacia*.

De la lectura de la primera parte del inciso 2, podría parecer –pero sólo podría– que la Comisión estaría acertando en legislar acerca de las formalidades relativas a la regulación, modificación o extinción de los actos jurídicos, señalando que siempre que se les quiera regular, modificar o extinguir, se deberá seguir la misma formalidad que para el nacimiento del propio acto.

En la actualidad el tema no se halla regulado en el Libro de Acto Jurídico, y se soluciona con lo dispuesto por el artículo 1413 relativo a la forma del contrato, precepto que establece que *Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato*.

No cabe duda de que hoy en día constituye tema de debate cuál es la formalidad que deben seguir los actos jurídicos modificatorios, regulatorios o extintivos que no sean contratos.

Sin embargo, tradicionalmente se ha interpretado que el precepto del artículo 1413, antes citado, resultaba de aplicación, tanto para los contratos modificatorios como para los actos jurídicos modificatorios que no sean contratos, por una cuestión de lógica y sistemática.

Adicionalmente, se suele interpretar que los actos jurídicos regulatorios también deben seguir la misma formalidad que el acto jurídico regulado, así como que los actos jurídicos extintivos deben seguir la misma formalidad que el acto jurídico que se quiere extinguir.

Esta situación, sin embargo, no suscita unanimidades y consideramos que ello es bueno en la medida de que el tema tiene algunas aristas que parece la Comisión no ha advertido.

Nos referimos a la existencia de diversos medios extintivos de obligaciones, que constituyen actos jurídicos, y para los cuales, tanto la ley como la doctrina establecen o dejan de establecer formalidades para su celebración.

Nos explicamos.

Si las partes han celebrado un contrato solemne para el cual la ley exige el cumplimiento de una formalidad, bajo sanción de nulidad, en este caso, será evidente que como regla general, si las partes decidieran regular, modificar o extinguir dicho contrato a través de otro contrato, deberían hacerlo por escrito.

Sin embargo, si las partes decidieran novar las obligaciones propias de ese acto jurídico por obligaciones distintas, para dicha novación no requerirían de ninguna formalidad, habida cuenta de que la novación carece del requisito solemne de forma.

Lo propio podríamos decir si las partes desearan compensar sus obligaciones, celebrar una dación en pago, o condonarse recíprocamente las deudas pendientes de pago nacidas de dicho contrato.

Por lo demás, si decidieran resolver sus eventuales problemas contractuales a través de una transacción, evidentemente tendrían que hacerlo por escrito, pero no porque el contrato original se haya celebrado por escrito, sino porque el artículo 1302 del Código Civil así lo establece.

Lo que acabamos de expresar nos hace temer con respecto al contenido de este extremo del propuesto inciso 2 del artículo 140 del Código Civil.

Decimos esto, pues al regular la formalidad de los actos modificatorios, regulatorios y extintivos, resulta preferible actuar con la cautela y parquedad del legislador de 1984, y no con el afán de peligrosa generalización con que lo hace la Comisión.

Por otra parte, el mencionado inciso 2 propuesto, luego de referirse a la formalidad de los actos regulatorios, modificatorios o extintivos, agrega que tal formalidad constituye requisito para la eficacia del acto regulatorio, modificatorio o extintivo.

Sin duda, aquí la Comisión incurre en un notorio error, ya que dentro de una adecuada lógica y sistemática, si se está hablando de la necesidad de que los actos regulatorios, modificatorios o extintivos, sigan necesariamente la formalidad del acto original, nos encontramos ante una norma de carácter imperativo, la misma que, conforme a lo establecido por el proyectado inciso 4 del artículo 140, constituye requisito de validez de los actos jurídicos.

Entonces ¿cómo un mismo requisito –la forma solemne– puede ser un requisito de validez del acto jurídico en el artículo 140 y solamente un requisito de eficacia del acto jurídico en el artículo 143, inciso 2?

No cabe duda de que allí hay un error.

Pero, consideramos que, en realidad, lo que ha ocurrido es que la propia Comisión ha advertido en el artículo 143, inciso 2 proyectado, lo peligroso del texto del artículo 140, inciso 4 proyectado, al sancionar con nulidad a los actos jurídicos, cuya formalidad es actualmente *ad probationem*.

Y tan es así, que en el primer artículo modificado, luego del 140 (artículo 143, inciso 2), la Comisión ya plantea una excepción a la nulidad establecida para dichos actos, al considerar que los contratos regulatorios, modificatorios o extintivos que no sigan la misma formalidad propuesta por la propia ley o por las partes

para la celebración del acto original, no son nulos sino solamente ineficaces.

Por lo demás, antes de concluir nuestros comentarios al proyectado artículo 143, debemos decir que la Comisión incurre en una de las más reiteradas tentaciones académicas que se produjeron a raíz de la vigencia del Código de 1984: la de asumir legislativamente la distinción entre *forma* y *formalidad*.

A través de esta distinción, teóricamente aceptable y correcta, se considera que todos los actos jurídicos tienen alguna forma, pero lo relevante para el Derecho es la formalidad empleada para su celebración, de modo tal que la expresión correcta cuando nos referimos a la tradicional forma de los actos jurídicos, no sería *forma*, sino *formalidad*.

Sin duda, pura tentación académica, pues nunca nadie ha dudado, a lo largo de los más de veinte años de vigencia del Código Civil, que cuando la ley peruana se refiere a la *forma*, está aludiendo inequívocamente a lo que la doctrina de Derecho Civil conoce como formalidad.

Esta propuesta de cambio es, por demás, accesorio e inútil, además de ser susceptible de generar dudas, en quienes emplean a diario el Código Civil en el ejercicio profesional, en cuanto a los alcances de la *formalidad* y sus eventuales diferencias con la *forma*.

- **SUPRESIÓN DE LA DISTINCIÓN ENTRE FORMA AD PROBATIONEM Y FORMA AD SOLEMNITATEM. LA DENOMINADA «EXIGENCIA DE LA FORMALIDAD»**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 144.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.	Artículo 144.- Exigencia de la formalidad Cuando la ley no establece una formalidad con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, las partes pueden compelerse recíprocamente a satisfacerla.

Como fluye de la lectura del texto propuesto para el artículo 144, se suprime toda distinción entre actos *ad probationem* y actos *ad*

solemnitatem, tal como habíamos adelantado y comentado en nuestro análisis del proyectado inciso 4 del artículo 140 del Código Civil.

En razón de nuestros comentarios sobre el particular, remitimos al lector a lo ahí expuesto en torno a la indebida supresión propuesta por la Comisión.

Por otra parte, en lo que respecta al proyecto de artículo 144, el mismo, sin duda, se inspira en el artículo 1412 del Código Civil vigente, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 1412.- Si por mandato de la ley o convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

Pero la inspiración en el artículo 1412 queda sólo en eso: en inspiración, pues el artículo 1412 es una norma bien concebida y jurídicamente correcta, en tanto el proyectado artículo 144 es una norma absolutamente defectuosa.

Nos explicamos.

El artículo 1412 del Código Civil parte expresamente de considerar que la ley o el convenio establezcan la obligatoriedad del otorgamiento de la escritura pública, pero que dicho otorgamiento no constituya requisito formal de validez del contrato.

Es decir, existiendo la obligación legal o contractual de otorgar la escritura pública y ante la negativa de una de las partes del contrato a otorgarla, fluye naturalmente el que la ley, a través del artículo 1412, brinda al contratante perjudicado las acciones legales para que exija judicialmente dicho otorgamiento.

En cambio, la Comisión pretende con su proyectado artículo 144 que *Cuando la ley no establece una formalidad con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, las partes puedan compelerse recíprocamente a satisfacerla*.

Esto equivale a decir que no existiendo la obligación legal ni contractual de cumplir con determinada formalidad, es decir, siendo

legítima la negativa de cualquiera de los contratantes a cumplir con una formalidad que no tienen que cumplir (ya que ni la ley ni el contrato lo ordenan), a pesar de ello, la otra parte, caprichosamente, esté en capacidad de exigir el cumplimiento de dicha formalidad.

Sin duda, el artículo 144 de la Comisión constituye un enorme despropósito jurídico.

TÍTULO III Representación

• OTRA VEZ LA SOLIDARIDAD. RESPONSABILIDAD EN CASO DE PLURALIDAD DE REPRESENTANTES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 148.- <i>Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.</i>	Artículo 148.- Responsabilidad de representantes conjuntos <i>En la representación conjunta los representantes son solidariamente responsables frente al representado.</i>

El artículo 148 del Código Civil vigente establece que si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

La lógica de esta norma se basa en la consideración de que los diversos representantes hayan sido consignados como tales a través de un mismo acto de apoderamiento y para un objeto de interés común.

Es decir, el presupuesto base de la norma en vigencia es que los diversos representantes hayan sido designados conjuntamente como tales. Decimos esto, habida cuenta de que la pluralidad de representantes es una figura que no sólo puede surgir a través de un poder otorgado en un mismo acto de apoderamiento a varios representantes, ya que es posible teóricamente que los diversos representantes hayan sido designados como tales a través de diversos actos de apoderamiento independientes.

Si bien es cierto que en ambos casos nos hallaríamos ante supuestos de representación conjunta, es claro que el tema de la responsabilidad civil de dichos representantes frente al representado deberá seguir reglas absolutamente distintas.

En el primer caso, es decir aquel en el cual los representantes han sido designados como tales a través de un acto de apoderamiento único y común, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, precepto que les asigna responsabilidad solidaria.

En tanto que en el segundo caso, es decir si los diversos representantes hubiesen sido designados como tales en virtud de diferentes actos de apoderamiento, mal podría pensarse en una responsabilidad de carácter solidario, en razón de que cada uno de dichos representantes tendría tal representación en virtud de un acto de apoderamiento independiente; y, por ende, la responsabilidad civil que deba asumir con respecto a su representado sería una responsabilidad individual, dada la inexistencia de sujeto plural en la relación poderdante-apoderado.

Y es precisamente en razón de estas consideraciones que el artículo 148 del Código Civil vigente establece la solidaridad de los representantes, siempre y cuando éstos hayan sido designados por un poder común.

Por lo demás, el citado precepto nunca ha merecido reparo por parte de la doctrina nacional, dado que su texto es meridianamente claro.

No obstante dicha claridad, la Comisión se empeña en desnaturalizar la norma, estableciendo responsabilidad solidaria para todos los casos de representación conjunta, es decir para aquella representación conjunta de los representantes designados por un poder común (donde sí es pertinente la solidaridad) y para aquella representación conjunta de los representantes designados por poderes independientes, pero con la instrucción de que actúen conjuntamente, cuando es evidente que en este último caso de representación no procede responsabilidad solidaria alguna, en la medida de que resultaría tremendamente injusto asignar solidaridad a cada uno de los representantes, cuando ninguno de ellos fue designado como tal conjuntamente con otro u otros, habiendo sido designado representante en un acto de apoderamiento individual, razón por

la cual –precisamente– su responsabilidad civil debe ser estrictamente individual.

• **REVOCACIÓN DEL PODER OTORGADO POR VARIOS REPRESENTADOS**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 150.- <i>La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.</i>	Artículo 150.- Representación común <i>Tratándose de un poder otorgado por varias personas, si se hubiera estipulado que la revocación deberá realizarse por todos, la que hiciere alguno de los poderdantes será eficaz sólo para él y deberá indemnizar por los daños que el incumplimiento de la estipulación cause a los demás representados.</i>

El artículo 150 del Código Civil vigente, señala que *La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.*

En esta norma se pone en evidencia que el Código Civil de 1984 ha adoptado determinados conceptos tradicionales en torno a la revocación del poder, poniendo ciertas trabas o requisitos para que opere dicha revocación.

En tal sentido, en junio de 1998, en *Tentaciones Académicas*¹ manifestamos nuestro parecer en el sentido de que el artículo 150 podría ser derogado, en razón de que al ser unilateral el carácter del acto de apoderamiento, debería revestir igual condición la revocatoria del mismo, en cualquier circunstancia.

En razón de ello manifestábamos que el caso planteado por el actual artículo 150 del Código Civil, nos parece ilógico, porque por más que el poder haya sido otorgado por varias personas (representados) para un objeto de interés común, no será necesario que todos ellos lo revoquen para que el mismo quede revocado. Bastará

¹ CASTILLO FREYRE, MARIO. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomo I, p. 298.

que lo revoque alguien para que ese ex representado deje de tener representantes, y para que el representante continúe representando únicamente a los demás que no le hubieran revocado el poder.

En tal sentido, creo que el actual artículo 150 del Código Civil olvida el carácter unilateral del acto de apoderamiento y la norma está pensada más en función de un mandato que de un poder.

Es en razón de estas consideraciones que estimamos que la Comisión, si bien pretende atenuar la rigidez actual del artículo 150, se queda a medio camino, pues a pesar de admitir la revocación por parte de algunos poderdantes, sigue poniendo trabas a la revocación del poder y a su eficacia.

Además, el artículo 150 del Anteproyecto de la Comisión, trata en su primera parte, como supuesto base de la norma el hecho de que se haya pactado que la revocación del poder deba realizarse por todos los poderdantes, cuando es precisamente este supuesto uno de carácter excepcional en el cual, al haber pactado la irrevocabilidad del poder (salvo que dicha revocación se haga por todos los poderdantes), es justamente en razón de un pacto de tales características que la consecuencia de la propia norma proyectada carecería de objeto, pues mal podría hablarse de la eficacia de la revocación unilateral del poder por parte de uno de los poderdantes, si es que tales poderdantes han convenido, precisamente, que dicha revocación no se puede realizar.

Y es que en realidad la contradicción contenida en el proyectado artículo 150 no es otra cosa que la admisión implícita de que no hay poder irrevocable, tal como venimos sosteniendo públicamente desde 1998.

Es por ello que creemos que el texto propuesto como reforma del artículo 150 del Código Civil, más allá de ser defectuoso y contradictorio, reincide en el error conceptual de la existencia de poderes irrevocables.

• **LA PERSISTENCIA EN LA IRREVOCABILIDAD DEL PODER**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 153.- <i>El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o</i>	Artículo 153.- Poder irrevocable <i>1. El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.</p> <p>El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.</p>	<p>por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.</p> <p>2. La estipulación de irrevocabilidad debe indicar plazo determinado. A falta de indicación, el plazo es de un año. El vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.</p>

El artículo 153 del Código Civil consagra, equivocadamente, la figura del poder irrevocable. El proyecto de reforma de la Comisión también.

Lo que ha hecho la Comisión es desdoblar el artículo en vigencia, incluyendo en el inciso 1 proyectado casi todo el cuerpo de la norma vigente; y el tema del plazo lo ha pasado al proyectado inciso 2, estableciendo que la irrevocabilidad del poder puede pactarse, a diferencia de lo que ocurre hoy, por un plazo mayor de un año; ello, pues se señala que *La estipulación de irrevocabilidad debe indicar plazo determinado. A falta de indicación, el plazo es de un año. El vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.*

Esto significa que la Comisión ha considerado conveniente que la irrevocabilidad de los poderes pueda ser pactada incluso por plazos mayores a un año, rigiendo el plazo de un año sólo en defecto de plazo determinado por las partes.

Entonces no sólo se ha cometido un error sino dos errores.

El primero de ellos, por haber insistido en la existencia del poder irrevocable; y el segundo, por tratar de hacer más irrevocable el poder irrevocable.

El suscrito, en 1998, en *Tentaciones Académicas*² proponía modificar el artículo 153 por una norma que estableciera que *El poder*

² CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo I, p. 299.

siempre es revocable. Procedíamos en tal sentido, pues el texto actual de la norma resulta atentatorio contra la naturaleza y esencia revocables del poder, sea cual fuere la circunstancia del acto de apoderamiento.

Nunca debemos olvidar, como sí lo han hecho el Código Civil de 1984 y la Comisión, que el otorgamiento de poder es siempre unilateral, al igual que su revocatoria.

• FORMA DEL PODER PARA REALIZAR ACTOS DE DISPOSICIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.</p>	<p>Artículo 156.- Formalidad del apoderamiento</p> <p>1. Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma indubitable y por documento de fecha cierta.</p> <p>2. El acto celebrado en contravención de lo establecido en el párrafo 1 es ineficaz respecto del representado.</p>

El artículo 156 del Código Civil se encarga de regular la forma del poder destinado a la realización de actos de disposición. En tal sentido, establece que *Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública bajo sanción de nulidad.*

El artículo proyectado por la Comisión desdobla el texto de la norma en vigencia y establece en su inciso 1 el grueso del artículo actual, sustituyendo la expresión *el encargo* por *la facultad de representación*.

La expresión original se entiende perfectamente en el sentido en que está redactada, siendo innecesaria la sustitución propuesta. Además, lo que debe constar no es la facultad de representación sino la representación en si misma.

Por otra parte, se propone que dicha facultad, aparte de constar en forma indubitable, debe constar en documento de fecha cierta,

a diferencia de lo que ocurre hoy en día, ya que la norma vigente exige que conste por escritura pública.

Consideramos desacertada la propuesta de la Comisión, pues la experiencia enseña que es adecuado el que se exija que el encargo conste en escritura pública, dada, precisamente, la importancia de dicho encargo, el mismo que versa sobre la venta o gravamen de los bienes del representado.

En la actualidad el artículo 156 del Código Civil sanciona con nulidad el que no conste dicho encargo por escritura pública, debiéndose entender que el mandato imperativo del inciso 1 propuesto por la Comisión determina que su contraversión dé lugar a la nulidad del acto de apoderamiento, en el marco del inciso 4 del artículo 140 proyectado y que hemos criticado oportunamente.

Por lo demás, nadie ha dudado de que si un supuesto representante actúa enajenando o gravando bienes del representado, sin tener un poder debidamente otorgado para tal efecto, todos los actos que celebrará serán ineficaces, de conformidad con el artículo 162 del Código Civil vigente.

No obstante ello, y a pesar de no existir dudas al respecto, la Comisión ha estimado pertinente reiterar lo obvio, al afirmar en el inciso 2 proyectado para el artículo 156, que *El acto celebrado en contravención de lo establecido en el párrafo 1 es ineficaz respecto del representado.*

Sin duda, una propuesta más de la Comisión que no resulta ni urgente ni necesaria.

En 1998, en *Tentaciones Académicas*³ pensábamos que tal vez hubiese sido conveniente agregar un segundo párrafo al texto, que estableciese que para el poder de que trata el artículo 156 del Código Civil, no se requiera que dichos bienes hayan sido especificados o detallados de manera minuciosa.

Decíamos en aquella oportunidad –y lo seguimos sosteniendo– que son múltiples los problemas que plantea en la práctica el artículo bajo comentario, en la medida de que existe un sector de abogados que, por razones de seguridad jurídica, lo interpretan con un celo excesivo, exigiendo que para que el representante ac-

³ CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo I, pp. 300 y 301.

túe en el sentido de la norma, lo haga siempre y cuando se haya detallado o especificado expresamente la facultad para gravar o disponer del bien de que se trate y no de un conjunto de bienes o de todo el patrimonio del representado.

Creemos que una aclaración en este sentido agilizaría mucho el tráfico comercial de los bienes en la sociedad, disminuiría los costos de transacción, a la vez que eliminaría la incertidumbre respecto de este particular.

Por lo demás, no creemos que la modificación indicada por nosotros, pudiese generar perjuicios para los eventuales representados, pues si ellos hubiesen otorgado poder en términos amplios es porque esa es su voluntad y no la de restringir los actos de su representante a alguno o algunos bienes. Es más, le evitaría los habituales problemas de tener que volver a otorgar poder, esta vez especificando dichos bienes.

Como vemos, la Comisión ha perdido una oportunidad importante para otorgar una utilidad mayor al artículo 156 del Código Civil.

• RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE EN LA SUSTITUCIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 158.- <i>El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto. El representado puede accionar directamente contra el sustituto.</i></p>	<p>Artículo 158.- Sustitución</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Mediante la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que designa un sustituto. Debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento.</i> 2. <i>La facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable.</i> 3. <i>La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado.</i> 4. <i>El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p><i>designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto.</i></p> <p>5. <i>Si el representado concedió la facultad de designar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección. La acción de responsabilidad por la elección caduca a los tres meses de la fecha que el sustituyente hubiera comunicado la sustitución al representado.</i></p> <p>6. <i>El representado puede accionar directamente contra el sustituto por los actos que éste realice.</i></p>

Como sabemos, el artículo 158 del Código Civil vigente regula el tema de la responsabilidad del representante en la sustitución.

El actual artículo 158 regula de manera concisa, aunque bastante detallada, lo relativo a la responsabilidad en la sustitución del poder, no siendo una norma que haya merecido mayores reparos a lo largo de los años.

Sin embargo, la Comisión ha considerado conveniente regular el tema de la sustitución en un artículo extremadamente largo, pues la norma proyectada tiene seis incisos.

En el inciso 1 se establece qué es la sustitución, al señalar que mediante la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que designa un sustituto.

No queremos dejar pasar la oportunidad para decir que una vez más la Comisión incurre en el error de querer regularlo todo, como si alguna vez se hubiera interpretado que la sustitución era algo distinto a lo que es y a lo que se coloca en el proyectado in-

ciso 1, norma que por lo demás resulta evidente que no es *urgente* ni *necesaria*.

Por otra parte, en el propio inciso 1 se indica que la sustitución debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento, precepto que resulta inútil, en la medida de que dentro de la propia lógica de este tema ya estaría previsto por el proyectado inciso 2 del artículo 143, cuando la Comisión plantea que *salvo disposición legal distinta, los actos de regulación modificación o extinción de un acto deberán revestir la misma formalidad que éste*. En tal sentido, es evidente que la sustitución del poder constituye un acto modificadorio del propio poder, motivo por el cual debería cumplir la misma formalidad empleada para el acto de apoderamiento.

En lo que respecta al inciso 2 del Anteproyecto, el mismo señala que *la facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable*.

Consideramos innecesario el proyectado inciso 2, en la medida de que resulta evidente que si no se hubiese establecido en el poder la facultad de sustitución, ella no existirá y —como tal— no será susceptible de deducirse del texto mismo del poder.

En lo que respecta al proyectado inciso 3, debemos precisar que en él se establece que *La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado*.

Entendemos que ello no podría ser de otra forma, en la medida de que en virtud de la aplicación *mutatis mutandis* de lo dispuesto por los artículos 1373 y 1374 del propio Código, toda declaración contractual se considera eficaz en el momento en que llega a conocimiento del destinatario, presumiéndose dicho conocimiento en el momento de su recepción.

Por otra parte, consideramos una demasía el que se haya señalado que para la ineficacia de la sustitución, la comunicación debe ser fehaciente, habida cuenta de que este hecho solamente se relaciona con la probanza de dicha comunicación y no con su existencia ni con su eficacia.

De otro lado, en el proyectado inciso 4 se señala que *El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto*.

La primera parte de este proyectado inciso 4 ya existe en la legislación actual, y sólo se ha cambiado lo relativo a *la sustitución en la persona que se le designó por la sustitución en la persona que le designó el representado*.

Consideramos que más allá de la intrascendente modificación anotada, también resulta intrascendente el haber agregado la frase *pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto*, habida cuenta de que la exoneración de responsabilidad es sólo con respecto a la sustitución del poder en la persona que designó el representado, de lo que no tiene nada que ver con la eventual responsabilidad del representante en el supuesto de que hubiese proporcionado alguna información al representado con respecto al sustituto, a efectos, precisamente, de su ulterior designación como apoderado sustituto.

El proyecto de reforma, en el inciso 5 del artículo 158, establece que *si el representado concedió la facultad de consignar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable con los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección*.

La norma actual sólo hace mención de la culpa inexcusable; sin embargo, a nadie se le ha ocurrido sostener que por no hacerse referencia expresa al dolo, el representante no deba responder por aquellos actos si es que hubiese actuado dolosamente; decimos esto, por cuanto el dolo implica una mayor gravedad que la culpa inexcusable y, en materia de tratamiento legislativo, el artículo 1321 del Código Civil designa al actuar doloso idénticas consecuencias que al actuar culposo, por lo que consideramos que la precisión del inciso 5 del Anteproyecto resulta superflua.

Por otra parte, debemos criticar el inciso 5 pues, como sostuviéramos en *Tentaciones Académicas*,⁴ no encontramos un motivo sólido para limitar en estos casos la responsabilidad del representante cuando haya actuado con culpa inexcusable o con dolo. En tal sentido, estimamos pertinente que dicha responsabilidad se extienda a toda causa imputable, la misma que podría ser, incluso, culpa leve.

⁴ CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo I, p. 302

De igual manera, debemos cuestionar el plazo de caducidad de tres meses, el mismo que, tampoco, ha sido fundamentado en la Exposición de Motivos de la Comisión.

Por qué reducir el plazo para accionar por responsabilidad civil y, por si esa significativa reducción no fuera suficiente, fijarlo como plazo de caducidad y no de prescripción. A criterio nuestro, no hay razón que ampare esta modificación; no hay razón alguna que pueda servir para crear un nuevo supuesto especial de responsabilidad civil.

Y es que nos cuesta entender, o mejor dicho nos es imposible hacerlo, el por qué la Comisión ha considerado *urgente y necesario* establecer un plazo tan breve, cuando la lógica que sirve de sustento al moderno sistema de responsabilidad civil es la de la búsqueda de reparación integral de la víctima. Si el representado ha sufrido daños como consecuencia del actuar culposo del representante, ¿acaso no debería tener las mismas oportunidades que tiene cualquier otra víctima para demandar?

Ya de por sí en los últimos años se ha discutido mucho sobre la diferencia de regímenes de responsabilidad civil. Se ha criticado que en la responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción sea de dos años y en la contractual de diez. Cómo, entonces, no criticar un supuesto que sin merecer un tratamiento tan especial, lo recibe. Cómo no cuestionar un tratamiento que es contrario a los intereses de la víctima, pues reduce su plazo para accionar a tan sólo tres meses. Cómo no oponerse a un plazo que, para colmo, es de caducidad.

Por otro lado, el inciso 6 que propone la Comisión, constituye otra de las famosas verdades de Perogrullo, que son tan frecuentes en el Anteproyecto. En esta norma, la Comisión ha juzgado como *urgente y necesario* establecer lo evidente.

El inciso 6 sobra, pues es obvio que, en tanto el representado y el sustituto no se encuentran vinculados por acto jurídico alguno, no estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil contractual; mas sí frente a uno de responsabilidad civil extracontractual. De esta manera, por las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, el representado que ha sufrido daños y perjuicios puede accionar contra el sustituto por ser éste el causante, el responsable de esos daños.

• LA NOVEDOSA «DELEGACIÓN»

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 158-A.- Delegación</p> <p>1. Salvo disposición distinta del representado, el representante puede delegar todas o parte de sus facultades, y es directamente responsable ante al representado por la elección del delegado y por los actos que éste celebre o ejecute.</p> <p>2. La delegación no supone la extinción de las facultades del representante.</p>

Consideramos que entre los muchos calificativos que se le pueden dar a esta norma, destacan el de *absurda*. Es imposible decir algo positivo sobre un precepto como éste que crea una figura innecesaria y perjudicial.

El actual artículo 158 –que no ha sido *enmendado* por la Comisión–, al referirse a la sustitución indica que requiere que el representado pueda otorgar a su representante la facultad de sustituirse por un tercero. Es necesario que la sustitución, para ser tal, requiera autorización del representado. Resulta lógico, pues, que el poder, dada su naturaleza, sea *intuitu personae*: el representante ha sido elegido por sus características personales, de modo que sin permiso del representado no podría sustituirse por otro.

Esa idea, que en principio resulta tan clara, es completamente desfigurada, destrozada, en el artículo 158-B, en el que se crea la figura de la *delegación*.

Así, en el artículo 158-B se establece que ante el silencio del representado (que implica que el representante no pueda sustituirse, según lo dispuesto por el artículo 158), sí puede delegar el poder. En otras palabras, el representante no se *sustituye* por un tercero, sigue siendo representante, pero *delega* en otro el ejercicio del poder.

Gracias al artículo 158-B se consigue por vía indirecta lo que se trata de evitar con el artículo 158. Esto es muy grave, pues la Co-

misión está otorgando la posibilidad de que cualquiera se burle de la norma utilizando un argumento sofístico, una *sutileza de escuela*. A pesar de que yo (representado) no quería que otro ejerciera mi representación, si no lo manifiesto expresamente así, mi representante puede, sin que yo me entere, delegar ese poder en otro que, incluso, pudiera ser mi enemigo.

Pero lo absurdo no termina allí pues, conforme al inciso 2 que se propone, la delegación no conlleva la extinción de las facultades del representante. De este modo, un representado que escogió a su representante por sus cualidades personales y no lo autoriza para sustituirlo, puede llegar a tener dos personas que ejerzan poder de representación: aquél que escogió y aquél que, no siendo su representante, actúa como tal.

¡Qué barbaridad!

• Y SEGUIMOS CON «LA DELEGACIÓN»...

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 159.- La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto.</p>	<p>Artículo 159.- Revocación</p> <p>1. La sustitución no puede ser revocada por el representante para reasumir el poder.</p> <p>2. La delegación puede ser revocada en cualquier momento.</p>

La Comisión propone modificar el artículo 159 para albergar en su texto la absurda y peligrosa figura de la delegación.

En el inciso 1 se plantea modificar por completo la norma actual. Hoy, como regla general, el representante puede, en cualquier momento, revocar la sustitución y reasumir su rol como tal. El precepto vigente parte, pues, de una de las características esenciales del poder, esto es, su carácter revocable.

Si el representante, con autorización del representado, se sustituye por un tercero –es decir, le otorga a éste el poder de representación–, es evidente que puede revocarlo por el simple hecho de que todo poder es revocable.

Imaginemos que X es nombrado como representante de Y,

pero tiene que viajar por unos días y, por ende, se sustituye, con plena autorización de Y, por Z. Pasados esos días, X regresa; ¿por qué no podría reasumir el poder de representación, si la idea de sustituirse no necesariamente descansa en una causa permanente? En no pocas ocasiones, la sustitución es una salida transitoria, razón por la cual no se puede entender que en el Anteproyecto no se permita su revocación.

Si el representado quiere que el representante original reasuma su cargo, tendría que revocar el poder del sustituto/nuevo representante y otorgar un nuevo poder a su anterior representante. Y si el representado estuviese al otro lado del mundo y le fuere muy complicado –sino imposible– realizar los actos necesarios para ello, pues simplemente, mala suerte.

En el inciso 2, la Comisión trata de hacer más atractiva la figura de la delegación, al darle carácter revocable. Pero, en realidad, la Comisión ha incurrido en una distinción sin sentido. Si ya es terrible crear, por puro gusto y sin medir las consecuencias, una figura como la delegación, es aún peor darle a ella carácter revocable, pero negarle tal carácter a la sustitución.

• QUIERO ENMENDAR MI ERROR, PERO NO ME DEJAN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 162.- <i>En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero. El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.</i>	Artículo 162.- Ratificación 1. <i>En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la formalidad prescrita para su celebración.</i> 2. <i>La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.</i> 3. <i>El que actúa como representante sin serlo o con facultades insuficientes y el tercero que hubieran celebrado el acto jurídico, no podrán dejarlo sin efecto sin antes informar de su cele-</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>La facultad de ratificar se transmite a los herederos.</i>	<i>bración al representado, quien podrá ratificarlo dentro de los treinta días de haber sido informado del acto mediante comunicación de fecha cierta. Si no lo ratificara, podrá exigir al tercero y al representante indemnización por los daños causados y, cuando corresponda, la restitución de la prestación.</i> 4. <i>La facultad de ratificar se transmite a los herederos y caduca para ellos al año de celebrado el acto.</i>

El inciso 1 propuesto contiene un cambio, se sustituye la palabra *forma* por la expresión *formalidad*. Esta modificación es accesorio por los argumentos ya esgrimidos y que se remontan a *Tentaciones Académicas*.⁵

El inciso 2 se limita a repetir lo establecido en la norma vigente. En realidad, pensamos que aquí sí debería haberse realizado una modificación importante.

Como también se señala en *Tentaciones Académicas*,⁶ consideramos que el otorgar a la ratificación efectos retroactivos constituye una peligrosa ficción. Ella debería surtir efectos recién a partir del momento en que se efectúa; vale decir, desde que es comunicada al apoderado o al representante.

Ese carácter retroactivo podría perjudicar a quien desee hacerla, en la medida de que no quiera que su asentimiento respecto de esos actos surta efectos desde el término inicial, sino recién desde el momento de su ratificación.

Además, juzgamos que debería establecerse un plazo máximo para la ratificación del acto. El silencio en este extremo únicamente conlleva inseguridad jurídica y, por ende, problemas.

⁵ CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo I, p. 303.

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo I, p. 303.

En el inciso 3 nuevamente lo absurdo, lo inexplicable. En esta norma se dispone que aquel que actuó como representante sin serlo o excediendo sus facultades, no puede dejar sin efecto el acto sin antes informar al representado para que éste decida si lo ratifica o no.

Es decir, si alguien hizo algo que no debía y trata de enmendarlo, no puede hacerlo sin avisar primero al representado. El efecto del acto, mientras tanto, queda en el limbo, en el ámbito de lo susceptible de ser ratificado.

Y por si eso no bastara, la norma le concede al representado treinta días para decidir si lo ratifica o no; mas no fija qué plazo tiene el supuesto representante para informar.

Definitivamente un precepto como éste sólo puede ser fruto de la improvisación. Ello no se explica de otra manera, ya que, siguiendo lo allí regulado, se puede llegar a la incoherencia absoluta. Es posible que quien actuó sin facultades de representación o excediéndolas y enmienda el error, resolviendo el acto sin consecuencias perjudiciales, pueda ser demandado por el supuesto representado que no fue informado de ello. ¡El representado podría demandar por el lucro cesante que le ha causado que el representante corrija un exceso sin darle la oportunidad de ratificar el acto celebrado!

Por último, tenemos al inciso 4 propuesto que, en parte, repite el texto actual. La gran diferencia es que se establece un plazo de caducidad de un año para que los herederos puedan ratificar el acto celebrado.

No podemos pronunciarnos en contra de ese plazo ya que en 1998, en *Tentaciones Académicas*, lo propusimos primero.

Empero, sí hay algo que creemos necesario cuestionar, y es que en el Anteproyecto no se ha dado solución a uno de los principales problemas del artículo 161, esto es, que no se señale plazo de prescripción para los casos de ineficacia por los actos del representante que no tenía poder, trasgredió los términos del poder, o tenía poder insuficiente.

Si hay algo que enmendar en esta parte es, justamente que se haya omitido ese plazo. En nuestra interpretación el plazo es de 2 años, lo que se deduce de concordar los artículos 195 y 2001, inciso 4 del Código Civil, cuando regulan el tema de la ineficacia por

fraude pauliano. En opinión de un sector de la doctrina es de 10 años, pues se trata de una acción personal; y, en opinión de un tercer grupo al que parece no importarle la seguridad jurídica –y dentro del cual también pareciera hallarse la Comisión– no hay plazo alguno, la acción es imprescriptible.

• OSCURIDAD

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 167.- Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Disponer de ellos o gravarlos. 2. Celebrar transacciones. 3. Celebrar compromiso arbitral. 4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial. 	<p>Artículo 167.- Representantes especiales</p> <p>Los padres, tutores, curadores y demás representantes de sujetos con capacidad restringida requieren de autorización judicial expresa para celebrar los actos que establece la ley o señalados en el acto de nombramiento del representante.</p>

Actualmente, gracias al sistema que rige y que es significativamente menos confuso que aquel modelo intermedio que pretende imponer la Comisión respecto de la capacidad de los sujetos, basta con decir *representantes legales*. Ahora, en cambio, la Comisión, además de señalar una breve lista, emplea la expresión *representantes de sujetos con capacidad restringida*.

Además y como resulta evidente, la lista elaborada en el artículo es una lista incompleta. Si bien se ha querido establecer una relación abierta con la expresión *y demás representantes*, con ella se limita a los sujetos con capacidad restringida.

No entendemos la razón que motiva esta modificación, y no la comprendemos pues, en primer lugar, el artículo 167 nunca ha sido cuestionado; y, en segundo término, porque la modificación formulada no *enmienda* o *perfecciona*, sino que *empeora* y *corrompe* la ley sin *urgencia* y sin *necesidad*.

En nuestra opinión el artículo vigente es mejor que la defectuosa norma propuesta, la misma que se caracteriza por adolecer de errores desde su propia concepción.

Si lo que deseaba la Comisión era perfeccionar este precepto, tomó la vía equivocada. En nuestra opinión lo conveniente sería mantener el texto vigente con una sola diferencia. Así, consideramos adecuado ampliar los alcances de la norma a los actos que celebra el representante sobre el *patrimonio*, y no sólo sobre los *bienes* del representado.

En razón de ello, estimamos necesario agregar un inciso que se refiera expresamente al caso de los actos de liberalidad que afecten o causen menoscabo en el patrimonio del representado.

TÍTULO IV Interpretación

• NI LA SOMBRA DE AYER

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 168.- <i>El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.</i>	Artículo 168.- Lo expresado y el propósito de los declarantes 1. <i>El acto jurídico debe ser interpretado de conformidad con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.</i> 2. <i>Cuando el sentido literal de las palabras fuera contrario a la voluntad exteriorizada, prevalece ésta sobre aquél.</i> 3. <i>Para determinar la voluntad exteriorizada del sujeto o los sujetos, se deberá tener en cuenta su comportamiento total, incluso el anterior y el posterior a la celebración del acto jurídico.</i>

No podemos iniciar nuestro análisis de esta norma sin enfatizar, primero, la superioridad del artículo actual, cuyo texto, si bien ha

sido recogido en el inciso 1 del artículo propuesto, también ha sido desdibujado con la introducción de los incisos 2 y 3.

En el inciso 2 se dice que prevalece la voluntad exteriorizada sobre el sentido literal de las palabras cuando ambos se contradigan.

Bien sabemos todos que la voluntad exteriorizada es la que genera nuestras palabras y esas palabras son las que se interpretan. Asimismo, sabemos bien que las palabras usualmente van acompañadas de otros elementos, tales como la mímica y la entonación. Cuando se encuentran plasmadas en un texto, el sentido se da con el uso de los signos de puntuación y con la idea que en conjunto brinda ese texto.

Por supuesto, hay diversas maneras de interpretar esas palabras, ese texto. Pero la interpretación que debe primar es, siguiendo la norma en vigencia (recogida también en el inciso 1 del proyectado artículo 168), aquella interpretación que es conforme a la buena fe.

Siguiendo este razonamiento podemos afirmar que el inciso 2 propuesto está de más, pues el mismo ya se encuentra incluido en el inciso 1, que –lo repetimos– es una norma clara que tiene la virtud de abarcar todos los supuestos de hecho.

El inciso 3 que propone la Comisión coincide con el anterior en el sentido de que constituye una norma innecesaria; sin embargo, los efectos lesivos que se derivan de éste pueden ser mayores.

Siguiendo la lógica del inciso 3, una persona puede haber tenido una conducta determinada antes de la celebración del acto jurídico, y una conducta distinta luego de celebrado; empero, se le podría cuestionar argumentando que ya no puede cambiar su conducta, pues lo más probable será que su verdadera intención sea la manifestada en primer término.

De este modo, el inciso 3 intenta recoger la teoría de los actos propios que ha sido, además, definida de manera defectuosa en el Título Preliminar propuesto. En ese intento, la Comisión parece olvidar que los actos jurídicos no se analizan con el *currículum vitae* de quienes los celebran, sino que se analizan en sí mismos y de acuerdo a las circunstancias, todo lo cual debe entenderse en función del principio de buena fe y no de acuerdo a los cambios de ánimo que pueda tener un sujeto.

El inciso 2 y el inciso 3 intentan especificar, sin justificación alguna y con efectos perniciosos, lo que ya se encuentra establecido

en la norma actual; intentan explicar qué supuestos deben interpretarse según el principio de la buena fe.

De esta manera, resulta evidente que tanto el inciso 2 como el inciso 3 son tentaciones, bastante comunes dentro del Anteproyecto, ante las cuales la Comisión se ha rendido. No hay otra forma de entender ese afán de especificar, sin tomar en cuenta que esa especificación podría generar confusiones, complicaciones e, incluso, desfigurar una norma útil cuya vigencia es indiscutible.

La Comisión debe entender que los principios son justamente eso, principios, expresiones generales que, como tales, no requieren ser reglamentadas.

• UNO PARA TODOS Y TODOS PARA UNO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.	Artículo 169.- Interpretación sistemática. Disposiciones explicativas. Principio de conservación 1. Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas. 2. Cuando el acto contenga una disposición explicativa, se entenderán incluidos (sic) en ella los supuestos a los que según las circunstancias tal disposición pueda razonablemente aplicarse. 3. El acto jurídico y cada una de sus disposiciones deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto, y no en aquél según el cual no tendrían ninguno.

El artículo 169 del Anteproyecto repite la fórmula del artículo 168, esto es, recoge la norma vigente en su inciso 1 y la deforma con la introducción de dos incisos que de *urgentes* o *necesarios*

no tienen absolutamente nada, salvo que se considere *urgente* y *necesario* deformar su contenido y sus alcances.

En el inciso 2 la Comisión introduce la figura de la *disposición explicativa*, pero sin tomarse el trabajo de *explicar* a qué se refiere con ello.

Si lo que se intenta decir es que una cláusula debe interpretarse con las otras, el inciso 2 vendría a ser una mala versión del precepto actual que ha sido recogido en el proyectado inciso 1.

La segunda posibilidad es que se trate de una cláusula en la que se explique, por ejemplo, cómo debe el vendedor entregar el auto. En tal sentido, dicha cláusula no sólo sería aplicable a la entrega del auto, sino también a la entrega del bote o del televisor, a pesar de que sobre ello nada se indicó expresamente.

De nuevo parece que la intención de la Comisión ha sido especificar lo regulado en la norma general, consiguiendo el despropósito de oscurecerla y generando, además, efectos jurídicos perniciosos.

No podemos entender por qué la Comisión ha tenido la audacia de presentar como modificación algo como esto; cómo puede proponer que si en un acto jurídico se estableció una cláusula explicativa, aquélla deba aplicarse a supuestos distintos de los establecidos expresamente por los involucrados.

Plasmar legislativamente una interpretación amplia y peligrosa del inciso 1, tratando con ello de extender su ámbito de aplicación —sin importar lo peligroso o absurdo que ello pueda ser—, sólo demuestra irreflexión.

El inciso 3, por su parte, constituye también una muestra clara de lo defectuoso y peligroso que es el Anteproyecto.

Nos explicamos.

Existen ocasiones en las cuales los actos jurídicos, por más de que las partes deseen lo contrario, son nulos; empero, gracias a la norma del inciso 3 se debería interpretar el acto en un sentido distinto, de modo que ese acto sea válido y eficaz.

Así, con la introducción de este inciso, la Comisión nos propone que se dé al acto jurídico la interpretación que permita salvarlo, por más forzada que fuere esa interpretación.

Como se puede apreciar sin dificultad alguna, lo que la Comi-

sión establece en este precepto es una malformación del principio de conservación del acto jurídico, pues el principio de conservación no lo tienen las partes al interpretar los actos, sino el legislador cuando en una norma, entre optar por otorgarle validez y eficacia a un acto o quitárselas, opta por lo primero. Esta norma nos dice que aunque el acto jurídico tenga disposiciones que vayan en contra del orden público, se le debería dar una interpretación que nos permita salvarlo.

El principio de conservación, bien aplicado, lo que permite es la nulidad parcial, de modo que el acto jurídico se salva siendo sólo nulas las disposiciones que adolecen de nulidad, en la medida de que ellas sean separables del resto del acto.

El proyectado inciso 3 deforma esa idea, permitiendo que incluso esas disposiciones que adolecen de nulidad puedan salvarse gracias a una interpretación del acto jurídico en su conjunto, que las validaría.

En definitiva, el proyectado inciso 3 otorga validez a una interpretación perversa del acto jurídico. No se interpreta el acto jurídico en sí mismo, sino que se sigue la interpretación que la Comisión quiere que se dé, a pesar de que el sentido de dicho acto sea opuesto.

• CONTRADICTORIO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.	Artículo 170.- Interpretación finalista. Disposiciones generales. Aplicación de los usos 1. Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza, objeto y finalidad del acto. 2. Cualquiera que sea la generalidad de las expresiones del acto, no se entenderán incluidos (sic) supuestos diferentes de aquellos sobre los que los sujetos se propusieron celebrarlo.

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	3. Cuando las circunstancias lo requieran, en la interpretación del acto jurídico se debe atender a los usos y costumbres aplicables.

El artículo 170 del Anteproyecto se mantiene en la misma línea de los dos preceptos anteriores. En tal sentido se encuentra distribuido en tres incisos.

En el primero de dichos incisos la Comisión ha optado por mantener el texto de la norma vigente, con una salvedad: se ha agregado al objeto del acto como criterio a tomar en cuenta. A decir verdad, esa modificación es insignificante en la medida de que actualmente y sin necesidad de que se encuentre en el texto del artículo, se entiende que ello es así.

El inciso 2, en cambio, resalta por ser contrario a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 169 del Anteproyecto.

Como acabamos de ver, el artículo 169 inciso 2 incluye algo que las partes no han dicho, pero que en la norma siguiente, esto es, en el artículo 170, inciso 2, se excluye. ¿A cuál de los dos le hacemos caso?

Es increíble que por segunda ocasión en lo que llevamos revisando este Anteproyecto –que se supone contiene enmiendas–, encontremos dos normas, una detrás de otra, que se contradigan de manera tan evidente.

Dejemos allí los comentarios al respecto, pues las contradicciones hablan por sí mismas.

Examinemos mejor el inciso 3 que, lamentablemente, tampoco se caracteriza por enmendar los defectos de nuestro Código Civil sino, por el contrario, de introducir problemas.

Empecemos por decir que la interpretación de los actos jurídicos nunca ha sido contraria a la costumbre. De allí que si dos personas celebran un acto jurídico, si esas dos personas han venido celebrando entre ellas actos jurídicos similares, es evidente que la costumbre va a ayudar a la interpretación, pues va a ayudar a darle sentido al acto jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la introducción del término *costumbre*, puede prestarse a que se asuma que la acepción en que se utiliza es la genérica. Así, se podría pensar que a efectos de la interpretación debe tomarse en cuenta no la costumbre propia de las partes sino de toda la comunidad.

Plasmar en una norma a la costumbre como criterio interpretativo puede, entonces, resultar sumamente peligroso, ya que no se circunscribe a la costumbre propia de las relaciones contractuales de las partes. Aquello podría llevar al absurdo de que a pesar de que normalmente las partes que celebran el acto jurídico entienden «A», como en la comunidad normalmente se entiende «B», prevalezca «B».

Suponemos que la Comisión se ha inspirado en el Derecho Mercantil o en el Derecho de Seguros para proponer una norma como ésta, pero sin considerar los efectos que ello puede implicar en Derecho Civil.

Obviamente no estamos de acuerdo con la posición adoptada por la Comisión. Pensamos que esa idea, que pertenece a áreas del Derecho regidas fundamentalmente por la costumbre, no debe plasmarse en el Código Civil. No olvidemos que aquí se está normando al acto jurídico, que es la esencia de todo contrato y, por lo mismo, su regulación debe ser lo más general posible, de modo que esas otras áreas puedan asumirla y adaptarla a las necesidades de su contexto, de su ámbito.

TÍTULO VI Simulación

• ¿Y LOS TERCEROS?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 191.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto oculto, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.	Artículo 191.- Simulación relativa Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto oculto, siempre que concurren los requisitos de sustancia y formalidad.

Respecto de esta supuesta enmienda debemos resaltar, en primer lugar, el error en que se ha incurrido al eliminar de la norma la protección a los derechos de terceros, ya que con ello se ha violentado uno de los pilares de todo ordenamiento jurídico, esto es, la seguridad jurídica.

En nuestra opinión lo correcto sería, si la intención de modificar es la de enmendar, establecer que el acto no surtirá efectos para los terceros que eventualmente se verían perjudicados por su celebración, pero no a las partes que lo celebraron, las mismas que sí deberían verse sujetas a sus efectos.

Asimismo, debería haberse variado el término *concluir* por el de *celebrar*, en la medida de que esta última expresión posee mayor propiedad para el tema y de que la primera es plurisignificativa.

• ¿ACCIÓN O PRETENSIÓN?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 193.- La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.	Artículo 193.- Pretensión de nulidad La pretensión de nulidad por la simulación a que se refiere el artículo 190 puede ser ejercida por cualquiera de las partes o por el tercero en los casos del artículo 220.1.

En nuestra opinión, y como explicaremos al analizar el proyectado artículo 220 inciso 1, lo pertinente es que no sólo las partes y el tercero perjudicado tengan facultad para solicitar la nulidad del acto simulado, sino cualquier persona que tenga legítimo interés. Al tratarse de un supuesto de nulidad, no existe razón alguna para impedir que esa acción sea interpuesta por cualquier otra persona que tenga interés en la declaración de nulidad.

Por lo demás, se ha cambiado la palabra *acción* por *pretensión*, en aras de unificar conceptos con el Código Procesal Civil de 1993, pero sin que dicha reforma revista necesidad alguna.

TÍTULO VIII Vicios de la voluntad

• ¿Y SI NO HAY DOS PARTES?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 201.- <i>El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.</i>	Artículo 201.- Requisitos <i>El error en la formación de la voluntad es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por el destinatario de la declaración.</i>

Aunque resulte curioso, de esta *enmienda* podemos criticar incluso la sumilla que se le ha puesto.

La Comisión ha decidido bautizar el artículo con el nombre de *Requisitos*. No obstante, al ser la sumilla que sigue al Título VIII, ello podría generar confusiones en la medida de que su ubicación sugiere que esos requisitos son los que debe cumplir todo vicio de la voluntad para ser tal.

Ya en lo que concierne al texto del artículo propuesto, notamos que la Comisión ha considerado *urgente* y *necesario* iniciar el mismo señalando que se trata de un error *en la formación de la voluntad*. Ante esta medida *urgente* y *necesaria* cabe preguntar cuándo se pensó algo distinto. Qué, ¿acaso los operadores jurídicos no podemos darnos cuenta de que en tanto se trata del error, como vicio de la voluntad, el mismo afecta –justamente– la formación de la voluntad?

Lo cierto es que la propia ubicación de la norma hace que sea imposible que se trate de un error distinto al error vicio de la voluntad, razón por la cual no entendemos por qué la Comisión ha juzgado imprescindible aclarar un asunto tan claro. Sólo nos queda por pensar que ella persiste en su menosprecio por todo aquel que se acerca al Código Civil y cree necesario explicar hasta lo evidente.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, lo más criticable de la norma propuesta es que modifica la expresión *por la otra parte*, indicando en su lugar la frase *por el destinatario de la declaración*.

Con ese cambio la Comisión parece haber olvidado que existen supuestos en que el acto jurídico es unilateral y allí no se puede hablar de destinatario de la declaración.

• NADA NUEVO BAJO EL SOL

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 202.- <i>El error es esencial</i> 1. Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad. 2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad. 3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.	Artículo 202.- Error esencial 1. El error es esencial cuando sea determinante de la voluntad y recaiga sobre: a) La identidad o las cualidades personales de la otra parte, del sujeto al cual se dirige la manifestación o del favorecido con el acto, de acuerdo con la apreciación general o en relación con las circunstancias. b) La esencia o la identidad del bien, servicio o abstención que es materia del acto. c) Una cualidad del bien, servicio o abstención, de acuerdo con la apreciación general o en relación con las circunstancias. d) La naturaleza de acto. e) La cantidad o el valor. 2. El error de derecho también es esencial cuando sea determinante de la voluntad.

No entendemos la *urgencia* y *necesidad* de modificar el artículo 202 que, en general, constituye una norma bastante clara.

La norma propuesta, notoriamente más extensa que la original, se divide en dos incisos. En el primero se indica que el error es esencial cuando resulta determinante de la voluntad y recae sobre diferentes aspectos que se encuentran señalados en diferentes literales de la norma.

El literal a) simplemente repite al actual inciso 2, pero con la salvedad de que ahora se especifica mucho más. En realidad toda

esa especificación no es *urgente* ni *necesaria*, pues lo importante de una norma es su generalidad, el que pueda abarcar todos los supuestos de hecho para los cuales han sido pensadas las consecuencias jurídicas que se le atribuyen.

Los literales b) y c) no son otra cosa que el actual inciso 1 desmenuzado. En efecto, los literales b) y c) no dicen nada nuevo, pues en definitiva se refieren a la cualidad y a la esencia o identidad del objeto, aunque ahora en vez de objeto opten por complacar el supuesto, indicando *bien, servicio o abstención que es materia del acto*.

El literal d) también está de más, pues es por todos conocido que lo que importa es la coincidencia de voluntades, el consentimiento que da lugar al acto jurídico, de modo que si se equivocan en la denominación del acto, prima siempre la naturaleza del mismo. Es obvio que la naturaleza jurídica del acto es siempre lo que prevalece.

El literal e) recoge la segunda parte del actual artículo 204, que ha sido dividido sin razón alguna; no hay otra forma de poder entender la decisión adoptada por la Comisión.

Por último, el inciso 2 recoge al actual inciso 3.

Esta revisión es breve, pues no hay mucho que decir respecto de una norma que nada nuevo aporta; sólo nos permite apreciar nuevamente que el Anteproyecto está lleno de modificaciones que no tienen por fin enmendar y que, en la mayoría de casos no tienen justificación alguna que las sustente.

• ¡NO ME DIGAS!

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 203.- <i>El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.</i>	Artículo 203.- Conocibilidad <i>1. El error se considera conocible cuando, con relación al contenido, a las circunstancias del acto, a las cualidades personales del destinatario de la manifestación, dicho error hubiese podido ser advertido actuando con diligencia ordinaria.</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<i>2. Cuando se trate de acto unilateral no recepticio no se requiere de conocibilidad.</i>

Sobre el artículo 203 propuesto no hay nada que comentar, pues en esencia su inciso 1 dice lo mismo que la norma actual.

Por su parte, el inciso 2 se restringe a decir lo evidente, lo que toda persona puede deducir por sí misma sin necesidad de *quemarse las neuronas* en el intento, esto es, que cuando el acto jurídico sea unilateral no se exige –pues sería imposible hacerlo– que sea conocible.

• MAL CÁLCULO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 204.- <i>El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad.</i>	Artículo 204.- Error de cálculo <i>El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación.</i>

Como indicáramos hace unos momentos, la Comisión, en su afán de modificar, tuvo la brillante idea de agregar el literal e) al inciso 1 del artículo 202, colocando allí, palabra por palabra, la segunda parte del vigente artículo 204.

Así, la gran modificación que se ha realizado en esta norma consiste en haberla recortado sin ningún motivo aparente.

TÍTULO IX Nulidad

• NO SE SALVA UN INCISO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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. 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. 	<p>Artículo 219.- Causales de nulidad El acto jurídico es nulo:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto o éste carece de discernimiento. 2. Cuando se ha celebrado por las personas a las que se refiere el artículo 43, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 o disposición legal diferente. 3. Cuando su objeto es física o, en su caso, jurídicamente imposible o cuando es indeterminable. 4. Cuando su finalidad es ilícita. 5. Cuando es aparente por simulación absoluta o relativa. 6. Cuando no reviste la formalidad prescrita con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad. 7. Cuando la ley lo declara nulo.

Analicemos ahora el texto propuesto para el artículo 219, que se encarga de regular las causales de nulidad.

En el inciso 1 la Comisión ha decidido agregar que el acto es nulo cuando el sujeto carece de discernimiento.

Frente a ello no podemos dejar de preguntarnos cuál es la razón que justifica esta adición. Qué, ¿acaso los sujetos que carecen de discernimiento no se encuentran comprendidos en el artículo 43 del Anteproyecto, de donde se sigue que se está agregando algo que ya está dicho en el inciso 2?

Lo cierto es que esta reiteración no es sino una consecuencia de ese cambio absurdo y problemático respecto al modelo que maneja el Código sobre la capacidad.

Y ese problema no es el único pues, como podemos apreciar en el proyectado inciso 2, se ha tenido que recurrir a la frase *las personas a las que se refiere el artículo 43*, pues ya no hay una denominación que las comprenda a todas. Actualmente se utilizan las denominaciones de absoluta o relativamente incapaces, según corresponda. En el Anteproyecto, por una sutileza de escuela, se prefiere emplear largos eufemismos *para no ofender a nadie*.

Pero allí no terminan las complicaciones del inciso 2, sino que se ha dejado sin corregir un defecto del que adolece el texto actual. Así, no se ha corregido la redacción del mismo, redacción que, en nuestra opinión debió omitir la remisión al artículo 1358, pues bastaba con la expresión *salvo disposición legal diferente*.

De igual manera, el inciso bajo examen, al referirse a los sujetos del artículo, está comprendiendo a quienes se hallan habitualmente privados de discernimiento o no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, por lo que —en estricto— ello se encuentra regulado en el inciso 1. No olvidemos que esos sujetos no cuentan con una voluntad jurídicamente relevante.

En los incisos 3, 4 y 6 la Comisión comete los mismos errores, muy graves por cierto, que hemos advertido en el artículo 140 del Anteproyecto, por lo que nos remitimos a las críticas que sobre esos temas ya hemos esgrimido, pues todas ellas son perfectamente aplicables.

En el inciso 5 se sanciona con nulidad incluso al acto jurídico que es aparente por simulación relativa; no obstante, en el artículo 193 la pretensión de nulidad sólo está regulada en función de la nulidad absoluta, lo mismo que en el artículo 221.

El inciso 7 es exactamente igual al actual, así que no tenemos nada que comentar sobre aquél. No obstante, lo que sí tenemos que decir es que se ha omitido el inciso 8, nuevamente, sin razón alguna que sustente tal omisión.

• ¡NO SE PUEDE CREER!

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.</p> <p>Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.</p> <p>No puede subsanarse por la confirmación.</p>	<p>Artículo 220.- Legitimidad. Declaración de oficio</p> <p>1. La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada sólo por quienes tengan interés directo o por el Ministerio Público. No obstante, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 219 la nulidad no podrá ser alegada por las partes que con conocimiento del vicio hubiesen ejecutado el acto en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.</p> <p>2. Si el Juez advierte la existencia de una nulidad que no es materia de las pretensiones demandadas, la pondrá en conocimiento del Ministerio Público y de las partes. En ningún caso, el Juez puede declarar la nulidad de oficio.</p>

Continuando con nuestra revisión del Anteproyecto, debemos subrayar que el artículo 220 propuesto por la Comisión hace gala de serios y peligrosos defectos que, como explicaremos, desnaturalizan la figura de la nulidad del acto jurídico.

En el inciso 1 la Comisión ha restringido la legitimidad para solicitar la nulidad a aquéllos que tienen interés directo.

Gracias a este desacierto, quien es indirectamente perjudicado por un acto jurídico nulo no puede demandar su nulidad, viéndose obligado a buscar otras vías para velar por sus intereses.

¿Cómo poder justificar algo como lo que se propone, si se trata de un acto jurídico nulo, que –como tal– adolece de un vicio que violenta al ordenamiento jurídico? ¿Cómo es posible que sólo se

otorgue la legitimidad para demandar la nulidad a quien tenga interés directo y al Ministerio Público?

El artículo en actual vigencia emplea la expresión *interés* en el sentido más lato de la palabra, justamente porque la sanción de nulidad implica que el acto adolece de un vicio que lo hace contrario al orden público. De este modo, cualquiera que demanda demuestra ya su interés en ese sentido lato, pues de lo contrario simplemente no demandaría.

Lo cierto es que salvo en los casos de excepción, la declaración de nulidad de un acto jurídico interesa a toda la sociedad. Dentro de tal orden de ideas, cualquier persona debería poder alegarla.

Pero no crean que allí termina lo absurdo del proyectado inciso 1, pues, para colmo, en el mismo se establece que la nulidad no podrá ser alegada por las partes si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.

Con esa medida la Comisión está llevando la teoría de los actos propios, mal definida en el Título Preliminar del Anteproyecto, a extremos alarmantes, pues legitima su aplicación incluso en materia de nulidad, lo que es rechazado en doctrina.

El nivel de irreflexión alcanzado con una norma como ésta realmente nos deja perplejos. Con esta norma se abarca prácticamente todo. De este modo, si alguien celebró un acto jurídico cuando adolecía temporalmente de incapacidad o, siguiendo el modelo que pretende imponer la Comisión, de *capacidad de ejercicio restringida*, una vez recuperada su capacidad no podrá accionar por nulidad en caso haya ejecutado el acto antes de percatarse del vicio que éste tenía.

En otras palabras, gracias a esta aberración que se pretende convertir en norma, un sujeto podría estar condenado a los efectos de un acto jurídico que en esencia es nulo.

El inciso 2, por su parte, también se caracteriza por ser absolutamente injustificado, generando consecuencias jurídicas contrarias a nuestro actual ordenamiento jurídico.

En dicho inciso la Comisión postula como fórmula, que el juez que durante un proceso advierta la existencia de una causal de nulidad del acto, simplemente no haga nada; sólo se limite a infor-

mar a las partes y al Ministerio Público sobre su hallazgo. Es más, la Comisión enfatiza que el juez nunca, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, puede declarar la nulidad de oficio.

Imaginemos un proceso en el que se discute sobre una donación y nadie se ha dado cuenta de que el acto jurídico respecto del cual se discute es nulo. El juez advierte el vicio del que adolece la donación, pero no puede declararla pues la ley le exige seguir con el proceso y avisar a otros para que sean ellos quienes decidan si quieren demandar o no la nulidad. Si deciden hacerlo, será necesario otro proceso.

Incluso, si las partes pidieran la nulidad extemporáneamente, el juez no podría pronunciarse sobre tal pedido, pues la pretensión no se habría formulado en momento oportuno, por lo que se verían forzadas a iniciar un nuevo proceso.

Definitivamente la Comisión ha olvidado conceptos básicos en Derecho. Resulta imperdonable un artículo como éste, que no sólo se burla de la economía procesal generando gastos inútiles de recursos y tiempo, sino que, por si esto fuera poco, contraviene nociones elementales de acto jurídico.

En nuestra opinión, el juez que conoce de una causa debería no sólo poder declarar la nulidad, sino que debería tener la obligación de declararla de oficio, cuando ella sea manifiesta.

La nulidad es algo que interesa a todos, es de orden público, implica la contravención del ordenamiento jurídico; cómo no declararla de oficio. No estamos hablando de anulabilidad o de ineficacia.

No entendemos tampoco qué papel jugaría en este tema el Ministerio Público. Si bien la nulidad implica que el acto jurídico adolece de un vicio, salvo el supuesto en que el acto fuere ilícito también en el campo penal, no habría delito alguno y la presencia del Ministerio Público sólo conllevaría un gasto inútil de recursos.

Realmente este artículo no tiene ni pies ni cabeza, es tan sólo una prueba más de lo insulso que resulta dar preeminencia a sofisticaciones que carecen de lógica.

• LO NULO, ES NULO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 220-A.- Efectos de la nulidad</p> <p>1. El acto jurídico nulo lo es desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare, quedando a salvo el derecho del tercero contratante a título oneroso y de buena fe.⁷</p> <p>2. No puede ser convalidado, salvo disposición legal diferente.</p>

Además de realizar esas absurdas y lesivas modificaciones al precepto que acabamos de revisar, la Comisión ha tenido a bien agregar una norma. De esta manera, el Anteproyecto cuenta con el artículo 220-A en el que se regulan los efectos de la nulidad.

Empecemos por señalar que actualmente ese tema no tiene una normatividad expresa; no obstante, en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales existe unanimidad de criterio en el sentido de que el acto jurídico nulo es nulo desde su celebración. Así, lo dispuesto en la primera parte del inciso 1 no hace sino recoger lo que hoy todos conocemos y admitimos.

La protección del tercero contratante es un tema que requiere de mayor reflexión. En el Anteproyecto se ha dispuesto que sólo se encuentra protegido el tercero contratante a título oneroso y de buena fe. Sin embargo, como pie de página se señala que la Comisión evaluará los supuestos de protección para establecer si éstos deben comprender también al tercero contratante a título gratuito.

A decir verdad, se señale o no una norma como ésta, el tercero perjudicado a título que sea, siempre tiene otras vías para tutelar sus intereses. Dependiendo de las circunstancias podrá, por ejemplo, utilizar las normas sobre responsabilidad civil contractual o las de responsabilidad civil extracontractual, la acción pauliana, entre otras.

⁷ La Comisión anota a pie de página que «evaluará integralmente los supuestos de protección al tercero para establecer si la protección debe comprender también al tercero contratante a título gratuito».

Lo que se indique en una norma que regula los efectos de la nulidad, otorga un mecanismo adicional a esos otros remedios que brinda el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Son tantas las posibilidades y supuestos, que hacer una lista de ellos sería imposible, pues la casuística es demasiado rica; por lo mismo, no estamos seguros de qué tan fructífero pueda resultar el esfuerzo al que se ha comprometido la Comisión.

Por otro lado, el inciso 2 sigue en la misma línea de las modificaciones del artículo 220, esto es, ignora los principios básicos sobre nulidad.

Según la Comisión, una disposición legal puede convalidar un acto nulo a pesar de que, como todos sabemos, la convalidación es contraria a la esencia de la nulidad.

Lo nulo es nulo. El único supuesto admisible por el cual un acto nulo es considerado válido es que la acción prescriba y no pueda ser declarado nulo. No hay otra forma y no debería haberla.

• INCOHERENCIA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por incapacidad relativa del agente. 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. 	<p>Artículo 221.- Causales de anulabilidad</p> <p>El acto jurídico es anulable:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Cuando se haya celebrado por las personas a que se refiere el artículo 44. 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. 3. Cuando la ley lo declara anulable.

En el proyectado artículo 221 se regulan las causales de anulabilidad y, por extraño que resulte, la norma propuesta es menos extensa que la original.

El inciso 1 advierte que es anulable el acto celebrado por las personas a las que se refiere el artículo 44.

Como comentamos en su momento, el artículo 44 del Anteproyecto es una mezcolanza de supuestos, al punto de que los defectos de esa norma nos hacen percibir con mayor claridad las bondades del criticado modelo actual (de 1984) en el tema de la capacidad.

En la citada norma se menciona a los retardados mentales. Ahora bien, ¿si el grado de retardo es grave, al punto de no permitir la manifestación de voluntad por falta de discernimiento, el acto no sería nulo en vez de anulable, como se establece aquí?

Como podemos apreciar, en el artículo 221, inciso 1 se prolongan los errores del modelo que regula la capacidad. Esta norma, por ende, demuestra las consecuencias de dicha modificación, pues un mismo acto podría ser nulo y anulable. La falta de coherencia y coordinación es inapelable por donde se le mire.

En el inciso 2 se ha ignorado un cuestionamiento recurrente, esto es, no se ha solucionado la problemática de la violencia en los actos jurídicos. En nuestra opinión debió establecerse que la violencia y la intimidación son causales de anulabilidad, salvo cuando se elimina por completo la intención de celebrar el acto, pues en dicho supuesto el acto sería nulo.

Una verdadera enmienda en este artículo hubiera sido la de tomar en cuenta los distintos grados que puede tener la violencia o la intimidación, de modo que si llevaron a distorsionar la voluntad del agente el acto sería anulable, pero si la hubieran eliminado por completo, el acto sería nulo.

El inciso 3 repite lo que dice el actual inciso 4.

Por otra parte, se ha eliminado el vigente inciso 3, pues la Comisión ha optado, equivocadamente, por considerar a la simulación relativa como una causal de nulidad, lo que ya hemos criticado.

• **SIMILAR**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 222.- El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.	Artículo 222.- Legitimados para solicitar la anulación. Efecto de la declaración 1. La anulación se pronunciará sólo a petición de parte del sujeto afectado. 2. El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. 3. La declaración de anulación no perjudica al tercero contratante a título oneroso y de buena fe.

El artículo 222 del Anteproyecto se caracteriza por su carencia de novedades. Los dos primeros incisos se reducen a repetir lo regulado en la norma vigente, por lo que no ameritan mayores comentarios.

En realidad tampoco hay mucho que decir sobre el inciso 3, salvo que deberían medirse con más prudencia las consecuencias que puede acarrear preterir la protección de una de las partes y privilegiar al tercero.

• **¡MUCHAS GRACIAS!**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 226.- La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.	Artículo 226.- Capacidad restringida de uno de los sujetos Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la restricción de capacidad de uno de ellos no puede ser invocada por otro que integre la misma parte, salvo cuando sean indivisibles la prestación o su objeto. ⁸

⁸ La Comisión ha anotado, a pie de página, que este precepto está pendiente de concordancia final con lo que se establezca en los artículos 1192 y 1193 del Libro de Obligaciones.

En este artículo, aunque con una redacción defectuosa, la Comisión ha adoptado la idea que el suscrito propusiera en *Tentaciones Académicas*,⁹ años atrás. En tal sentido, sólo nos queda dar las gracias.

• **DESCUIDO**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 228.- Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.	Artículo 228.- Restitución de prestaciones 1. Como consecuencia de la declaración de nulidad o de anulación, procede la restitución de las prestaciones o, si esto no fuera posible, de su valor actual. 2. Si la nulidad hubiera sido declarada por aplicación de los artículos 219.2 ó 221.1, el sujeto afectado está exonerado de restituir solamente lo que hubiera empleado en su subsistencia.

Por último, en lo que al Libro de Acto Jurídico se refiere, la Comisión propone modificar el artículo 228.

El inciso 1 se limita a decir lo que nadie discute, pues siempre se ha entendido como uno de los efectos de la anulación o nulidad la restitución de las prestaciones o, de no ser posible, de su valor actual.

El inciso 2, en cambio, presenta un problema en su concepción que tiene como origen el descuido de la Comisión, que parece haber olvidado que el término *persona* puede estar referido no sólo a la persona natural sino también a la jurídica.

No cabe duda de que es posible que se configure un supuesto en el cual una persona jurídica no haya manifestado, a través de sus órganos o representantes, su voluntad en un contrato y, por

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo I, p. 331.

consiguiente, el contrato sea nulo. La persona jurídica podría estar exonerada de restituir lo que hubiera empleado para subsistir, cantidad que podría llega a ser altísima.

En síntesis, esta norma representa otro de los despropósitos de los que se encuentra colmado el Anteproyecto.

QUINTA PARTE Libro V Derechos Reales

SECCIÓN PRIMERA Disposiciones generales

• ¡GRACIAS TOTALES!

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 882.- <i>No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.</i>	Artículo 882.- Prohibición de enajenar o gravar <i>Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar, hasta por el plazo máximo de diez años, reduciéndose cualquier exceso al plazo indicado.</i>

Las propuestas de reforma al Libro de Derechos Reales se inician con el artículo 882, en el cual la Comisión recoge los comentarios que se han vertido sobre el tema en los últimos años.

Así, en principio, la Comisión ha recogido la propuesta que formulamos en el año de 1998 en *Tentaciones Académicas*.¹ Allí expresamos que se debía flexibilizar el contenido del artículo 882 para que no constituya obstáculo al tráfico comercial y a la contratación contemporánea.

Señalamos en esa oportunidad que no debía negarse la posibilidad de prohibir, vía pacto, la enajenación o el gravamen de un bien; no obstante, advertimos que esa facultad de prohibir no de-

¹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo II, p. 601.

bería ser ilimitada, pues una situación de ese tipo desnaturalizaría el derecho de propiedad.

Cabe resaltar, asimismo, que en *Analizando el Análisis*² desarrollamos con mayor profundidad el tema en el capítulo VII, titulado *Indulgencias y Ave Marías Ajenas*, por lo que remitimos al lector a lo allí señalado.

En *Tentaciones Académicas* propusimos un plazo de 20 años. En el año 2001 una de las tantas Comisiones de Reforma asumió la propuesta pero disminuyó el plazo a 10 años que es, en definitiva, el plazo que se adopta en el Anteproyecto bajo examen.

• ¿LO PENSARON BIEN?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 883.- Derogado en 1991.	Artículo 883.- Inscripción. Tradición 1. La constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes registrados a que se refiere el artículo 886-A, se produce con la inscripción en el registro respectivo, salvo disposición legal diferente. 2. Tratándose de bienes no registrados, la constitución o transferencia de derechos reales se produce con la tradición, salvo disposición legal diferente. 3. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 1583.

A partir del proyectado artículo 883 comienza la propuesta de transformación dramática del Libro de Derechos Reales. En este artículo la Comisión opta por regular la forma en que se transfieren los derechos reales, con lo que deroga los artículos 947, 948 y 949,

² 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-Estudio Mario Castillo Freyre, 2004.

que actualmente constituyen la esencia de la transferencia de propiedad.

Para entender esta situación debemos, primero, señalar que el Anteproyecto acoge varias clases de bienes, esto es, corporales e incorporeales, muebles e inmuebles, y registrados y no registrados, los cuales se propone regular en los artículos 885, 886 y 886-A, respectivamente.

De acuerdo al sistema que pretende implantar la Comisión, toda transferencia de bienes registrados se haría con la inscripción en el registro.

Al respecto nos sorprende, y mucho, que la Comisión no haya optado por la clasificación de bienes en registrables y no registrables. Con un modelo en que los bienes se dividen en registrados y no registrados, la inseguridad jurídica permanece como una constante: Si nunca se registra un bien, a pesar de que es registrable, la transferencia se hará siempre vía tradición.

Lo cierto es, como demostraremos, que el nuevo sistema que la Comisión presenta como *urgente y necesario* y como la *octava maravilla del mundo*, es un sistema que nada soluciona.

La Comisión está creando regímenes distintos, y, peor aún, lo está haciendo ignorando por completo la realidad registral del Perú.

Nos explicamos.

La realidad registral ha mejorado muchísimo desde mediados de los años ochenta. En 1985 Registros Públicos funcionaba en el sótano del Palacio de Justicia; era la más detestable de las dependencias públicas. Todos eran tomos y para sacar una fotocopia había que manipularlos, por lo que a muchos de ellos les faltaban no pocas hojas. A principios de 1986 recién empieza a funcionar el nuevo edificio de Lince.

Hoy Registros Públicos es considerado, según encuestas de opinión, como la mejor entidad pública y la que genera mayor confianza entre los usuarios.

Siguiendo ese proceso, que podemos catalogar como natural, resulta evidente que de aquí a 15 ó 20 años Registros Públicos va a tener una infraestructura, no sólo material sino también de contenido, increíblemente buena, toda vez que –es previsible– contará con un catastro también bueno y completo.

Cuando el desenvolvimiento *natural* de los acontecimientos lleve a ese momento en que la funcionalidad de los Registros Públicos y del catastro alcancen su plenitud, allí sí, estamos seguros, una norma similar –mas no igual– a la del artículo 883 del Anteproyecto debería promoverse y, en definitiva, entrar en vigencia.

Un sistema de transferencia de propiedad, como bien señala Fernández Cruz,³ 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 allí 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:⁴ Maximiza la circulación de la riqueza; reduce los costos de transacción; y reduce, o mejor aun, 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.

Como expusimos en *Doce Razones para pensarlo bien*,⁵ la realidad actual no nos permite instituir un registro constitutivo que, en teoría, es ideal y superior al registro declarativo.

Con el artículo 883 propuesto, ni siquiera se está planteando un registro constitutivo, lo que se propone es una situación más o menos intermedia que tampoco se acopla a nuestra realidad, pues la realidad no es intermedia. En este caso, o es conveniente o no es conveniente; lo conveniente a medias no es *urgente*, no es *necesario* y, peor aún, no es útil y sí perjudicial.

³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «La obligación de enajenar y el sistema de transferencia de la propiedad inmueble en el Perú». En: *Themis*, Segunda Época, n.º 30, 1994, p. 151.

⁴ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Op. cit.*, p. 151.

⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y Verónica ROSAS BERASTAIN. «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)». En: *4 Temas de hoy*. Lima: Asociación Civil Derecho y Sociedad, 2005, pp. 65 y ss.

La Comisión en el fondo reconoce esas dificultades, esa *conveniencia a medias* que de conveniente nada tiene; de lo contrario, hubiera propuesto implantar un registro constitutivo.

Lo cierto, sin embargo, es que no podemos cegarnos, no podemos esquivar la realidad mirando hacia otra dirección. Los problemas en torno a la transferencia de bienes y la conveniencia o inconveniencia de modificar el esquema actual, no son problemas en abstracto que puedan resolverse en el ámbito puramente teórico. Los hechos, la realidad, se imponen.

Nuestra oposición a un cambio radical y trascendente como el que formula la Comisión no se sustenta en el aire. No nos oponemos por mero capricho, habida cuenta de que nuestra postura se sustenta en razones válidas que se derivan de confrontar la aséptica teoría con la dura realidad del Perú.

- El primer 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 actividad jurídica, civil y comercial, no va a cambiar por el solo hecho de que una ley así lo establezca. Aunque la informalidad es condenada por académicos y empresarios, 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. Es más, la mayoría de personas saben que los costos de la formalidad acrecientan los precios.
- 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 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 sucesoria y promover las inversiones en áreas urbano marginales–, todo ello conduce a un objetivo ulterior: reducir la pobreza en el país, lo que no puede lograrse sin antes enfrentar el problema mismo de la pobreza.
- Y hay otro factor que no podemos obviar, esto es, el analfabetismo que impera, especialmente en determinadas zonas y res-

pecto a determinados grupos sociales. Este tema se encuentra en estrecha conexión con el de la educación en general.

Si no solucionamos el problema educativo, entonces cómo imponer un Registro constitutivo de propiedad o establecer ese sistema intermedio que la Comisión promueve. 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.

- Siguiendo esta línea de pensamiento, estimamos que cualquier empeño modificadorio del sistema de transferencia de propiedad 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 sistema que se sustenta sobre la distinción de los bienes en registrados y no registrados 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 al mayoritario sector de la población que vive en las zonas urbano marginales o que habita en las áreas rurales del Perú.

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

- 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. La prueba: más de dos millones de peruanos indocumentados.

En efecto, aunque parezca absurdo y como tal resulte difícil de creer, en el Perú 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 es demasiado engorroso, costoso o no le dan la importancia del caso.

- 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 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.
- 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 las que dado su alejamiento, el acceso tanto a Registros como al notario se complica tremendamente, siendo, además, costoso en tiempo y dinero. A esto se suma que muchas zonas del interior de nuestro país han sido centros 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. Asimismo, debemos resaltar que la falta de conexión o información cruzada entre los Registros genera, también, serias dificultades.
- 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 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 modificación del sistema de transferencia implicaría o no un aumento en los costos de transacción.
- Junto a todas las razones expuestas debemos agregar una más, la misma que resulta esencial desde el punto de vista registral: Nuestro país carece de un catastro inmobiliario completo, lo que acrecienta la imprecisión e inexactitud del Registro, en tanto en numerosas ocasiones la realidad física es incompatible con la realidad documentaria, específicamente la notarial y, por ende, con la realidad registral.
- A todo 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 un sistema en los términos planteados por la Comisión, 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–?

Gracias a la defectuosa figura intermedia que se propone en la citada norma, quien quiere (o puede) registra y quien no quiere (o no puede) no lo hace. Si no registra la transferencia, aunque se trate de bienes inmuebles, que como tales son registrables, la transferencia se realiza con la tradición, con lo que la seguridad jurídica se ve degradada.

Un apreciable porcentaje de inmuebles en el Perú no se encuentran registrados y es imposible hacer que todos sus propietarios inscriban, dados los motivos que ya hemos expuesto.

Si en teoría no se ampliara la base de bienes inscritos, únicamente se transferirían vía inscripción los bienes que hoy están registrados e incluso muchos preferirían no inscribirlos para facilitar las siguientes transferencias, creando un mercado paralelo en el que los bienes valdrían menos por no estar inscritos, pero que a diferencia de los que sí lo están, no serían bienes estáticos.

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 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 in-

mueble, se abstuviese 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.

En nuestra sociedad es costoso hablar de registro, por lo que el pretender imponerlo podría impedir que los bienes circulen y la riqueza fluya, en especial si, para colmo, esa imposición fuese indirecta, a partir de una norma que no garantiza la seguridad jurídica sino que crearía una situación paralela e informal.

Ese mercado paralelo e informal constituye, pues, una de las consecuencias más dañinas que podría generar la modificación que se formula en el Anteproyecto.

De aceptarse la modificación –lo que dudamos ocurra–, lo más probable sería que igual se transfirieran los bienes registrados sin acudir al registro, con lo cual habría una situación en la que se pervertiría el concepto de propiedad, al punto de que se podría distinguir entre propiedad absoluta, propiedad relativa y propiedad precaria. Los bienes que circulen en ese mercado paralelo de propiedad precaria estarían devaluados.

El cuadro que acabamos de delinear 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 anterior equivaldría a decir que la condición del comprador que no inscribe –que hoy en 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 con esta línea de pensamiento, 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 reseñar podría conducir a su devaluación o a su depreciación extrema; bien podemos imaginar a qué precio vil podrá vender el bien ese «quinto» a un hipotético y eventual «sexto», si es que lo llegara a encontrar.

Pero las consecuencias prácticas no terminan allí. Son muchas las interrogantes que el sistema de transferencia propuesto por la Comisión no puede contestar, debido a los defectos de los que hace gala.

Así, siguiendo la lógica de este sistema, cuando alguien celebra un contrato de compraventa respecto a un bien registrado, si no se realizara la inscripción registral correspondiente ¿qué es lo que se habría transmitido?

Como todos sabemos, la mayoría de personas que celebran contratos de compraventa sobre un inmueble no realizan la modificación registral de manera inmediata; normalmente ésta se tarda días, semanas o, a veces, incluso meses.

Actualmente, la sola existencia del contrato de compraventa, en virtud del artículo 949 del Código Civil, es lo que otorga seguridad jurídica al comprador.

Con la modificación propuesta el contrato no serviría de nada, de modo tal que mientras la inscripción no se realice el comprador correría el riesgo de que puedan ocurrir hechos que imposibiliten la transferencia o que el vendedor que haya recibido un adelanto, actúe de mala fe y, por ejemplo, venda el bien otra vez.

Pero ese no es el único problema. ¿Qué ocurriría cuando se celebrara un contrato de transferencia de un inmueble inscrito y, por alguna razón, haya un defecto formal en la escritura pública que haga que el registrador la observe? A pesar de que se intentan salvar las observaciones, ello no se logra y la solicitud de inscripción es tachada, por lo que se tendrá que hacer una escritura aclaratoria. En todo este proceso, bastante largo por cierto, ¿en qué situación quedaría quien adquirió el bien y que no podría dispo-

ner de él, pues mientras la inscripción no se realice no se convertirá en propietario?

Mientras no se salven los defectos formales y no se tenga un título cien por ciento perfecto, la inseguridad jurídica prevalecerá junto con detestables consecuencias de orden económico. ¿Cómo aprobar algo así en un país donde incluso el tema de la asesoría legal se encuentra devaluado y muy pocas personas naturales recurren a ella para celebrar contratos de transferencia, debido a los altos costos y a la falta de confianza?

Los problemas delineados se acentúan si consideramos que la norma contenida en el artículo 883 del Anteproyecto, no admite pacto en contrato, sino sólo disposición legal diferente. La Comisión ha juzgado conveniente convertir el citado dispositivo en una norma de orden público, afectando la autonomía privada de las partes.

Todas esas razones, que justifican que actualmente no se deba instituir el registro constitutivo,⁶ son perfectamente válidas para oponernos al sistema híbrido que se quiere introducir con el defectuoso artículo 883 del Anteproyecto.

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 sobre la necesidad de éste 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.

Somos conscientes de que un sistema en el que el Registro sea constitutivo de propiedad es, en abstracto, superior a uno meramente declarativo. Sin embargo, esa superioridad abstracta no resiste un enfrentamiento con lo concreto, que es, en definitiva, lo relevante. Por su parte, el sistema intermedio que propone la Comisión no resiste el análisis efectuado, pues en la práctica sería perjudicial y, para colmo, incluso en teoría, es defectuoso e imperfecto.

⁶ Invitamos al lector a revisar *Doce razones para pensarlo bien...*, en: Cuatro Temas de Hoy.

Así las cosas, podemos concluir sosteniendo que la Comisión únicamente ha mirado una de las caras de la moneda. Esa visión sesgada la ha llevado a sugerir la imposición de un sistema defectuoso, imperfecto y peligroso. Desde su punto de vista pretende –infructuosamente– crear incentivos para que los bienes sean registrados. Y es que el ignorar la realidad y no reflexionar sobre las consecuencias perjudiciales que ello trae aparejado, constituye un error no subsanable que nosotros no podemos ignorar.

Debemos tener cuidado en lo que respecta a determinadas figuras que sólo en apariencia serían beneficiosas para la sociedad y únicamente desde determinados ángulos o puntos de vista.

Así, para concluir este breve análisis, sólo nos resta subrayar nuevamente que es necesario que cualquier modificación trascendental de la legislación en materia obligacional 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, pues al respecto, quienes estamos inmersos en el campo académico, debemos tener en claro que el Perú no es un tubo de ensayo ni los peruanos ratones de laboratorio.

• CALMA, CALMA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 884.- Las propiedades incorporales se rigen por su legislación especial.	Artículo 884.- Adquisición de un no titular 1. Quien de buena fe y como titular de un derecho real recibe de otro la posesión de un bien mueble no registrado, adquiere el derecho, aunque el transferente de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúa de esta regla los bienes perdidos y aquellos cuya posesión hubiese sido adquirida con infracción de la ley penal. 2. Los bienes muebles no registrados

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<i>respecto de los cuales se adquiera derechos reales en establecimientos abiertos al público, no son reivindicables si están amparados con comprobantes de pago o de entrega. Queda a salvo el derecho del perjudicado para reclamar en la vía civil o penal, según corresponda.</i>

La Comisión también propone una serie de modificaciones al artículo 884. En principio, lo normado en el precepto en actual vigencia ha sido regulado en el inciso 2 del artículo 885 propuesto.

El inciso 1 del artículo propuesto es el actual artículo 948, referido al depositario infiel, pero rephraseado.

Como todos sabemos, la figura del depositario infiel, dada la ubicación de la norma (el artículo 948 está dentro del Título relativo a la transferencia de propiedad) está circunscrita al tema de la transmisión del derecho de propiedad. La Comisión, sin embargo, sugiere implícitamente (dada la ubicación de la norma propuesta) que debe ampliarse respecto a todo derecho real.

En nuestra opinión, la figura del depositario infiel constituye una situación excepcional y debe permanecer de esa manera. Ampliar su ámbito a cualquier derecho real no constituiría una decisión acertada.

Estamos convencidos de que la excepción debería seguir restringiéndose a la transferencia de propiedad y no convertirse en una regla general. En los casos en que lo que se transmite es un derecho menor, creemos que el otorgar una defensa tan radical del tercero de buena fe no sería conveniente. No olvidemos que el ampliar el ámbito de protección de ese tercero implicaría disminuir la protección del titular original y verdadero del derecho real.

La Comisión debería haber realizado una reflexión más profunda sobre el tema, ponderando que actualmente el tercero de buena fe cuenta con mecanismos de defensa para accionar y re-

cuperar lo que haya invertido o perdido. Insistimos, no hay razón que justifique que se beneficie indiscriminadamente al tercero de buena fe y, como consecuencia, se perjudique al titular del derecho real.

Por otro lado, el inciso 2 del proyectado artículo 884 traslada el contenido del artículo 1542, que actualmente es una norma del contrato de compraventa, al Libro de Derechos Reales.

Empecemos por señalar que el vigente artículo 1542 constituye una norma bastante especial, al regular por primera vez en un Código Civil de nuestro país la compraventa de bienes muebles en tiendas o establecimientos abiertos al público. Allí el legislador ha establecido que tales bienes no son reivindicables si son amparados con facturas o pólizas del vendedor, ello sin perjuicio de las acciones civiles o penales que correspondan contra quien los vendió indebidamente.

De esta forma, el artículo 1542, a diferencia del artículo 948, no hace ninguna distinción respecto de aquel comprador que adquiere el bien con conocimiento o desconocimiento del carácter ajeno del mismo, lo cual muchos pueden juzgar de injusto y, por ende, propugnar que el texto sea modificado, de modo que no se proteja al adquirente de mala fe, esto es, a quien adquirió sabiendo que el bien era ajeno.

Es más que razonable tener una primera reacción contra este artículo, cuya lectura literal podría conducir a pensar que se brinda tutela incluso a aquel hombre deshonesto que adquiere un bien, sabiendo que éste ha sido obtenido por el establecimiento con infracción de la ley penal o tratándose de un bien perdido.

Y es que, ¿cómo sería posible que una de las normas de nuestro sistema jurídico brinde tutela incluso a quien actúa de mala fe? ¿Cómo no indignarse ante tal hecho y exigir que el legislador tome cartas en el asunto?

Pero, si nos detenemos un momento y resistimos ese primer sentimiento de indignación, para dar paso a un razonamiento más calmado, a uno sin sobresaltos y sin prisas, veremos que las cosas son diferentes.

Primero estudiemos la finalidad del artículo 1542, la misma que consiste en dar seguridad jurídica y facilitar el comercio y las tran-

sacciones. Así, a través de esta norma se busca que cuando vayamos a una tienda o a un establecimiento comercial abierto al público, no tengamos que preguntarnos si el bien que queremos comprar pertenece o no a dicho establecimiento y, por ende, si éste último podrá o no transferirnos la propiedad de ese bien.

Luego de este primer nivel de razonamiento, podemos avanzar uno más y meditar respecto del ámbito de protección de la norma. Si nos restringimos a las palabras tal cual están impresas en el texto legal, diremos que la protección es absoluta y que, por lo tanto, se privilegia la mala fe. No obstante, hacer eso, restringirnos de esa manera, es olvidar que en el Derecho la correcta interpretación juega un rol fundamental, al punto de que interpretar es también crear.

Desde esta perspectiva, que nos permite ser creadores –partiendo de una interpretación teleológica y sistemática– ya no afirmaremos que la protección es absoluta sino relativa. Así, por ejemplo, cuando el bien no corresponda al giro comercial de la empresa, se podría cuestionar esa presunción por la que el poseedor se reputa propietario.

Si, por ejemplo, en una panadería el panadero me vende joyas, no me podré amparar en el artículo 1542, por más de que haya actuado de buena fe; al igual que si compró un reloj Rolex en una carnicería.

Entonces, con este razonamiento, con esta interpretación que restringe el ámbito de aplicación del artículo 1542 a los supuestos de normalidad, no siendo aplicable allí donde exista por parte del comprador una sospecha fundada en las circunstancias, ese ímpetu inicial que se inclinaba de manera casi refleja hacia la modificación de la norma, pierde todo fundamento.

Tras realizar este ejercicio mental podemos concluir que, en efecto, el artículo 1542 podría ser modificado de modo que se especifique que no es aplicable cuando el adquirente tenía conocimiento de la ajenidad del bien, pero simplemente ello no resulta necesario. Para qué hacerlo, cuando interpretando llegamos a esa misma conclusión; por qué negarle a la doctrina y a la jurisprudencia la facultad de crear.

No permitir la interpretación creativa es perennizar una visión sesgada, que agudizaría la crisis del Derecho Civil. Es más, me

atrevo a afirmar que gran parte de esa crisis de la que tanto se ha hablado, es culpa de los operadores jurídicos, pues tiene como uno de sus ejes principales a la errónea identificación del Derecho Civil con la legislación civil, y más concretamente con el Código Civil.

El Derecho Civil no es únicamente normas, es también doctrina y jurisprudencia. Solemos olvidar que si bien el legislador cumple un papel relevante en la creación de las normas, no es menos relevante la función que deben cumplir, también como creadores, quienes interpretan esas normas dadas por el legislador, ya sea por medio de comentarios en la doctrina o al aplicarlos y sentar jurisprudencia. La actividad del legislador debe ser necesariamente complementada con la función creadora de quienes formamos parte del universo jurídico.

Al margen de que estamos convencidos de que una interpretación como la que proponemos se opone a cualquier argumento que sostenga la *urgencia* y *necesidad* de enmendar esta norma, consideramos que si lo que se quiere es enmendar la norma, una eventual modificación debería, en todo caso, orientarse a plasmar en ella la interpretación que acabamos de realizar.

La Comisión, sin embargo, en vez de modificar el artículo 1542 en ese sentido, lo traslada al Libro de Derechos Reales, convirtiendo esa norma especial y excepcional en un precepto de aplicación general, que se extendería a todos los derechos reales, pues ya no se restringiría a la propiedad y al contrato de compraventa.

Lo único que se conseguiría con esta ampliación poco razonable sería terminar por deformar el artículo 1542, brindando una protección exagerada e injustificada al tercero. No se han resuelto los problemas interpretativos que hemos subrayado; más bien ellos han sido acentuados, pues para colmo se ha eliminado del texto la palabra *tienda* por lo que la norma sería aplicable a cualquier establecimiento abierto al público.

Para no perder la costumbre, una enmienda que en lugar de enmendar pervierte, que en lugar de dar soluciones acarrea complicaciones.

SECCIÓN SEGUNDA Bienes

TÍTULO I Clases de bienes

• CHAU INMUEBLES... ¡HOLA CORPORALES E INCORPORALES!

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 885.- Son inmuebles:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El suelo, el subsuelo y el sobresuelo. 2. El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales. 3. Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos. 4. Las naves y aeronaves. 5. Los diques y muelles. 6. Los pontones, plataformas y edificios flotantes. 7. Las concesiones para explotar servicios públicos. 8. Las concesiones mineras obtenidas por particulares. 9. Las estaciones y vías de ferrocarriles y el material rodante afectado al servicio. 10. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro. 11. Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad. 	<p>Artículo 885.- Bienes corporales e incorporeales</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Los bienes son corporales o incorporeales. Los bienes corporales son muebles o inmuebles, fungibles o no fungibles, consumibles o no consumibles. 2. Los derechos sobre los bienes incorporeales se rigen por su propia legislación y supletoriamente por este Código.

Como indicáramos al examinar el artículo 884 del Anteproyecto, la figura de los bienes incorporeales regulada en el actual artículo 884 es abordada por la Comisión en el inciso 2 del proyectado artículo 885.

A decir verdad, la distinción entre bienes corporales e incorporeales nunca se discutió, nadie negó la existencia de ambos tipos de bienes.

Si observamos nuestros actuales artículos 885 y 886 nos podemos percatar fácilmente de que los bienes incorporeales tienen una regulación dentro de la denominación de bienes inmuebles (concesiones mineras) y muebles (los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares).

La Comisión prefiere eliminar eso que conocemos y asumir que sólo los bienes corporales pueden clasificarse en muebles e inmuebles. Así, la Comisión pretende modificar todo el esquema de la clasificación de los bienes y cómo ellos se transfieren.

¿Qué problema existe en el ejercicio profesional con la distinción entre bienes muebles e inmuebles? En el día a día, aunque no nos pueda gustar el nombre por considerar anacrónica una denominación basada en la movilidad del bien, lo cierto es que distinguir los bienes en muebles e inmuebles no acarrea los problemas que sí pueden acarrear estas discusiones inútiles.

La razón por la que en la lista de bienes muebles e inmuebles hay bienes que, en efecto, no responden al criterio de movilidad, es para determinar su transferencia debido a su importancia o magnitud.

Tomemos como ejemplo a las concesiones mineras, que actualmente figuran en el inciso 8 del artículo bajo análisis. Una concesión minera no es la mina, no es el suelo, ni el subsuelo sino un derecho, el derecho a explotar el subsuelo dentro de un área determinada, con una profundidad prácticamente infinita (pues, en estricto, llegaría al centro de la Tierra). Es así que su no inclusión dentro de los bienes muebles o inmuebles podría producir problemas serios, por lo que el Código Civil debe tomar —como lo hace hoy en día— partido para evitarlo.

Consideramos que sería insuficiente remitir la regulación de las concesiones mineras a la ley de la materia; en tal sentido, estimamos positivo que nuestro Código actual les otorgue la calidad de inmuebles.

Por otro lado, cabe destacar que entre los temas que han generado debates se encuentra la transferencia de propiedad de las marcas. La reforma del Código Civil debería ser una oportunidad

para zanjar esa duda frente a la cual actualmente hay argumentos jurídicos para defender más de una posición. En el Anteproyecto nos despojan de esos argumentos pues, simplemente, la Comisión prefiere remitirnos a la legislación de la materia, que no necesariamente se pronuncia al respecto.

Pero esas no son las únicas preguntas que se dejan en el limbo. ¿Qué ocurriría con los bienes incorporeales no registrados?, ¿cómo se realizaría la tradición de esos bienes?

Si se creara un sistema de transferencia nuevo y completamente distinto al vigente, ese sistema debería ser capaz de contestar de manera perfecta a cualquier pregunta.

El error de la Comisión es sostener que la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles no es compatible con los bienes incorporeales. En el sistema actual sí se admite esa compatibilidad, la misma que evita que todos los bienes incorporeales *floten en el aire* y no puedan ser considerados como muebles o como inmuebles.

Además, la clasificación de bienes en muebles e inmuebles es una clasificación presente en el Derecho nacional desde que éste existe. La modificación que desea imponer la Comisión no es un cambio cualquiera sino uno medular: algunos bienes serían corporales muebles o corporales inmuebles y otros serían incorporeales y nada más, pues allí habría que remitirse a la legislación especial.

En la tradición jurídica romano-germánica a la que pertenecemos, mucho se ha criticado, en especial desde los años sesenta del siglo XX, el repliegue legislativo de los Códigos Civiles. Muchos Códigos empezaron a incluir normas de ese tipo: X se regulará por la legislación de la materia; Z también; etc.

Esa tendencia llegó a tal punto, que el profesor Fernando de Trazegnies, en la década de los años ochenta, postuló que de continuar en esa línea podría llegarse al extremo de tener Códigos Civiles huecos o vacíos, cuando se supone que, le disguste a quien le disguste, el Código Civil es el cuerpo legislativo más importante de un ordenamiento jurídico, al regular de manera general los temas más relevantes del mismo.

Los bienes incorporeales deberían compatibilizarse de manera perfecta con los muebles e inmuebles. El Anteproyecto se limita a mencionar que existen los bienes incorporeales, pero omite cual-

quier regulación respecto a cómo se transfieren, a pesar de que se trata de la transferencia de un derecho real. A pesar de ser el Código Civil el encargado de regular los derechos reales y de brindar las pautas esenciales sobre esos derechos, la Comisión no otorga pauta alguna sobre la transferencia de los bienes incorporeales.

En nuestra opinión, las normas especiales deberían regular lo especial de la materia, partiendo –justamente– de las pautas generales del Código Civil.

Lo más sorprendente es que la Comisión opta por la remisión en un tema tan relevante como la transferencia de bienes incorporeales, mientras en la mayor parte del Anteproyecto se abusa del reglamentarismo. Definitivamente al interior del Anteproyecto existe una tremenda falta de sistemática.

Habrán ámbitos en los que no existirá una regulación adecuada de la transferencia del derecho real respecto del bien incorporal del que se trate –pues la regulación especial suele normar los aspectos técnicos del tema, mas no los civiles– y deberá aplicarse supletoriamente el Código Civil. Quienes acudan entonces a dicho cuerpo normativo se van a encontrar con nada y, por ende, deberán aplicar e interpretar eso: nada.

Otro de los problemas del proyectado artículo 885, es que en su inciso 1 se señala que los bienes corporales pueden ser fungibles o no fungibles, sin pronunciarse respecto a los bienes incorporeales. Con esa omisión se está negando características y cualidades a los bienes incorporeales frente a los cuales, insistimos, la Comisión ha preferido dar la espalda.

En la lista que se establece en el mencionado inciso 1, también se señala que los bienes corporales pueden ser consumibles o no consumibles; no obstante, se olvida decir, por ejemplo, que pueden ser ciertos o inciertos.

Nuevamente, entonces, observamos que la Comisión ha fallado en su intento de dar listas completas. Pero no sólo eso, sino que opta por centrar su clasificación de bienes corporales en criterios que, para efecto de los derechos reales, carecen de importancia. Que el bien sea fungible o no fungible, consumible o no consumible, interesa para el tema de las obligaciones de dar y no para el de la transferencia de derechos reales.

Si la Comisión deseaba regular algo útil, lo que debió regular

fue la clasificación de los bienes, en bienes de los particulares y bienes del Estado, la misma que, en estricto, sí constituye una omisión grave del Código Civil de 1984, pues el tema tiene gran importancia en la práctica jurídica. El Código de 1936 sí se encargaba del tema; no obstante, el legislador de 1984 prefirió, equivocadamente, no tocarlo. Actualmente, esa distinción se encuentra consagrada en la Constitución Política y debería, a nuestro entender, desarrollarse en el Código Civil.

Para terminar esta parte de nuestros comentarios, queremos reiterar y enfatizar que la lista o clasificación de bienes en muebles o inmuebles, aunque pueda ser criticada por muchos, es una lista útil, pues sirve –lo reiteramos– para dar luces en un país donde la mayoría vive en tinieblas, donde la mayoría no tiene la más mínima idea sobre la materia.

La Comisión tiene una visión parcial, y lo que es peor, no tiene intención alguna de ampliarla y ponderar las consecuencias que sus decisiones podrían acarrear. Para la Comisión todo parece girar alrededor de la inscripción y, por consiguiente, no importa qué naturaleza tengan los bienes, ni si son muebles o inmuebles. Tampoco parece interesarle cuál es la realidad en la cual el sistema que pretende adoptar sería implantado. Para la Comisión todo parece desenvolverse en el plano teórico, sin darse cuenta de que los beneficios ideales que podrían alcanzarse gracias a su imperfecto sistema no podrán alcanzarse en los hechos. Asimismo, parece desconocer que todas las discusiones jurídicas no se ciñen a la transferencia de propiedad, ya que existen situaciones que, para poder resolverse, requieren determinar de qué tipo de bien se trata, como por ejemplo, si se está frente a un bien accesorio o a uno principal.

• CHAU MUEBLES...

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 886.- Son muebles: 1. Los vehículos terrestres de cualquier clase. 2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.	Artículo 886.- Bienes muebles e inmuebles Los bienes muebles son aquellos susceptibles de ser trasladados de un lugar a otro. Los inmuebles son los pre-

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.	dios, incluidos sus partes integrantes y accesorios.
4. Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.	
5. Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o derechos personales.	
6. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.	
7. Las rentas o pensiones de cualquier clase.	
8. Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.	
9. Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.	
12. Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885.	

Sobre la base de lo que hemos expuesto al analizar los artículos anteriores, debemos señalar que el proyectado artículo 886, además de constituir una versión económica de los actuales artículos 885 y 886, constituye también una versión incompleta y, por ende, imperfecta de los mismos.

Los vigentes artículos 885 y 886 son normas extensas, no por casualidad, sino porque es bueno y útil que lo sean ya que orientan al usuario.

Con estas modificaciones no sólo se arrebataría esa orientación,

sino que se obligaría a realizar modificaciones a las legislaciones especiales, de modo que se adapten al nuevo sistema que, reiteramos, conllevaría mucho más perjuicios que beneficios.

• ¡Y LLEGAN LOS «REGISTRADOS» Y LOS «NO REGISTRADOS»!

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	Artículo 886-A.- Bienes registrados y no registrados <i>Los bienes también pueden ser registrados o no registrados. Son bienes registrados los incorporados a algún registro de carácter jurídico.</i>

En realidad ya nos hemos pronunciado sobre este tema, por lo que nos limitamos a comentar que esta clasificación de los bienes actualmente también existe en el Derecho, no sólo peruano, sino universal, pero el sistema –obviamente– no gira en torno a ella.

Asimismo, consideramos necesario reiterar que cuando se toma como criterio que el bien se encuentre o no registrado y, por lo mismo, se obvia la posibilidad de que el bien sea registrado, lo que se crea es un sistema intermedio que, como tal, únicamente ofrece soluciones a medias y, por ende, muchos problemas.

SECCIÓN TERCERA Derechos reales principales

TÍTULO II Propiedad

CAPÍTULO PRIMERO Disposiciones generales

Antes de analizar el proyectado artículo 923, consideramos apropiado resaltar que la Comisión no ha sugerido ninguna enmienda para los artículos comprendidos entre este artículo y el proyectado artículo 886-A.

Por extraño que parezca, la Comisión ha decidido no tocar los

artículos que regulan las *Partes integrantes y accesorias; Frutos y productos; Posesión; Adquisición y conservación de la posesión; Clases de posesión y sus efectos; Presunciones legales; Mejoras; Defensa posesoria y Pérdida de la posesión.*

A decir verdad, aplaudimos que en el Anteproyecto se haya reconocido que no todo el Código Civil debe modificarse.

Seguidamente, continuamos con nuestro análisis al respecto.

• FANTASMAS EN LA PROPIEDAD

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 923.- <i>La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.</i>	Artículo 923.- Noción. Ejercicio <i>La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley.</i>

Empecemos por decir que el modelo liberal del siglo XIX tuvo como gran protagonista de todos los sistemas jurídicos al derecho de propiedad. Alrededor de aquel derecho –que era considerado como absoluto, inalienable y sagrado–, giraban todas las demás instituciones.

Posteriormente el modelo liberal es abandonado, de forma tal que la propiedad deja de ser el eje sobre el cual se construye el sistema del Derecho Privado. Así, en el siglo XX se abandona la noción de propiedad como derecho sagrado, absoluto e inviolable, aceptando que la misma puede someterse a límites a fin de asegurar su función social.

Esta transformación en el modo de concebir la propiedad –ya no como derecho ilimitado y eje del sistema–, se encuentra plasmada en nuestro Código Civil vigente.

El tema de la norma bajo comentario es lo que en *Analizando el Análisis*⁷ denominamos como *fantasmas en la propiedad*, esto

⁷ CASTILLO FREYRE, MARIO y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.*, Capítulo IV «Fantasmas en la propiedad», pp. 67 y ss.

es, la existencia de una idea –falsa y radical– vendida por el Análisis Económico del Derecho, de que el artículo 923 consagra una propiedad relativa capaz de convertirse en una más importante y absoluta.

Sobre el particular, lo primero que debemos resaltar es que el actual artículo 923 recoge, en su primer párrafo, los conceptos tradicionales de propiedad que le otorgan cuatro atributos esenciales. Sobre ello no hay nada que discutir.

Los debates, entonces, se centran en el tema de los límites al ejercicio del derecho de propiedad. Actualmente esos límites son la ley y el interés social.

Ahora bien, de la lectura del proyectado artículo 923 surge como interrogante ineludible la siguiente: ¿qué significa *bien común*?

La respuesta no es fácil, por una razón muy sencilla: *Bien común* puede ser cualquier cosa, pues es una expresión abstracta y polisémica que –como tal– carece de certeza en el Derecho.

Así las cosas, ¿Por qué debemos usar nuestras propiedades a favor del bien común? Justificar ello es más que complicado, habida cuenta de que determinar el significado de la expresión no es tarea sencilla.

En opinión nuestra, la expresión *bien común* es incluso más peligrosa que la expresión hoy vigente de *interés social*. Como explicamos en *Analizando el Análisis*, el empleo de la frase *interés social* implica afirmar que el derecho de propiedad es relativo y, por lo mismo, si algo se debió cambiar en el artículo 923 fue esa frase, pero no para sustituirla por otra que es mucho más confusa.

¿Para qué sustituir la expresión, cuando es suficiente establecer que el ejercicio de la propiedad debe realizarse dentro de los límites de la ley?

En todos los países del mundo el derecho de propiedad tiene límites, eso nadie lo discute, mas sí es discutible que sea *urgente* y *necesario* sustituir una expresión ambigua por una todavía más ambigua.

La frase *interés social*, al menos, tiene algún significado en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Civil. En cambio, la expresión *bien común* puede significar prácticamente cualquier cosa.

Después de tantos años de criticar la expresión *interés social*, al

menos se había logrado cierto consenso. Pero, de llegarse a aprobar esta modificación –lo que dudamos– se tendría que discutir unos cuantos años más para poder determinar qué se entiende por *bien común*.

En el mejor de los casos, ambas expresiones podrían tomarse como sinónimas; no obstante, el hacerlo conllevaría a que la modificación fuese una modificación hueca, pues en realidad no se estaría cambiando nada y, por ende, nada se estaría solucionando tampoco; por el contrario, el escenario creado a partir de esta su-puesta *enmienda*, resultaría más dramático.

Aceptar la modificación que se pretende instaurar, implicaría que aquel que se acerque a la norma tendría que pasar largas horas tratando de averiguar qué significa *bien común*, pues desde la lógica de cualquier usuario se trataría de un concepto distinto al vigente, habida cuenta de que quién va a pensar que una *enmienda urgente y necesaria* no mejore o corrija la norma sino que solamente la refrasee.

Desde 1984 no han existido cuestionamientos prácticos al artículo 923. Todos los cuestionamientos de los que ha sido objeto son puramente teóricos, de donde se sigue que la *urgencia* y la *necesidad* de la modificación sólo se encuentran en la imaginación de quienes la proponen.

• SI LO VI, NO ME ACUERDO...

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 932.- Quien halle un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal, la cual comunicará el hallazgo mediante anuncio público. Si transcurren tres meses y nadie lo reclama, se venderá en pública subasta y el producto se distribuirá por mitades entre la Municipalidad y quien lo encontró, previa deducción de los gastos.	Artículo 932.- Se deroga.

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 933.- El dueño que recobre lo perdido está obligado al pago de los gastos y a abonar a quien lo halló la recompensa ofrecida o, en su defecto, una adecuada a las circunstancias. Si se trata de dinero, esa recompensa no será menor a una tercera parte de lo recuperado.	Artículo 933.- Se deroga.

No entendemos cuál es la *urgencia* y *necesidad* de derogar estas normas, en las que se establece que hay que devolver lo ajeno. La razón debe encontrarse en que la Comisión debe estar convencida de su inaplicabilidad, pues casi nadie devuelve lo que encuentra.

Pero de ser esa la razón, ella resultaría insuficiente. Estas normas no sólo tienen un alto contenido moral sino que, además, permiten la vida en sociedad. Eliminar el principio según el cual hay que devolver lo ajeno, no puede ser considerado como una *enmienda urgente y necesaria*; hacerlo implicaría que hay que revisar nuestra escala de valores.

En nuestra opinión estas normas no deberían derogarse; simplemente deberían perfeccionarse. En tal sentido, siguiendo lo señalado por nosotros en 1998, en *Tentaciones Académicas*, propondríamos como texto del artículo 932, el siguiente:

Artículo 932.- Quien halle un objeto extraviado, si conoce quién es su propietario, debe devolvérselo. Si no conoce de quién es, se hace propietario del mismo, si durante un lapso de tres meses no toma conocimiento de quién es su propietario, o si este último no manifiesta públicamente tal condición.

Enmendar no significa eliminar o destruir, enmendar significa corregir, rectificar, perfeccionar.

• LOS PIRATAS DEL CARIBE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 934.- No está permitido buscar tesoro en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado, salvo autorización expresa del propietario. El tesoro hallado en contravención de este artículo pertenece íntegramente al dueño del suelo. Quien buscare tesoro sin autorización expresa del propietario está obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes.</p>	<p>Artículo 934.- Se deroga.</p>
<p>Artículo 935.- El tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto.</p>	<p>Artículo 935.- Se deroga.</p>
<p>Artículo 936.- Los artículos 934 y 935 son aplicables sólo cuando no sean opuestos a las normas que regulan el patrimonio cultural de la Nación.</p>	<p>Artículo 936.- Se deroga.</p>

Suponemos que la Comisión decidió que era urgente y necesario derogar estas normas, pues la gente ya no busca tesoros; no hay nadie con un mapa contando sus pasos desde una palmera, para descubrir dónde ha sido enterrado el cofre.

Y, claro, esa es la imagen que se nos viene a la mente al usar la palabra *tesoro* –un cofre lleno de monedas y joyas–, por lo que no es extraño que la lectura de estas normas genere sonrisas. No obstante, si no nos dejamos llevar por esa primera impresión, nos podremos percatar de que la norma no es tan exótica, pues un tesoro puede ser algo distinto a un cofre salido de una película de piratas.

A decir verdad, en el Perú es posible hablar de tesoros, especialmente en provincias. Ese tesoro podría estar compuesto por pinturas, obras de arte, objetos o joyas pérdidas de la época colonial, o de principios del siglo veinte, por ejemplo. Esos tesoros podrían encontrarse en terrenos que tienen dueño, pero ser encontrados por otras personas, por lo que las normas que se quieren derogar, eventualmente podrían resultar aplicables.

SUB-CAPÍTULO IV Transmisión de la propiedad

• QUE NO QUEDE HUELLA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 947.- La transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente.</p>	<p>Artículo 947.- Se deroga.</p>
<p>Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.</p>	<p>Artículo 948.- Se deroga.</p>
<p>Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.</p>	<p>Artículo 949.- Se deroga.</p>

Sobre la derogación de los artículos 947, 948 y 949 ya lo hemos dicho todo, al cuestionar el defectuoso y peligroso sistema de transferencia de propiedad que se pretende imponer.

En tal sentido, aquí sólo nos resta agregar que sería una verdadera pena que el artículo 949 fuese derogado de la misma manera en que entró a nuestro ordenamiento jurídico, esto es, sin reflexión alguna.

En efecto, el precepto contenido en el actual artículo 949 constituyó un aporte del sistema francés sobre el que no se meditó al introducirlo al Derecho Peruano y ahora se le quiere eliminar de la misma manera, aunque con un grado mayor de irreflexión, sin el menor esfuerzo por entender una norma que brinda flexibilidad a los contratantes y permite, en una realidad como la nuestra, que – aunque de manera imperfecta– la riqueza circule.

SUB-CAPÍTULO V Prescripción adquisitiva

• AVENTURA TEMERARIA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 950.- <i>La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años.</i></p> <p><i>Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.</i></p>	<p>Artículo 950.- Prescripción adquisitiva. Requisitos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>El derecho de propiedad de los bienes no registrados se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica, pública y como propietario durante dos años, si median justo título y buena fe. A falta de alguno de estos dos últimos requisitos se necesita cuatro años de posesión.</i> 2. <i>Cuando un bien es objeto de coposesión, la prescripción adquisitiva favorece a todos los coposeedores.</i> 3. <i>Cuando un bien es objeto de copropiedad y lo posee sólo alguno o algunos de los copropietarios no hay prescripción, salvo que se pruebe que la posesión fue exclusiva.</i> 4. <i>No se puede adquirir por prescripción los bienes registrados.</i>

No podemos comenzar nuestro análisis de la norma propuesta sin comentar que la Comisión ha optado por regular la prescripción adquisitiva sin distinguir entre bienes muebles y bienes inmuebles. La Comisión, en su lugar, ha optado por proponer una norma en función de los bienes no registrados, de modo que éstos sean los únicos que se puedan adquirir por esta vía.

Con esta premisa, debemos revisar ahora cada uno de los incisos que se pretende establecer.

Lo interesante del proyectado inciso 1 es, como indicamos, que limita la aplicación de la prescripción adquisitiva a los bienes no registrados, lo cual comentaremos con mayor profundidad al revisar el inciso 4.

Además de esa radical modificación del sistema, la Comisión propone que se modifiquen los plazos. Así, quien posea de manera continua, pacífica, pública y como propietario, podrá adquirir la propiedad del bien luego de dos años, si media justo título y buena fe; necesitando cuatro años si carece de estos dos últimos requisitos.

No entendemos por qué la Comisión desea realizar una modificación tan aventurada como esa.

Como bien sabemos todos, el Código Civil de 1984 planteó plazos de prescripción más cortos que el Código de 1936. Asimismo, siguió el modelo de este último y estableció plazos distintos según se trate de inmuebles o muebles, distinguiendo, a su vez, cuándo hay buena o mala fe del poseedor.

De este modo, actualmente para adquirir por prescripción un inmueble se requieren 5 años, si hay buena fe y justo título, y 10 años si no los hay; en el caso de los bienes muebles se exigen 2 años, si hay buena fe y 4, si no la hay.

Frente al sistema que se pretende imponer, no nos queda sino preguntar dónde queda la seguridad jurídica; sí, aquélla que se supone debe sustentar todo el ordenamiento jurídico.

Veamos.

En el Anteproyecto, la Comisión no se anima a instaurar el registro constitutivo y toma como sistema un modelo intermedio, por demás imperfecto y dañino; no se anima a clasificar a los bienes en registrables y no registrables, pero sí se anima a desfigurar a la

prescripción adquisitiva. Definitivamente no podemos entender, por más que lo intentamos, el criterio que se está siguiendo.

Aceptar la norma propuesta en el inciso 1 del artículo bajo comentario, implicaría afirmar que aquél que tiene un bien no registrado puede verse seriamente perjudicado, es decir, podrían verse perjudicados el considerable porcentaje de propietarios de nuestro país, que, por distintos motivos (los que ya señalamos y a los que nos remitimos), no han registrado sus bienes.

No olvidemos que la gran mayoría de quienes no han acudido al registro, no lo hacen por puro gusto, sino por lo costosa que es la inscripción, pero sobre todo, por desconocimiento y por la pobreza imperante.

Lástima por aquel que siendo pobre, viva en Arequipa y tenga un pequeño terreno o una pequeña casa no registrada en Puno. Ya de por sí, su falta de capacidad adquisitiva no le permite inscribir su bien; menos le permitiría tener un adecuado control del mismo, lo que lo convierte en una víctima perfecta para que cualquiera se apropie de aquello que le pertenece. Cuatro años pasan volando, y esos cuatro, si se alega buena fe, pueden ser dos.

En efecto, no ir a un lugar por cuatro años, para alguien con recursos económicos puede considerarse como mucho tiempo, de modo que su conducta pueda calificarse de negligente; no obstante, en el Perú, esos cuatro años pasan muy rápido para todos aquellos que tienen que vivir con un sueldo mínimo, lejos del lugar donde nacieron, y que se encuentran más preocupados en lograr sobrevivir, en pasar el día a día.

Además, incluso en el supuesto de que esos propietarios con pocos recursos supiesen que su bien se encuentra en posesión de un tercero, ello no garantizaría nada, pues de todas maneras requerirían interrumpir la prescripción. La mejor manera de hacerlo: recurriendo al Poder Judicial. Exacto, es necesario acceder a esa justicia que en el Perú –no es secreto para nadie–, no es gratuita, no es barata, no es veloz y no es segura.

Interponer una demanda cuesta, como también cuesta la asesoría jurídica. El reclamo extrajudicial al poseedor, simplemente desvirtúa la buena fe.

Todo esto nos permite afirmar que resultaría verdaderamente temerario introducir una reforma como ésta, que no es *urgente*,

que no es *necesaria* y que ni siquiera constituye una enmienda, pues en vez de corregir crearía problemas.

Por último, cabe cuestionar también qué ocurre con los bienes incorpóreos. La respuesta, según el Anteproyecto, es simple. Para hallarla tendremos que acudir a la legislación especial (la misma que nada dice), pues en el Anteproyecto la Comisión prefiere guardar silencio.

Por supuesto, no podemos dejar de mencionar que la Comisión también ha guardado silencio sobre otro tema, esto es, por qué se disminuye el término de prescripción de los inmuebles pero se mantiene el de los muebles.

De aprobarse esta norma –lo que dudamos seriamente– se estaría incentivando a todos para que empiecen a tomar bienes ajenos, para ver si tienen suerte y logran adquirirlos. Después de todo, sólo tienen que resistir 4 años ó 2, si alegan buena fe y les creen.

El inciso 2, por su parte, lo que hace es agregar una cosa obvia, que no se encuentra en el Código Civil actual, pero que puede inferirse sin dificultad alguna. Así como hay copropiedad, también hay coposesión, por lo que todos los coposesionarios, por efecto de la prescripción adquisitiva, se convertirían en copropietarios.

Por otra parte y pasando al inciso 3, debemos decir que es difícil encontrar adjetivos con los cuales describirlo.

Es increíble que en el Anteproyecto se promueva, gracias a ese *salvo*, la prescripción adquisitiva a favor del copropietario que posee de forma exclusiva.

Si hay algo que se tuvo en cuenta siempre, es que hay casos muy importantes –numéricamente hablando– de bienes en copropiedad, en los cuales no puede haber prescripción adquisitiva. Una de las razones, mas no la única, es que la copropiedad tiene como principal fuente generadora a la sucesión. Así, por ejemplo, cuando mueren los padres, suele ocurrir que uno de los hijos vive en la antigua casa de la familia. Ese hijo que vive en la casa de la que ahora es copropietario con sus hermanos, de seguir viviendo allí y poseerla de forma exclusiva durante cuatro años, se quedaría con el bien para sí.

De esta manera, la Comisión otorga, con este inciso, la posibilidad absurda de que un copropietario adquiera la propiedad de

manera exclusiva en perjuicio, no de un tercero, no de cualquier persona, sino en perjuicio de los otros copropietarios.

Pero, al igual que todo lo absurdo que hemos encontrado en el Anteproyecto, esta norma también es peligrosa pues, aunque se presume que todos conocen la ley, eso no es cierto.

Imaginemos que cuatro hermanos heredaron una casa. Tres de ellos viven en Lima, el cuarto vive en la casa de Huancayo, de la que todos son copropietarios por sucesión. Los que viven en Lima están contentos de que su hermano viva allí, pues de esa forma se cuida la casa y se evita que otros puedan apropiarse de ella. Hoy ese escenario no acarrea mayores inconvenientes; con una norma como la contenida en el inciso 3, propuesto, los tres hermanos que viven en Lima podrían perder la casa en favor del cuarto.

El último de los incisos planteados por la Comisión (el 4) señala expresamente que no pueden adquirirse por prescripción adquisitiva bienes registrados.

Como podemos apreciar, esta modificación también resulta significativa pues hoy la prescripción adquisitiva no distingue entre bienes registrados y no registrados. La norma vigente, a diferencia de la que se promueve en el Anteproyecto, sí tiene argumentos sólidos que la sustentan.

¿Por qué distinguir entre bienes registrados y no registrados, para efectos de la prescripción adquisitiva, cuando entre unos y otros hay bienes de la misma naturaleza y entidad? ¿Por qué sí se permite adquirir sin buena fe en el caso de los bienes no registrados, pero ello no se permite en el de los registrados?

En materia de prescripción adquisitiva es indiferente saber de quién es el bien, es indiferente que sea o no un bien registrado; esos dos datos son sólo relevantes en lo que concierne a los plazos, pero no a la esencia de la figura.

La razón por la cual el legislador de 1984 permite que se pueda adquirir por prescripción incluso bienes registrados, es porque de esa forma se evita que los bienes permanezcan estáticos, de modo que si el propietario no los utiliza o aprovecha, otros puedan hacerlo.

A ello hay que agregar que la prescripción adquisitiva también tiene como una de sus funciones evitar la denominada *prueba diabólica* o imposible. No olvidemos que pueden haber bienes regis-

trados pero cuya inscripción sea de, por ejemplo, hace 90 años y que se hubiesen realizado numerosas transferencias desde entonces, que no hubiesen sido inscritas. La prescripción adquisitiva puede evitar que el último de los propietarios tenga que reconstruir la cadena de transferencias, con documentos que probablemente ya se perdieron por el pasar de los años.

Actualmente la prescripción adquisitiva cumple dos funciones: permite la circulación de la riqueza y soluciona el problema de la *prueba diabólica*.

Con la modificación que se pretende instaurar se estaría desnaturalizando a la prescripción adquisitiva, restándole funcionalidad y convirtiéndola en una figura peligrosa, que favorecería a los usurpadores en menoscabo de los propietarios.

Imaginando una situación idónea en la que, de aquí a veinte años, todos los bienes estén registrados, ya no cabría en ningún caso la prescripción adquisitiva, ni de buena ni de mala fe.

• ADIÓS PRESCRIPCIÓN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 951.- <i>La adquisición por prescripción de un bien mueble requiere la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante dos años si hay buena fe, y por cuatro si no la hay.</i>	Artículo 951.- <i>Se deroga.</i>

En el Anteproyecto, además, se propone derogar el actual artículo 951. En realidad no hay mucho que comentar sobre esa derogación que se plantea, pues la misma obedece a los cambios que se pretenden introducir a la figura de la prescripción adquisitiva.

De esta manera, en tanto la derogación es una simple consecuencia de las modificaciones que la Comisión ha formulado con relación al artículo 950, nos remitimos a los comentarios que realizamos sobre aquél. De igual modo, enfatizamos nuestra oposición tanto a la derogatoria como a la modificación pues, lo reiteramos,

con ellas se desnaturaliza a la prescripción adquisitiva, al punto de despojarla de su importancia y utilidad.

CAPÍTULO CUARTO Extinción de la propiedad

• NO ME ABANDONES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 968.- La propiedad se extingue por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Adquisición del bien por otra persona. 2. Destrucción o pérdida total o consumo del bien. 3. Expropiación. 4. Abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso pasa el predio al dominio del Estado. 	<p>Artículo 968.- Causales de extinción de la propiedad</p> <p>La propiedad se extingue por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Adquisición del bien por otra persona. 2. Destrucción o pérdida total o consumo del bien. 3. Expropiación. 4. Se deroga.

Al contrastar la norma propuesta con la vigente nos percatamos de que los tres primeros incisos no han sido tocados. La Comisión ha decidido dejarlos exactamente igual a los del precepto vigente.

En realidad la modificación se propone para el inciso 4, constituyendo, desde nuestro punto de vista y como demostraremos, una modificación que no enmienda sino que deteriora este precepto.

Comencemos por decir que el tema del abandono de un bien a favor del Estado es un tema importante que, como tal, debe ser regulado. Así, pese a que actualmente la dependencia estatal (Superintendencia de Bienes Nacionales) que tiene a su cargo los trámites y procedimientos necesarios para que ello se realice, no lo hace, ello no significa que la figura deba eliminarse.

Estamos convencidos de que el hecho de que no se sigan esos procedimientos legales, no implica que ese bien que ha estado en abandono por veinte años o más, deba continuar siendo de propiedad de quien lo abandonó.

La Comisión parece olvidar que más allá de la utilidad que

tiene un bien para su dueño, si éste lo abandona, es decir, si no dispone de él, ni mediata ni inmediatamente, ni muestra ánimo de ser propietario, es lógico, conveniente y acorde con la visión actual de la propiedad, que el Estado pueda adquirirlo y destinarlo a una finalidad más productiva. Mientras el bien se encuentre en abandono, su situación jurídica será incierta.

Nos llama la atención que el Anteproyecto fomente la eliminación de la figura del abandono a favor del Estado, cuando –en principio– también fomenta que el ejercicio de la propiedad sea en beneficio del *bien común*. Tomando al *bien común* como sinónimo del *interés social*, cabe entonces preguntarnos qué más bien común que el destinar un bien abandonado a favor de la comunidad, a favor de la sociedad en su conjunto.

Por qué un terreno que ha sido abandonado por veinte años o más debe seguir así, cuando bien podría usarse para hacer un parque, un policlínico o cualquier otra cosa que beneficie a los ciudadanos en general.

Por otro lado, no deja de ser preocupante que mientras por un lado se deforma la noción de prescripción adquisitiva, al establecer plazos verdaderamente cortos, se promueva la eliminación del abandono a favor del Estado: Un particular con mala fe puede adquirir un bien no registrado, mueble o inmueble, transcurridos cuatro años, a pesar de que el propietario no haya abandonado el bien, sino que, por ejemplo, por falta de recursos económicos no haya podido tomar medidas para interrumpir el plazo de prescripción y recuperarlo. El Estado, en cambio, ya no puede adquirir un bien abandonado por veinte años o más y emplearlo para favorecer a la comunidad.

Por último, no podemos dejar de advertir que la misma idea de un bien desperdiciado, contraviene las nociones económicas que se supone orientan al Anteproyecto, entre las que destacan, el fomentar la circulación de la riqueza.

Qué, ¿acaso, en gran parte, la razón de ser del Anteproyecto en la que la Comisión justifica las supuestas enmiendas que lo conforman, no es lograr que nuestro Código Civil sea compatible con los nuevos tiempos y la visión económica que en ella predomina?

CAPÍTULO QUINTO Copropiedad

SUB-CAPÍTULO I Disposiciones generales

• LOTERÍA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 971.- Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él. 2. Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas. <p>En caso de empate, decide el juez por la vía incidental.</p>	<p>Artículo 971.- Decisiones de los copropietarios Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Unanimidad, para disponer o gravar el bien, así como en los demás casos que establece este Código. 2. Mayoría absoluta, para las demás decisiones. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, se adopta la decisión por sorteo.

Sobre el proyectado artículo 971, podemos cuestionar el que se haya cambiado la manera en que se decide si el bien en copropiedad se da o no en comodato. En nuestra opinión debe exigirse, como se exige actualmente, la unanimidad. Asimismo, pensamos que, en general, cualquier acto de disposición de algún o algunos atributos de la propiedad del bien, que se quiera realizar a título gratuito, debería requerir también unanimidad.

Por otro lado, resulta curioso que en el inciso 2, ante el empate, se adopte la decisión por sorteo. Ahora el azar decidirá en vez del juez, lo que, a la luz de la situación judicial de nuestro medio, no implica mucha diferencia. De esta manera, no consideramos que se trate de una modificación tan absurda, como a primera vista pudiera parecer, pues porque si de todas maneras, sea cual fuere la decisión, los propietarios del 50 por ciento del bien no es-

tarán de acuerdo, no hay razón para acrecentar la carga procesal y gastar tiempo y recursos acudiendo al juez.

SUB-CAPÍTULO III Partición

• SECUELAS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 985.- La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.</p>	<p>Artículo 985.- Imprescriptibilidad La acción de partición es imprescriptible.</p>

Como puede apreciarse, la modificación que se propone en el Anteproyecto, consiste en eliminar la segunda parte del texto del artículo vigente. Esta modificación es una consecuencia de la desastrosa modificación planteada en el artículo 950, precepto que otorgaría la ridícula posibilidad de que un copropietario pueda adquirir por prescripción, en menoscabo del derecho de los restantes copropietarios.

SECCIÓN CUARTA Derechos reales de garantía

Algo que nos llama verdaderamente la atención es que en el Anteproyecto haya sido *enmendado* ninguno de los artículos comprendidos entre el 984 y 1054. Nos cuesta creer que la Comisión no haya juzgado ni *urgente* ni *necesario* realizar modificación alguna en dichas normas.

Ahora bien, en lo que concierne al sistema de garantías reales, debemos empezar diciendo que si hubiera que suscribir un documento en el cual se disponga que la ejecución de garantías fuese más célere, seríamos los primeros en suscribirlo; empero, si hubiera que suscribir también un documento en el que se aceptaran injusticias como consecuencia de esa ejecución célere, seríamos los primeros en rechazarlo.

En ese orden de ideas, debemos señalar que si hay algo de lo que estamos convencidos es de lo *urgente* y *necesario* de enmendar el sistema de garantías reales. Sin embargo, somos prudentes y nos preguntamos si, en efecto, el tratamiento que el tema recibe en el Anteproyecto es bueno o malo, si en verdad sus modificaciones enmiendan o se trata de modificaciones imperfectas y defectuosas. Esa es la pregunta que intentaremos responder al analizar esta Sección.

TÍTULO I Prenda

CAPÍTULO PRIMERO Disposiciones generales

• ¿PRENDA SOBRE INMUEBLES?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1055.- La prenda se constituye sobre un bien mueble, mediante su entrega física o jurídica, para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación.	Artículo 1055.- Constitución La prenda recae sobre bienes no registrados y se constituye observándose los requisitos del artículo 1058.

El comparar la norma vigente con la propuesta nos obliga a comentar el cambio conceptual que se pretende instituir en el punto de partida de las garantías reales. Así, a diferencia del sistema actual, en el que la prenda recae únicamente sobre bienes muebles y la hipoteca sobre bienes inmuebles, el proyectado sistema dispone que la prenda recaiga sobre bienes no registrados y la hipoteca sobre bienes registrados, sin importar que se trate de bienes muebles o inmuebles.

Como resulta evidente, dicho cambio va de la mano con la nueva clasificación de los bienes. En el campo de las garantías reales, en sí mismo, ello no es ni bueno ni malo. Para determinar qué calificativo le corresponde, habrá que analizar la regulación propuesta. En todo caso, lo que sí crearía este cambio, o podría llegar

a crear, es confusión en los usuarios que tienen interiorizada la clasificación vigente y que entienden la diferencia entre prenda e hipoteca, en función de la diferencia existente entre bienes muebles e inmuebles.

Cabe resaltar, además, que la normativa vigente se encuentra amparada incluso por la Real Academia Española,⁸ pues allí también se establece que la prenda recae sobre bienes muebles y la hipoteca sobre bienes inmuebles. De ello se sigue que la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto comete un error al cambiar el significado de las palabras y decir con ellas algo distinto a lo que el idioma reconoce. La labor del legislador es educar, por lo que sería bueno que la regulación de las figuras jurídicas, además de no pervertir el Derecho tampoco pervierta el idioma.

Pero el error idiomático no es lo único que sobresale en este precepto, sino también la superflua remisión que se hace al artículo 1058. No obstante, admitimos que dicho exceso no nos sorprende pues, como hemos apreciado al revisar los diferentes libros que conforman el Anteproyecto.

• EL PROBLEMA DEL TERCERO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1058.- Son requisitos para la validez de la prenda: 1. Que grave el bien quien sea su propietario o quien esté autorizado legalmente. 2. Que el bien se entregue física o jurídicamente al acreedor, a la persona designada por éste o a la que señalen las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en la última parte del artículo 1059.	Artículo 1058.- Requisitos Son requisitos para la constitución de la prenda: [...] 2. Que el contrato de prenda conste en documento de fecha cierta. 3. Que el bien se entregue al acreedor o a un tercero designado por las partes, salvo lo dispuesto en los artículos 1084 y 1089-A.

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: ESPASA, 2001, Vigésimo Segunda Edición, tomo 8, p. 1237, segunda columna y tomo 6, p. 823, primera columna.

La *enmienda* que se formula se encuentra circunscrita a los requisitos de validez de la prenda.

Como puede apreciarse, el inciso 1 de la norma vigente no ha sido modificado; en cambio, el inciso 2 ha sido eliminado como consecuencia de la nueva premisa, sobre la cual se construye el sistema que se pretende consagrar. Y es que –resulta evidente– de aprobarse el Anteproyecto, ya no sería jurídicamente posible la figura de la prenda sin desplazamiento, pues –como se recuerda– la prenda siempre recaería sobre bienes no inscritos, de modo que no cabría sobre los mismos entrega jurídica alguna.

El proyectado inciso 2 establece, entonces, un nuevo requisito de validez para la prenda, esto es, que el contrato de prenda conste en documento de fecha cierta, a fin de otorgar mayor seguridad jurídica a todos los involucrados.

Eso está bien.

Lo que sí tenemos que cuestionar es el inciso 3, pues no entendemos cuál es la razón que justifica que el acreedor no pueda designar, él mismo, al tercero al que se le entregará el bien. ¿Por qué el tercero tiene que ser designado por ambas partes?, ¿cuál es el problema de que el acreedor designe al tercero, si asume los riesgos de esa elección? A estas preguntas debemos sumar el hecho de que el bien, según la misma norma, puede ser entregado al acreedor. Si se le confía la posesión del bien, ¿por qué no confiarle la elección del tercero?

• CONSECUENCIAS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1059.- <i>Se entiende entregado jurídicamente el bien al acreedor cuando queda en poder del deudor. La entrega jurídica sólo procede respecto de bienes muebles inscritos. En este caso, la prenda sólo surte efecto desde su inscripción en el registro respectivo.</i>	Artículo 1059.- <i>Se deroga.</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1061.- <i>La prenda no surte efecto contra tercero si no consta en documento de fecha cierta, salvo lo dispuesto en la última parte del artículo 1059.</i>	Artículo 1061.- <i>Se deroga.</i>
Artículo 1065.- <i>Las prendas legales se rigen por las disposiciones de este título y por los artículos 1118 a 1120, y sólo proceden respecto de bienes muebles susceptibles de inscripción.</i>	Artículo 1065.- <i>Se deroga.</i>

La derogación se justifica en tanto, de acuerdo al Anteproyecto, se podrían gravar con prenda los bienes no inscritos, sean muebles o inmuebles, de donde se sigue que la entrega física es indispensable para que se constituya esta garantía real.

La adaptación al nuevo sistema también justificaría la derogación de los artículos 1061 y 1065.

• EL PACTO COMISORIO (O QUE TE COMA EL TIGRE)

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1066.- <i>Aunque no se pague la deuda, el acreedor no puede apropiarse del bien prendado por la cantidad prestada. Es nulo todo pacto en contrario.</i>	Artículo 1066.- <i>Adjudicación del bien por el acreedor</i> 1. <i>Es válido que las partes acuerden que el acreedor prendario pueda adjudicarse la propiedad del bien afectado en garantía. Para la validez del pacto se requiere, bajo sanción de nulidad, incluir el valor del bien acordado por las partes y además otorgarse el poder a que se refiere el párrafo 6 de este artículo.</i> 2. <i>Producido el incumplimiento, el</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>acreedor que desee adjudicarse el bien deberá comunicar notarialmente al deudor y al representante a que se refiere el párrafo 6, así como, de ser el caso, al constituyente y al depositario, el monto detallado de la obligación no pagada y el valor del bien acordado por las partes.</p> <p>3. Si el valor del bien fuera menor que el monto de la deuda, el acreedor podrá exigir el saldo en la vía del proceso de ejecución.</p> <p>4. Si el valor del bien fuera mayor que el monto de la deuda, para poder adjudicárselo el acreedor deberá pagar previamente la diferencia al representante a que se refiere el párrafo 6, dentro de un plazo de diez días naturales de recibida por el deudor la comunicación mencionada en el párrafo 2. Vencido dicho plazo sin pagarse la diferencia, el deudor tendrá derecho a demandar en la vía del proceso sumarísimo el pago de la penalidad estipulada, la cual no podrá ser menor al décuplo de la diferencia, más intereses y gastos. A falta de pacto, rige el límite señalado.</p> <p>5. Cuando el acreedor pretenda adjudicarse el bien afectado en garantía de conformidad con este artículo, deberá pagar previamente el crédito de los acreedores que lo preceden en el rango o consignar su importe. Si hubiese gravámenes posteriores, los acreedores cancelarán su crédito, de ser el caso, con cargo a la di-</p>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>ferencia prevista en el párrafo 4. Para este efecto el representante a que se refiere el párrafo 6 cumplirá con consignar el monto mencionado en el párrafo 4.</p> <p>6. Al momento de pactarse la posibilidad de adjudicación del bien afectado en garantía, las partes deberán otorgar poder específico e irrevocable a un representante común para que en caso de incumplimiento proceda a suscribir la documentación necesaria para la transferencia del bien. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. El poder constará en documento con firma legalizada por notario. Para estos efectos no son aplicables el segundo párrafo del artículo 153 ni el artículo 156.</p> <p>7. Es requisito de validez para efectos de transferir la propiedad del bien a favor del acreedor, que éste pague al representante la diferencia de valor o la penalidad previstas en el párrafo 4 o que pague o consigne el importe del crédito de los acreedores que lo preceden en el rango.</p>

La norma contenida en el artículo 1066 es otra de las modificaciones esenciales que plantea la Comisión para el Libro de Derechos Reales. Así, el famoso pacto comisorio, rechazado en nuestro actual ordenamiento jurídico, es validado en el Anteproyecto.

Antes de analizar el artículo propuesto —que de por sí destaca por su extensión—, dediquemos unos momentos a reflexionar sobre la figura misma del pacto comisorio, esto es, el acuerdo según el cual ante el incumplimiento del deudor, el acreedor puede ejecutar la garantía, adjudicándose él mismo el bien dado en prenda.

En principio, debemos señalar que no estamos convencidos de que su consagración legislativa pueda tener efectos positivos en nuestro medio. El pacto comisorio y la posibilidad de que la adjudicación sea extrajudicial, es conveniente pero en países más ordenados que el nuestro, en los cuales la confianza, la buena fe en los negocios y la lealtad de la palabra empeñada sean la regla. En contextos como los delineados, el pacto comisorio puede calificarse, inclusive, como natural, pues los casos de incumplimiento van a ser excepcionales y, además –y más importante aún–, de producirse el incumplimiento el acreedor va a actuar siempre de buena fe respecto del deudor.

De este modo, en materia de garantías, la admisión del pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico nos genera diversas dudas, las mismas que nos orientan a su rechazo.

Nos explicamos.

En el régimen propuesto, la prenda no se restringe a los bienes muebles sino que también se extiende a los bienes inmuebles.

Con esto en mente, recordemos ahora que si hay algo sobre lo que existe una marcada mayoría en doctrina, es que la ejecución de la hipoteca –que en nuestro sistema actual sólo recae sobre inmuebles– debería hacerse siempre judicialmente, posición con la que estamos de acuerdo pues, a pesar de las muchas críticas que puedan hacerse con respecto a la administración de justicia, es necesaria la existencia de una entidad –que incluso podría tener carácter administrativo– que controle la ejecución de las garantías, a fin de evitar abusos e injusticias. Se decía, sin embargo, que en el caso de la prenda, al gravar bienes muebles, debería permitirse el pacto comisorio, justificando dicha postura en que la solución debería ser más expeditiva para la ejecución de ese tipo de garantías que, en general, involucran bienes de menor valor o entidad.

Así las cosas, se aprecia con claridad que aquello que sustentaba la admisión y validez del pacto comisorio, no encuentra punto de apoyo alguno con el sistema propuesto, en el que la distinción se centra en la calidad de registrado o no del bien que se grava.

Pero ello no es todo, ya que el problema principal estriba en que en la ejecución extrajudicial, por más reglas que se establezca en el artículo 1066 propuesto, son muchos los abusos susceptibles de configurarse.

Siguiendo con este razonamiento, podemos también advertir que gran parte de los conflictos suscitados por la ejecución de las garantías se encuentran vinculados al trámite mismo de dicha ejecución, es decir al aspecto formal y no de fondo.

La Comisión, pese a advertir eso, opta por la solución más sencilla y toma el atajo facilista, largamente acariciado por el Análisis Económico del Derecho: dejar la ejecución en manos de las partes, evitando cualquier trámite, aunque ello implique también evitar cualquier tipo de control y fiscalización por las autoridades. Ello, entendemos, bajo la máxima: No importa que se cometan abusos, siempre y cuando la ejecución sea veloz.

Obviamente, no estamos de acuerdo con esta medida, pues tenemos la seguridad de que cualquier mecanismo de ejecución de garantías debería involucrar siempre su verificación por parte de una autoridad, aunque se trate de una autoridad administrativa. De esta manera, somos de la idea de que la alternativa más adecuada para solucionar las dificultades que atacan hoy al sistema de garantías, no es la que se quiere consagrar en el Anteproyecto, pues con la reforma, sencillamente la ejecución no sería verificada por nadie.

Pensamos, entonces, que si lo que se persigue es evitar lo engorroso del proceso de ejecución de garantías, la solución más idónea sería una figura intermedia entre la vigente y la planteada en el Anteproyecto. Así, sostenemos que la ejecución podría regularse como un trámite administrativo fiscalizado por una dependencia administrativa del Ministerio de Justicia, que podría crearse e, incluso, autofinanciarse sin mayores dificultades (como, en otro aspecto, ocurre con el Registro Fiscal de Ventas a Plazos).

La validez del pacto comisorio que promueve la Comisión, como una medida *urgente y necesaria*, presenta también otro argumento en su contra: el sector de personas que se verían perjudicadas con su admisión.

Se supone que la admisión de la figura del pacto comisorio en el artículo 1066 tiene como propósito el fomento del crédito en los sectores que actualmente se hallan dentro de la informalidad, pues, reiteramos, en este caso se trata de bienes no registrados, sean muebles o inmuebles. Lo anterior implica que van a ser los informales quienes asumirán, en definitiva, las consecuencias de la

aplicación del pacto comisorio, más allá de que otras personas con mejor posición puedan verse beneficiadas.

Gracias al planteamiento de la Comisión, esos contratos –que obviamente son celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación–, pueden terminar siendo una verdadera condena para los deudores, pues sólo serán revisados en los Tribunales, si los deudores reclaman ante el Poder Judicial, porque –tal vez– se produjeron ilegalidades y abusos en la manera de ejecutarlos.

Es usual escuchar que el actual sistema de garantías adolece de un pecado mortal, esto es, que se encuentra estructurado de modo tal que se favorece injustamente al deudor, al otorgarle una tutela exagerada. El problema es que con la admisión del pacto comisorio y la ejecución extrajudicial, lo que la Comisión está haciendo no es enmendar el sistema sino, simplemente, cambiar un extremo por otro. En vez de brindar protección injustificable al deudor –como hoy ocurre– se favorece injustificadamente al acreedor.

¿Qué, acaso el sistema no debería estructurarse de manera tal que tanto el deudor como el acreedor vean sus intereses tutelados? ¿por qué optar por lo más sencillo y seguir sacrificando a uno en beneficio del otro?

Como decía la ilustre profesora Yola Polastri, hay que usar *un poco de imaginación y otro poco de fantasía* y, así, buscar fórmulas con las que no se perjudique ni al acreedor ni al deudor.

Vinculado a todo lo anterior encontramos otra enorme dificultad, esto es, la posibilidad del deudor, al que le han ejecutado extrajudicialmente una garantía sobre su bien, de recurrir al Poder Judicial, con todos los costos de acceso que ello conlleva y a los que se suma el propio de la asesoría jurídica.

No puede salvarse esta problemática aduciendo que ella sería resuelta por el mercado. En el Perú, seamos sinceros, no existe el libre mercado y los consumidores promedio no son gente instruida; el consumidor medio tiene una cultura de crédito escasa y, en consecuencia, no es descabellado afirmar que con el pacto comisorio y la posibilidad consecuente de que el acreedor se adjudique de modo extrajudicial el bien gravado, estamos soltando a ese futuro deudor a que el propio mercado *se lo coma vivo*.

Insistimos: ¿por qué no adoptar una figura intermedia? Una entidad administrativa que, como tal, otorgue cierta seguridad jurídica

al deudor, pues estaría encargada de revisar la legalidad formal del contrato y del procedimiento de ejecución de la garantía (vale decir, que este último no contravenga normas imperativas) antes de la ejecución, dentro de plazos específicos para evitar demoras excesivas.

En el Anteproyecto no se ha buscado un justo medio, sino que se ha combatido extremo con extremo, cuando en nuestro país son esos extremos los que dañan tanto.

La prohibición del pacto comisorio no se sustenta, como lo creen muchos, en una decisión arbitraria o caprichosa del legislador, sino en la búsqueda de que la ejecución sea ordenada y sin abusos por parte del acreedor. Si no funciona la ejecución judicial, entonces, lo más conveniente no es abandonar todo control estatal, sino crear un control administrativo con gente experta en la materia, la cual decidiría en ocho o quince días, sin necesidad de que intervenga el Poder Judicial. Esta entidad podría denominarse, por ejemplo, Superintendencia Nacional de Ejecución de Garantías y podría depender administrativamente del Ministerio de Justicia.

El problema del Anteproyecto no sólo consiste en que otorga validez al pacto comisorio, sino que, para colmo, permite que la adjudicación del bien sea extrajudicial, con lo cual el deudor queda sin protección alguna previa a la ejecución.

El cumplimiento, los requisitos y, en general, todas las exigencias del pacto comisorio no serán revisados nunca, salvo que el deudor reclame –luego de la ejecución de la garantía– a ese Poder Judicial, cuya intervención se supone se quería evitar.

Si todos los requisitos se van a dar a nivel negocial, quién garantiza que a ese nivel se vaya a cumplir con todo lo que la ley prevé. La respuesta es simple: nadie lo garantiza; el deudor es el único con la facultad de quejarse aunque, tras perder el bien gravado, tal vez no tenga recursos para hacerlo.

Ahora bien, luego de esta larga introducción, en la que hemos cuestionado con sólidos argumentos la figura del pacto comisorio y la ejecución extrajudicial de la que se acompaña, revisemos los diferentes incisos que componen la norma que la promueve, el proyectado artículo 1066.

El inciso 1, básicamente, consagraría en la legislación la validez del pacto comisorio, cumpliendo, con ello –y como ya lo hemos

señalado— uno de los grandes anhelos del Análisis Económico del Derecho.

En el citado inciso, asimismo, se establecen los requisitos de validez que debe cumplir el pacto comisorio o, de lo contrario, el mismo será nulo.

Por un lado, se indica que debe contener el valor del bien acordado por las partes. Por supuesto, no hay nadie que realice control alguno sobre la realidad de los montos.

Por otro lado, se exige que se otorgue el poder al que se refiere el inciso 6 del artículo bajo análisis.

Tras leer el inciso 6, nos preguntamos qué tan efectivo puede ser este requisito para lograr que no se cometan abusos e injusticias. ¿Qué, acaso el otorgamiento de poder a un tercero, constituye una garantía —en el sentido coloquial del término— de que el pacto y su ejecución se fundamentan en la buena fe comercial del acreedor?

A ello hay que agregar que la norma no establece límite o parámetro alguno respecto de la relación de parentesco que pueda existir entre el acreedor y el tercero.

A lo expresado también debemos sumar el hecho de que el rol del representante no es el de velar por que se cumplan las normas al pie de la letra, sino simplemente extender la partida de defunción, esto es, suscribir el documento pertinente para que el acreedor se adjudique el bien prendado. En ningún momento el representante tiene por qué cuestionar el contrato, ni su validez, ni su eficacia.

El representante, en el esquema regulado por el inciso 6, es un mero tramitador, por lo que incluso podría ser el propio acreedor y, en poco o nada, cambiarían las cosas, pues, al fin y al cabo, el representante sólo formaliza la ejecución.

Sobre el inciso 2 no hay mucho que comentar, habida cuenta de que allí lo único que se indica es la comunicación notarial que debe realizar el acreedor que pretende adjudicarse el bien tras el incumplimiento del deudor.

En el inciso 3 se establece la vía por la que podrá accionar el acreedor cuya acreencia no haya sido cubierta en su totalidad al adjudicarse el bien.

En el inciso 4 sí hay mucho que decir, pues el texto que se

propone nos permite resaltar otro de los problemas que la Comisión ha preferido olvidar, al hacer válido el pacto comisorio, esto es, que aquél no va a aplicarse en el campo teórico, sino en el real y concreto. Y lo real y concreto es que en nuestro país impera, no sólo la falta de cultura del crédito, sino también la usura.

Cuando, líneas arriba, nos introdujimos delineando algunas de las consecuencias negativas que podría acarrear la admisión del pacto comisorio en nuestro ordenamiento jurídico, así como la ejecución extrajudicial, estábamos pensando en los usureros.

Tal peligro es enorme, si tomamos en cuenta que en nuestro país pese a que el delito de usura se encuentra sancionado en el Código Penal, las autoridades —en los hechos— han renunciado a perseguirlo, y los ciudadanos con necesidades urgentes, muchas veces no encuentran otra salida que acudir a los usureros. Aunque no nos agrade, la usura está cuasi legalizada en el Perú.

Con normas como las contenidas en los proyectados artículos 1066 y 1069, se está favoreciendo la usura, pues se le está otorgando poderosas armas.

Imaginemos que un usurero, aprovechando la desesperación de un sujeto, le presta cinco mil dólares a este último, a condición de que grave su casa, que no está registrada y que vale treinta mil dólares, pero que en el contrato se hace figurar como si valiera diez mil. El sujeto no puede pagar la deuda y, con los altos intereses, aquélla se convierte en diez mil. El usurero, ni tonto ni perezoso, ejecuta la garantía y se queda con el bien.

En un caso como ese, ¿qué puede hacer el deudor? Pues, además de perder su casa, sólo le quedaría volver a pedir prestado para pagarle a un abogado, para pagar las tasas judiciales y, así, poder reclamar por esta vía. Claro está, también debe armarse de paciencia, pues, bien sabemos, los procesos judiciales no se caracterizan por su celeridad.

Lo anterior pone de relieve uno de los errores típicos de la Comisión, esto es, el de no reflexionar respecto de las consecuencias que podrían tener las normas que propone. Muchas de las normas son pensadas en función de personas que sí poseen conocimientos y recursos, de manera tal que tienen acceso al crédito e, incluso, a una adecuada asesoría jurídica, pero, insistimos, ellas no constituyen el grueso de nuestra población.

En otra realidad, el pacto comisorio podría ser conveniente, deseable y hasta natural, pero no en la nuestra, en donde la mayoría de gente no tiene la posibilidad de defenderse por falta de recursos y de conocimientos.

Además, notemos la contradicción latente en el proyectado inciso 4. El acreedor se adjudica el bien extrajudicialmente. Si el bien vale más que la deuda y no paga esa diferencia al deudor, éste sí tendría que acudir al Poder Judicial.

En lo que concierne al pago de la penalidad, cabe resaltar que por más buenas intenciones que tenga la Comisión, no significa que puedan salvarse las evidentes e injustificadas ventajas que se otorga al acreedor.

O acaso alguien cree que el deudor se va a acercar al acreedor para pedirle, por favor, que agregue en el contrato, que ya redactó el propio acreedor, una cláusula penal que por lo menos sea diez veces mayor que la diferencia real entre el monto de la deuda y el valor del bien.

Si la norma dice que la penalidad pactada no puede ser menor al décuplo de la diferencia entre el valor del bien y el monto de la deuda, es evidente que esa diferencia no va a existir nunca. No seamos ingenuos, los montos no van a reflejar lo real, pues ello, en casi todos los casos, no le convendrá al acreedor. El deudor se someterá a lo que aquél disponga, pues necesita el dinero.

¿Qué acreedor va a seguir la norma, va a actuar con buena fe y, por ende, va a reconocer la existencia de la diferencia y agregar al contrato la cláusula penal en su contra? El acreedor, que sea a la vez usurero, definitivamente no lo va a hacer.

Entender al Perú con la lógica de que el pacto comisorio sólo será utilizado en las relaciones contractuales entre un deudor insolidario y un Banco, es el colmo de lo absurdo. No pequemos de ingenuos, abramos los ojos y afrontemos que el Perú del 15 por ciento de la gente no es el Perú del 85 por ciento restante.

El Código Civil debe regularse sobre la base de la realidad, y no sobre cimientos falsos, que provienen de un mundo ideal en el que la regla general es que todas las personas se comportan correctamente.

Ahora bien, si por alguna extraña razón esa diferencia sí se estableciera, y el acreedor aun sin pagar la deuda proveniente del

saldo, se adjudicara el bien, el problema sería del deudor que tendría que iniciar un proceso judicial para reclamar. Pese a que en el inciso 7 se diga que la adjudicación carezca de validez, lo cierto es que el acreedor tendrá la posesión del bien, el mismo que, por ejemplo, podría valer el doble o el triple de la deuda.

La opción legislativa de la Comisión resulta así más que cuestionable. Protege al acreedor, pero con una figura que probablemente, en la práctica, generará un nuevo acreedor (el deudor primigenio), pero este nuevo acreedor sí tendrá que ir al Poder Judicial y su acreencia –paradójicamente– no tendrá garantía alguna.

El trato desigual es evidente. La finalidad del Anteproyecto es –se supone– enmendar el sistema actual, evitando que el deudor sea favorecido; no obstante, lo que hace es crear un nuevo error, pues favorece injustificadamente al acreedor.

¿Qué, acaso nadie cae en la cuenta de que una verdadera enmienda no implica cambiar una injusticia por otra, sino evitar toda injusticia? Si hay algo que enmendar es la actitud facilista con la que se afrontan los problemas en nuestro país. Eliminar un problema creando otro no puede calificarse como una solución.

El Anteproyecto parece haber olvidado aquello y opta por cuestionar el *favor debitoris*, pero no en pro de la igualdad, sino que lo cuestiona para consagrar el *favor creditoris*. Enfatizamos, nuevamente, se está cambiando injusticia por injusticia, típico proceder del Análisis Económico del Derecho.

En nuestra opinión hubiera sido mejor –o más inteligente–, por ejemplo, señalar que en supuestos como el planteado en el inciso 4, el bien debería ser vendido para pagarle la diferencia al deudor. Otra opción sería la de prohibir que se realizara la adjudicación mientras no se pague la diferencia. En este último caso, el representante –por fin– tendría un rol activo.

En lo que respecta al inciso 5, que regula el tema de la pluralidad de prendas, tenemos que se establece un mecanismo casi inviable, pues depende de la buena conducta del acreedor prendario que se adjudica el bien.

Asimismo, no se ha considerado que, al darle validez al pacto comisorio y a la ejecución extrajudicial, todas las prendas que se constituyan harán uso de esos pactos. De esta manera, si un sujeto gravó su bien bajo esas condiciones, difícilmente encontrará un se-

gundo acreedor. Ese segundo acreedor tendría que ser muy ingenuo, pues aceptaría una garantía que de *garantía* tendría poco, ya que dependería del recto actuar del primer acreedor. Si aquél no cumple, el segundo acreedor tendría que recurrir al Poder Judicial.

Como ya nos hemos pronunciado sobre el inciso 6, pasemos a comentar el inciso 7.

Allí, la Comisión trata de salvar, sin conseguirlo, el problema de la diferencia y la penalidad.

La Comisión parece no caer en la cuenta de que lo más probable es que en el contrato no se establezca diferencia alguna. En esos casos excepcionales en los que sí exista, por más penalidad que se establezca, llegaríamos al final a lo mismo: El deudor tendría que reclamar ante el Poder Judicial. El acreedor, todo el tiempo que demore el proceso en su contra, permanecería en posesión del bien, usufructuando de él. Una vez finalizado el proceso y en el supuesto de que se resuelva en favor del deudor, el acreedor recién tendría que pagar la penalidad.

Esas consecuencias perversas se acrecientan si tomamos en cuenta que si el bien prendado es una casa no registrada, en tanto el deudor sigue siendo propietario, no podría pedir su embargo. A ese cuadro habría que agregar que el proceso que emprenda el deudor –ahora acreedor de esa penalidad–, no estará encaminado a recuperar el bien.

Tras lo expuesto podemos afirmar que una de las mayores equivocaciones del Anteproyecto consiste en fundar su análisis en una visión a gran escala, cuyo fin es promover y facilitar el acceso al crédito, pero en función de las entidades financieras, de las empresas y, en general, de personas con cultura crediticia. Su análisis olvida, de esta manera, que en el Perú no todo se circunscribe a deudores instruidos y acreedores serios.

• ACCESORIO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1068.- El derecho del acreedor prendario, en relación al bien, es preferente al de los demás acreedores.	Artículo 1068.- Derecho preferente del acreedor prendario 1. El derecho del acreedor prendario, en relación al bien, es preferente al

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>La preferencia subsiste sólo en tanto el bien dado en prenda permanezca en posesión del acreedor o del tercero designado por las partes, o cuando se trate de prenda inscrita. Esta preferencia no rige tratándose del acreedor por el saldo del precio de venta, cuando este derecho aparece inscrito en el registro correspondiente con anterioridad a la prenda.</i>	<i>de los demás acreedores.</i> 2. La preferencia subsiste mientras el bien dado en prenda permanezca en posesión del acreedor o del tercero designado por las partes.

Respecto de la *enmienda urgente y necesaria* que propone introducir la Comisión en este artículo, no hay mucho que decir.

El inciso 1 permanece igual al vigente. En el segundo inciso sí se produce una variación. Se elimina la última parte, pues, de acuerdo al sistema de garantías que se pretende instaurar, la prenda recaería siempre sobre bienes no inscritos. El proyectado sistema justificaría también la eliminación del tercer párrafo de la norma actual.

CAPÍTULO SEGUNDO Derechos y obligaciones

• MALO E INSERVIBLE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1069.- Vencido el plazo sin haberse cumplido la obligación, el acreedor puede proceder a la venta del bien en la forma pactada al constituirse la obligación. A falta de pacto, se tramita como proce-	Artículo 1069.- Ejecución de la prenda 1. Si es exigible la obligación garantizada con prenda, el acreedor puede proceder a la venta del bien afectado en garantía en la forma establecida en los párrafos siguientes o en

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
so de ejecución de garantías. La oposición del deudor sólo puede sustentarse en prueba documental que acredite indubitadamente el pago.	<p>el título constitutivo de la garantía, conforme a lo pactado por las partes. A falta de pacto o en la situación prevista en el párrafo 6, se venderá el bien con arreglo al Código Procesal Civil.</p> <p>2. En el título se otorgará poder específico e irrevocable a un representante para realizar y formalizar la transferencia del bien afectado en garantía mediante subasta notarial⁹ convocada a través de algún medio de comunicación. Es nulo el pacto por el cual el propio acreedor sea el representante. Para estos efectos no son aplicables el segundo párrafo del artículo 153 ni el artículo 156.</p> <p>3. Producido el incumplimiento, de lo cual dejará constancia el acreedor mediante carta notarial dirigida simultáneamente al deudor y al representante a que se refiere el párrafo 2 y, en su caso, al constituyente de la garantía, el representante procederá a la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía, después de transcurridos tres días de remitida la carta notarial.</p> <p>4. Si el bien estuviese afecto a gravámenes anteriores a la prenda que dio lugar a la venta por subasta notarial, el representante deberá consignar a la orden del juez competente,</p>

⁹ La Comisión anota, a pie de página, que «Cuando se promulgue la Ley de Reforma del Código Civil se deberá disponer que en la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos (Ley N° 26662) se incluya el procedimiento de la «venta por subasta notarial».

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>el importe total de la enajenación del bien dentro de los tres días siguientes al cobro del precio. Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía que ha dado lugar a la enajenación, el representante consignará a la orden del juez el saldo del precio que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor. El juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil.</p> <p>5. Una vez iniciada, en ningún caso podrá suspenderse la venta por subasta notarial del bien afectado en garantía. Cualquier controversia respecto del monto o de la extensión de alguno de los gravámenes, será resuelta por el juez competente conforme al Código Procesal Civil, sin suspenderse la enajenación del bien afectado en garantía, bajo responsabilidad.</p> <p>6. Si transcurrieran sesenta días desde la remisión de la carta notarial al deudor y en su caso al constituyente y al representante, sin que el bien hubiese sido vendido, el acreedor podrá solicitar su ejecución judicial conforme al Código Procesal Civil. Las partes podrán convenir un plazo distinto.</p> <p>7. El acreedor garantizado es civil y penalmente responsable de la existencia, exigibilidad y cuantía de la obligación al tiempo de la enajenación del bien gravado. El representante es igualmente responsable por el cumplimiento de las estipulaciones</p>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p><i>pactadas para la venta por subasta notarial.</i></p> <p>8. <i>Tratándose de una garantía constituida sobre dinero o créditos, registrarán las reglas de los párrafos que anteceden en cuanto fueren aplicables.</i></p>

La lectura del artículo 1069 propuesto, que ya hemos mencionado en más de una oportunidad al analizar el artículo 1066 del Anteproyecto, nos invita a realizar diversos comentarios.

En el inciso 1 se establece la posibilidad de que la ejecución de la garantía sea extrajudicial. El supuesto que se regula de manera específica es el de la ejecución de la prenda cuando no se haya pactado que el acreedor pueda adjudicarse el bien.

Si el ordenamiento jurídico consagrara —como lo propone la Comisión— la validez del pacto comisorio, sería muy extraño que aquél no se pacte. En tal sentido, el caso de la ejecución de la prenda mediante la venta del bien —que hoy es regla en el Código Civil—, sería la excepción.

Así, las cosas, jamás se llegaría a lo dispuesto en el inciso 6. Siguiendo lo plasmado en el Anteproyecto, el acreedor tendría todo para quedarse con el bien y hacer lo que quiera, por medio del pacto comisorio. No va a arriesgarse y pactar que el bien deba venderse. De hacerlo, no cabe duda de que establecerá que la ejecución será extrajudicial.

Al supuesto regulado en el inciso 6, únicamente se llegaría si el deudor tuviera fuerza en la negociación: ¿Qué tanto poder de negociación tiene una persona que deja en garantía un bien no inscrito, que puede consistir en un terreno o en la única joya que tiene, justamente porque necesita el dinero que el acreedor le puede proveer?

Este régimen perverso no es un régimen que perjudique al empresario, pues aquél no va a recurrir a dar como garantía un bien no inscrito. Los informales son los que van a perjudicarse. Tendrán mayor acceso al crédito, cierto, pero a qué costo.

De este modo, resulta claro que quienes padecerían las consecuencias perjudiciales del régimen de garantías que se propone instaurar, son los que forman parte del sector menos favorecido de la población.

En el inciso 3 se dispone, con ayuda de un pie de página, que la venta se realizaría por medio de una subasta notarial. Ante la falta de control de la autoridad y, por consiguiente, tras despojar al deudor de toda protección frente a posibles abusos, la solución del Anteproyecto es utilizar, al igual que en la adjudicación, la figura del representante. Como dijéramos al comentar el inciso 6 del artículo 1066, el representante es un mero tramitador, por lo que el problema de fondo no se soluciona, en lo absoluto, con su presencia.

El inciso 3 tampoco mejora este panorama. El hecho de que el acreedor envíe una carta que diga que el deudor ha incumplido, no significa que, en efecto, dicho deudor haya incumplido. La norma no impone al representante la tarea de verificar el incumplimiento. La constatación, a entender del representante, consiste simplemente en la carta notarial.

El representante, tras recibir la carta notarial, no tiene ni siquiera que conversar con el deudor, sino que tan sólo debe proceder a realizar la venta por subasta notarial, luego de tres días de la recepción de dicha comunicación. Además, recordemos, pese a que el representante se supone elegido por ambas partes, probablemente se trate de un sujeto sugerido (o impuesto) por el acreedor y, por lo mismo, de su entera confianza.

¿Y si el deudor probara que no ha habido incumplimiento?, ¿puede llegar con sus pruebas a la subasta y detenerla o recuperar el bien, si éste ya hubiera sido vendido? La respuesta a ambas preguntas es negativa. Lo único que le quedaría sería recurrir ante la Administración de Justicia para demandar al acreedor por daños y perjuicios, pero nada más. No podría tratar de recuperar el bien, pues el tercero que se lo adjudicó a título oneroso, al ser un tercero de buena fe, encontraría protegido por el ordenamiento jurídico.

El plazo de tres días naturales constituye un plazo muy corto. Un acreedor astuto o cuya conducta esté teñida de deslealtad, podría, por ejemplo, enviar la carta notarial al deudor un día viernes

por la tarde, aprovechando que éste se haya ido de viaje. Para cuando el deudor se entere, la subasta ya habrá sido realizada y únicamente le quedaría recurrir a la vía judicial.

En el proyectado inciso 4 se regula el supuesto de que el bien ya haya sido vendido, pero estuviera afecto a gravámenes anteriores. En ese caso, el Anteproyecto establece que el representante consignará, a la orden del juez, el importe total de la enajenación del bien dentro de los tres días siguientes al cobro del precio.

Con este inciso lo único que se consigue es hacer menos atractiva la prenda que se ejecuta por subasta notarial, así como la constitución de prendas respecto de un bien que ya tiene gravámenes anteriores. Insistimos, el acreedor que acepte como garantía un bien ya prendado, estaría corriendo demasiados riesgos.

A ello hay que agregar que resulta extraño que se exija la orden del juez, ¿acaso el trámite no era notarial? ¿En qué momento aparece el juez?

El régimen que se pretende instaurar, se presenta, entonces, como un régimen en extremo defectuoso. No sólo se perjudica al deudor, sino que pone en riesgo a los acreedores cuando existe pluralidad de prendas sobre un mismo bien.

Todos esos conflictos y defectos se potencializan gracias al inciso 5. Allí, se subraya nuevamente, que el deudor no puede hacer nada para suspender la subasta notarial. Su única posibilidad —si es que tiene recursos para ello—, es contratar un abogado y acudir al Poder Judicial.

Inútilmente, se intenta brindar mecanismos de protección a favor del deudor. Y resaltamos lo inútil del inciso pues, las normas generales de responsabilidad civil, resultan más que suficientes si el actuar doloso o culposo del acreedor causa un daño injusto al deudor. No hay razón para señalar de manera explícita, la responsabilidad civil de la existencia y cuantía de la obligación.

Lo mismo podemos afirmar en lo que concierne a la responsabilidad penal. Si el acreedor comete un delito resulta evidente e incuestionable que será penalmente responsable. Quien comete un delito debería ser sancionado por lo dispuesto en la ley penal, se indique o no en el Código Civil. En definitiva, entonces, el inciso propuesto no es ni urgente, ni necesario, ni útil.

En todo caso, tengamos presente que, por más responsabilidad que se imponga, se sigue sin brindar una tutela adecuada al deudor frente a los eventuales abusos del acreedor, ya que siempre implicaría de su parte una visita al Poder Judicial.

El último de los incisos que conforman esta larga norma, continúa en la misma línea que sus antecesores, caracterizándose, por lo tanto, por ser defectuoso. El inciso 8 se limita a mencionar, que tratándose de una garantía constituida sobre dinero o créditos, regirán las reglas del artículo 1069, en lo que sean aplicables.

• LA SUCESORA

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 1069-A.- Venta en caso de garantías sucesivas</p> <p><i>Cuando hubiere prendas sucesivas sobre el mismo bien, la venta a instancias del segundo o ulteriores acreedores deberá ser efectuada en la forma y en el valor previstos en el título constitutivo de la prenda de primer rango.</i></p>

De acuerdo al artículo que propone ese nuevo sistema de garantías reales que se incluye en el Anteproyecto, los diferentes contratos por los cuales se establecieron las prendas sucesivas, podrían tener mecanismos distintos, pero a pesar de ello, la ejecución de cualquiera de las prendas se regirá por lo previsto en el título constitutivo de la prenda de primer rango.

Si quien ejecuta la garantía es, por ejemplo, el acreedor de tercer rango, por más de que las reglas que hubiere establecido en su título constitutivo fuesen mejores que las del acreedor que tiene el primer rango, la ejecución debería regirse por las reglas de este último. Si la acreencia del acreedor con prenda de primer rango ya fue pagada, se deberá regir por las reglas del contrato que celebró el deudor con el acreedor con prenda de segundo rango.

Entonces, ¿para qué tanta negociación?, ¿para qué acrecentar los costos de transacción, si al final son pocas las posibilidades de que, en definitiva, al ejecutar su garantía, el acreedor pueda regirse

por lo dispuesto en el título constitutivo de la prenda de la que es, precisamente, acreedor?

Asimismo, nos termina por intrigar el tema del representante. Quien accedió a cumplir tal labor, lo hizo sobre la base de lo dispuesto en el contrato en el cual se establece la prenda. Sin embargo, tal cual se señala en el artículo bajo comentario, esas reglas probablemente no regirán su actuación. En tal circunstancia, qué ocurriría si, por alguna razón, el representante se negara a seguirlas. La respuesta más sencilla es que se le complicaría el esquema al acreedor. En el peor de los casos, tendría que buscar otro representante, el cual debería ser escogido no sólo por él sino también por el deudor.

En fin, como se aprecia, la prenda sucesiva terminaría por perder todo su atractivo. ¿Quién va a aceptar ser acreedor cuando el rango de la prenda que garantiza su crédito es el quinto?

• INCAUTADO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 1069-B.- Modo de tomar posesión del bien prendado</p> <p>1. Las partes podrán regular mediante pacto el modo de tomar posesión del bien prendado.</p> <p>2. A falta de pacto, el representante encargado de la venta del bien o, en su caso, el adquirente¹⁰ de dicho bien, pueden asumir directamente la posesión de este último, absteniéndose de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. Para la toma de posesión se requiere, bajo responsabilidad civil y penal, la notificación notarial al deudor y, en su caso, al constituyente y</p>

¹⁰ Dice la Comisión, a pie de página, que «Con la expresión 'adquirente' no se está aludiendo al propietario, sino al que tiene derecho a la propiedad».

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>al depositario del bien, de que se va a proceder a tomar posesión de éste, hecho lo cual se extenderá la certificación notarial del acto en la que se dejará constancia del estado y características principales del bien prendado.</p> <p>3. El representante encargado de la venta del bien o el adquirente podrán solicitar al juez competente la incautación del bien prendado. El juez no correrá traslado del pedido de incautación, y, además, queda prohibido, bajo responsabilidad, de admitir recurso alguno que entorpezca la expedición o la ejecución de su mandato. El juez expedirá el mandato de incautación por el solo mérito de la solicitud y de la documentación presentada.</p> <p>4. El mandato de incautación se cursará mediante oficio a la autoridad policial del lugar. La autoridad policial encargada de ejecutar el mandato judicial a que se refiere el párrafo anterior, deberá ejecutarlo dentro de las 24 horas de haberlo recibido. El bien prendado incautado será entregado de inmediato al representante encargado de la venta del bien o, en su caso, al adquirente. Quien reciba el bien deberá hacer los arreglos necesarios para su transporte y custodia. Es responsable de su conservación.</p>

Como nos hemos podido percatar, y además hemos resaltado en varias oportunidades, gracias al Anteproyecto todas las prendas

serían con desplazamiento, es decir, que en todas ellas resultaría necesaria la entrega del bien. Con esta premisa, el inciso 1 de este artículo se encarga de normar una verdad de Perogrullo.

En realidad, debemos admitir que a estas alturas ello ya no nos sorprende en lo más mínimo. Es lógico que en ejercicio de su autonomía privada, las partes puedan regular el modo de tomar posesión del bien prendado.

En el inciso 2 del proyectado artículo, la Comisión ha considerado conveniente regular lo que serían las obligaciones de dar propias de la prenda, una vez realizada la venta del bien prendado.

Si hay algo que destacar en la citada norma, es lo impropio de la técnica legislativa con la que se le quiere dar nacimiento. ¿Desde cuándo un Código Civil tiene pies de páginas para aclarar el uso de un término?

En el Anteproyecto se emplea un término infeliz y, para colmo, se le intenta aclarar.

Al final no se dice qué se entiende por adquirente, pues la Comisión opta por decir quién no lo es. Así, gracias a ese *sustancioso* pie de página, sabemos que el adquirente no es el propietario. Según el diccionario,¹¹ el *adquirente* es el que adquiere o está adquiriendo.

Pero, por supuesto, ese detalle no es el único que sobresale en el desafortunado inciso 2. Por algún motivo, que no entendemos y que, claro, no se explica en la Exposición de Motivos, el tercero que adquiere –y, por ende, entra en la definición de adquirente– debe notificar al deudor. ¿Por qué?, ¿Acaso ese tercero no es uno de buena fe, que adquiere a título gratuito y, por ende, se encuentra protegido?, ¿esa notificación constituye una carga o una obligación?, ¿qué ocurriría si no notifica?

Pues, ante esa serie de interrogantes, la respuesta sería también una pregunta: ¿quién sabe?

En el inciso 3, por otro lado, se señala que el representante encargado de la venta del bien o el adquirente, podrán solicitar al Juez competente la incautación del bien prendado.

¹¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: ESPASA, 2001, Vigésimo Segunda Edición, tomo 1, p. 34, primera columna.

Incautar, de acuerdo a la Real Academia,¹² significa privar a alguien de un bien que le pertenece. Dentro de tal orden de ideas, sólo podría incautarse el bien prendado si se le quitara al deudor, lo cual es imposible, pues el bien ha sido entregado (de lo contrario, no habría prenda alguna). Así las cosas, resulta evidente que, otra vez, nos encontramos frente a un supuesto en el que la Comisión se empeña en dar a las palabras un significado distinto al que les corresponde.

Más allá de esos defectos idiomáticos, debemos centrar nuestra atención en descubrir a quién se le puede incautar el bien. Obviamente tiene que tratarse de la persona que lo posee en el momento en que se realiza la solicitud y, además, se rehúsa a entregarlo.

No parece lógico que esa persona sea el representante, pues él mismo se encargó de realizar la subasta notarial del bien que se pide incautar. Tampoco parece razonable que esa persona sea el acreedor, pues fue él quien notificó del incumplimiento para que se procediera a la ejecución de la garantía y, con ello, a la venta del bien. Creemos evidente que si el acreedor hubiera querido mantener la posesión, entonces no hubiera notificado al representante.

En todo caso, en los pocos supuestos en que sea necesario recurrir a la incautación, lo más probable sería que la posesión la tenga un tercero o depositario.

Otro de los puntos que se roban el protagonismo en esta norma, es el que en ella se disponga que el juez no admitirá recurso alguno contra esa solicitud de incautación. No hay mecanismo que permita contradecirla.

En nuestra opinión no se debe establecer una prohibición como aquélla de manera tan absoluta. El normar que tras la solicitud no hay vuelta atrás, es en exceso temerario. Podrían darse situaciones por las cuales carezca de objeto la incautación y sólo se estarían gastando recursos del Estado por una mera arbitrariedad de la ley.

¹² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: ESPASA, 2001, Vigésimo Segunda Edición, tomo 6, p. 853, tercera columna.

CAPÍTULO TERCERO

Prenda sobre créditos y títulos valores

• VACÍO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1084.- Sólo pueden darse en prenda créditos que consten de documento, el mismo que debe ser entregado al acreedor o, de mediar acuerdo entre las partes, ser confiado a un tercero o depositado en institución de crédito. El asentimiento del constituyente es irrevocable y el deudor debe ser notificado.	Artículo 1084.- Créditos no representados en títulos valores En el caso de la prenda sobre créditos que no se encuentren incorporados en títulos valores, se observará las disposiciones de la cesión de derechos, en lo que sean aplicables.

A diferencia de lo que ocurre en el Código Civil vigente, el artículo propuesto no regula el tema en función de la prenda de créditos que consten en documentos. En su lugar se habla de prenda de créditos no representados en títulos valores.

En nuestra opinión, ese cambio que pretende inútilmente aclarar algo que no requiere ser aclarado, no es *urgente* y tampoco es *necesario*. Debería mantenerse la terminología vigente pues, en realidad, la misma no se presta a equívocos. Es obvio que el artículo vigente no rige en los casos en que el crédito se encuentre representado en un título valor; y ello es así porque la Ley de Títulos Valores se encarga de brindar un tratamiento normativo a la materia. Ley especial prima sobre ley general.

Sin embargo, eso no es lo más grave. El mayor defecto del proyectado artículo 1084 consiste en que los créditos que consten en documentos, pero no estén representados en títulos valores, ya no recibirían tratamiento en la sección de garantías reales. La Comisión, erróneamente, considera más adecuado remitir el tema, en lo que sea aplicable, a la cesión de derechos.

Para que ello funcione, tendríamos que entrar a averiguar si hay normas que puedan aplicarse. Una vez determinadas las normas aplicables de la cesión de derechos, quedaría una interrogante sin respuesta: ¿Qué precepto aplicaríamos en aquellos supuestos en que las normas de cesión de derechos no resulten aplicables?

Con esta modificación no se enmienda el artículo 1084; lo que se logra es consagrar un vacío legislativo y desorientar a los usuarios del Código Civil. No podemos estar a favor del reconocimiento normativo de imperfecciones insalvables.

• PRENDA GLOBAL Y FLOTANTE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	Artículo 1089-A.- Prenda Global y Flotante.¹³ Noción 1. Puede constituirse prenda sin desplazamiento sobre activos, mercaderías, materias primas, productos elaborados o semielaborados y repuestos en el ámbito de la actividad comercial, industrial, agrícola, minera o cualquier otra de la producción o servicios. 2. Los bienes que sean retirados del conjunto prendado, quedan subrogados por otros de la misma especie, calidad y cantidad, de acuerdo con el inventario valorizado a que se refiere el artículo 1089-B.
	Artículo 1089-B.- Inventario valorizado 1. El constituyente de la garantía se obliga a mantener permanentemente la cantidad y calidad de los bie-

¹³ Anota la Comisión, a pie de página, que «La amplitud que se le da en esta norma a la prenda global y flotante implicará la desaparición de las prendas industrial, agrícola y minera».

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p><i>nes que integran el conjunto prendado. Los bienes serán materia de inventario valorizado, el cual deberá formar parte integrante del documento constitutivo de la garantía, bajo sanción de nulidad.</i></p> <p>2. <i>El acreedor podrá inspeccionar en cualquier momento la cantidad y calidad de los bienes que integran el conjunto prendado.</i></p> <p>Artículo 1089-C.- Depositario</p> <p>1. <i>El constituyente de la prenda global y flotante tiene necesariamente la calidad de depositario de los bienes prendados. Tratándose de personas jurídicas, el depositario será la persona designada por las partes o, en su defecto, el representante legal de dicha persona jurídica.</i></p> <p>2. <i>El depositario está sujeto a las responsabilidades civil y penal correspondientes.</i></p> <p>Artículo 1089-D.- Inscripción</p> <p><i>Es requisito de validez para la constitución de la prenda global y flotante, que se inscriba el gravamen en el registro respectivo.</i></p>

La prenda global y flotante constituye un mecanismo que tiene por finalidad gravar bienes fungibles que constantemente son utilizados en la actividad del deudor. Su peculiaridad reside en que el constituyente, al ser también el depositario de los bienes, tiene la facultad de disponer libremente de los bienes prendados, en cuyo caso deberá reponerlos.

En nuestro sistema actual, constituye una garantía aplicable sólo a favor de las entidades bancarias. De esta manera, hoy esta prenda garantiza obligaciones derivadas de las operaciones de crédito

con empresas integrantes del sistema financiero, así como aquellas relacionadas con la emisión de bonos.

El gran problema que se plantea respecto de esta prenda es justamente que sus beneficios se restringen a las empresas del sistema financiero. No obstante, no existe un motivo que justifique que esta garantía no pueda ser utilizada por los particulares. En ese sentido, se ha sostenido –con acierto– que un sistema ideal de garantías debería beneficiar a todos por igual y, por ende, debería otorgársele a todos las mismas oportunidades.

Dentro de tal orden de ideas, coincidimos con la Comisión en que la prenda global y flotante debería ser de aplicación general, de modo que pueda servir para garantizar el cumplimiento de cualquier obligación, sin importar quién sea el acreedor.

Asimismo, debemos admitir que la idea de unificar las prendas industrial, agrícola y minera –que hoy se encuentran reguladas en leyes especiales– no es mala. Esa unificación permitiría que el sistema de garantías sea más claro, pues evitaría que aquél siga consistiendo en un conjunto disperso de normas.

• ARBITRAJE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p>Artículo 1089-E.- Arbitraje</p> <p><i>Las partes pueden someter a arbitraje todas las controversias que se susciten en relación con la prenda incluida su ejecución.</i></p>

Resulta interesante que la Comisión considere *urgente y necesario* señalar que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pueden someter a arbitraje las controversias que susciten la prenda y su ejecución. Sin embargo, pensamos que ello no resulta necesario en la medida de que éste no es uno de los asuntos en donde se prohíbe el arbitraje, conforme al artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572. Admitir la norma propuesta implicaría aceptar que sería *urgente y necesario* señalar lo mismo en todas las materias en las que el sometimiento al arbitraje es posible, lo que, indiscutiblemente, sería un desperdicio.

TÍTULO III Hipoteca

CAPÍTULO PRIMERO Disposiciones generales

• ¿NO LO SABÍAS?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.</p> <p>La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.</p>	<p>Artículo 1097.- Noción</p> <p>1. Por la hipoteca se afecta un bien registrado en garantía del cumplimiento de una obligación.</p> <p>2. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y ejecución del bien hipotecado.</p> <p>3. Las disposiciones del presente título son aplicables, en lo que resulte pertinente, a las hipotecas reguladas por leyes especiales.</p>

Las modificaciones que se proponen en este artículo obedecen a los cambios que se pretende instaurar en el sistema y sobre los cuales ya nos hemos pronunciado.

Así, en el inciso 1 se cambia el término *inmueble* por el de *registrado*, pues, de acuerdo al régimen que promociona el Anteproyecto, la hipoteca recae sobre bienes registrados, sean éstos muebles o inmuebles.

En el inciso 2 sucede algo similar. La modificación de este inciso se realiza para que mantenga coherencia con el régimen que se quiere implementar, el cual permite la ejecución extrajudicial de la garantía.

Por otro lado, el inciso 3, novedad dentro del artículo, no es ninguna novedad dentro del ordenamiento jurídico nacional. ¿Quién no sabe que el Código Civil es de aplicación supletoria a toda norma especial?

• FÍJATE BIEN

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca:</p> <p>1. Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley.</p> <p>2. Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.</p> <p>3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.</p>	<p>Artículo 1099.- Requisitos de validez</p> <p>Son requisitos para la constitución de la hipoteca:</p> <p>[...]</p> <p>3. Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro respectivo.</p>

Los cambios realizados en este artículo son intrascendentes. La pequeña variación que se aprecia en el inciso 3 sólo tiene por fin adecuar la norma al nuevo sistema que, reiteramos, ya no restringe la hipoteca a los bienes inmuebles.

A decir verdad, lo más llamativo del artículo es que en el mismo se habla de *constitución* de la hipoteca y ya no de *validez*, a pesar de que, por alguna extraña razón, en la sumilla sí se utiliza este último término.

Nosotros somos de la idea de que debería mantenerse la palabra *validez*, pues en nuestro ordenamiento jurídico, el término *constitución* se puede prestar a equívocos, al punto de que un acto jurídico que se *constituye* puede ser o no ser válido.

• ACUÉRDATE DE ACAPULCO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 1100.- La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados.</p>	<p>Artículo 1100.- Objeto de la hipoteca</p> <p>La hipoteca debe recaer sobre bienes específicamente determinados.</p>

Nuevamente una variación sin importancia. Se elimina la palabra *inmueble*; empero la modificación carecería de coherencia, pues no se especifica que el bien debe ser registrado, en concordancia con el sistema que plantea la propia Comisión, y con lo que se propone en el inciso 1 del artículo 1097 del Anteproyecto.

• ¿HASTA DÓNDE?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1101.- <i>La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.</i>	Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca en cuanto al bien <i>La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorios del bien hipotecado, tanto actuales como futuros, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.</i>

En el plano teórico una modificación como la que se plantea en este artículo resultaría innecesaria, pues no se debería dudar de que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorias del bien, tanto actuales como futuras.

Y es que lo cierto es que, con el régimen legal actual, si el bien alcanzara un valor mayor del que tenía al momento en que se constituyó la hipoteca, en la venta se alcanzará un mejor precio y con él podría cubrirse la deuda y, la diferencia entregársela al deudor. Ello, si, por ejemplo se construyese sobre un terreno hipotecado o se ampliase el área de una casa, también hipotecada.

Sin embargo, la modificación propuesta por la Comisión sí tendría un asidero cierto, habida cuenta de que en la Acción de Amparo, expediente N° 428-97-AA/TC, cuya sentencia fue publicada el 28 de septiembre de 1999, el Tribunal Constitucional señaló en los considerandos de la citada Resolución que conforme a lo establecido en el contrato de compraventa con garantía hipotecaria y al contenido de la inscripción registral, debía entenderse que la hipoteca se encontraba circunscrita a un área de terreno determinada y que por aplicación del artículo 1100 del Código Civil, las construc-

ciones edificadas sobre el terreno no constituían garantía del saldo deudor.

En lo personal, discrepamos del parecer del Tribunal Constitucional, habida cuenta de que de seguirse este criterio, resultaría muy fácil constituir una hipoteca sobre el terreno y luego construir sobre él, burlándose fácilmente de los acreedores, en la medida de que sería muy difícil la venta judicial del terreno, considerándolo como un bien distinto e independiente del inmueble edificado, por restringirse la garantía al terreno.

Es evidente que nadie va a comprar por remate judicial un terreno en esas condiciones.

En tal sentido, sí resultaría necesario reformar el artículo 1101 del Código Civil, para establecer una precisión en el sentido de que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorias del bien hipotecado, tanto actuales como futuras.

• ¡INCREDIBLE!

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1106.- <i>No se puede constituir hipoteca sobre bienes futuros.</i>	Artículo 1106.- Hipoteca de un bien futuro <i>La hipoteca sobre un bien futuro queda sujeta a la condición de que dicho bien llegue a existir.</i>

El artículo en actual vigencia prohíbe constituir hipoteca sobre bienes futuros. El artículo propuesto la hace válida, aunque la condiciona a que el bien llegue a existir.

Ahora bien, ¿caso la hipoteca en el Anteproyecto no recae siempre sobre bienes registrados y, por consiguiente, tiene como requisito de validez su inscripción en el registro respectivo?

Siendo la respuesta afirmativa, no entendemos cómo la Comisión hace válida la hipoteca sobre bienes futuros, si en la práctica ella sería jurídicamente imposible por no poder inscribir en el registro un bien que ni siquiera existe. ¿En qué registro se va a inscribir una hipoteca sobre un bien que aún no existe y, por ende, aún no se encuentra inscrito?

La condición a la que se refiere el artículo no soluciona ningun-

na de las contradicciones. No olvidemos nuestros cursos básicos de Derecho: Los actos que pueden estar sujetos a condición suspensiva son aquellos que tienen validez, para luego tener eficacia. Pero aquí no podría haber validez, puesto que el acto no podría inscribirse, según lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 1099 del Anteproyecto.

• UNA MÁS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1107.- La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas del juicio.	Artículo 1107.- Extensión de la hipoteca en cuanto al crédito La hipoteca cubre el capital, los intereses que devengue, las primas del seguro pagadas por el acreedor y las costas y costos que origine la cobranza. El importe cubierto por la hipoteca puede exceder el monto del gravamen.

En este artículo podemos apreciar otra de las constantes que hemos podido identificar en las *enmiendas* que conforman el Anteproyecto. La constante a la que nos referimos es aquel afán de agregar líneas innecesarias, que tratan de aclarar lo que ya está claro en la norma.

La lectura del artículo vigente permite inferir, sin ninguna dificultad, que pese a que el monto del gravamen sea 5, al final podría ser 8, pues la garantía también cubre los gastos que genera la cobranza de la deuda.

El hecho de que en el Anteproyecto se indiquen costas y costos, tampoco tiene demasiada relevancia. La modificación tiene por finalidad el precisar con mayor claridad los montos que cubre la hipoteca.

• DE MAL EN PEOR

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1109.- El acreedor cuya hipoteca comprenda varios inmuebles podrá, a su	Artículo 1109.- Hipoteca sobre varios bienes El acreedor cuya hipoteca comprenda

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<i>elección, perseguir a todos ellos simultáneamente o sólo a uno, aun cuando hubieran pertenecido o pasado a propiedad de diferentes personas o existieren otras hipotecas. Sin embargo, el juez podrá, por causa fundada, fijar un orden para la venta de los bienes afectados.</i>	<i>varios bienes podrá, a su elección, perseguir todos ellos simultáneamente o sólo uno o algunos, aunque hubieran pasado a propiedad de otros o existieren varias hipotecas. Sin embargo, el juez podrá, a solicitud de parte, fijar un orden para la venta de los bienes afectados.</i>

El cambio que se propone introducir en este artículo es, en nuestra opinión, un cambio para peor.

Se argumentó como *urgente y necesario* modificar la frase *por causa fundada*, por la de *a solicitud de parte*.

Con esta modificación se tendría que asumir, pues ya no estaría especificado de manera expresa, que esa solicitud tiene una causa fundada, lo que hoy sí resulta claro. Además, se estaría despojando al juez de la facultad de determinar –fundamentando el por qué de su decisión– si es conveniente o necesario fijar un orden para la venta.

• PROPAGANDO EL MAL

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1111.- Aunque no se cumpla la obligación, el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por el valor de la hipoteca. Es nulo el pacto en contrario.	Artículo 1111.- Rige para la hipoteca lo dispuesto en los artículos 1066, 1069, 1069-A, 1069-B y 1089-E.

En el artículo propuesto se hacen extensivos a la hipoteca, el pacto comisorio, la ejecución extrajudicial y, en general, todas las medidas que hemos criticado al analizar la prenda. Estamos convencidos de que ello constituye un grave error. En tal sentido,

pensamos que todas las críticas que hemos realizado al examinar cada uno de los artículos citados, se extienden a la hipoteca, en donde incluso se potencializan.

La Comisión opta por lo más fácil: escoge el extremo contrario al que hoy es objeto de los más agresivos ataques y construye su régimen en los terrenos de ese extremo. Ignora, o mejor dicho, prefiere ignorar, que la misión del sistema jurídico es encontrar una vía razonable que además sea, en lo posible, justa respecto de todos los intereses involucrados. El Anteproyecto renuncia a la búsqueda de ese mecanismo justo.

El Anteproyecto sigue, también en este tema, la lógica del Análisis Económico del Derecho en el Perú, esto es, resuelve injusticias creando otras aún más costosas.

Uno de los ejemplos más claros, que hemos comentado en *Analizando el Análisis*,¹⁴ es el caso de la ejecución extrajudicial de garantías hipotecarias y del pacto comisorio que propugna.

Allí el argumento es que resulta injusto y caro que, ante el incumplimiento de un deudor que ha garantizado su deuda con una hipoteca, tenga el acreedor que pasar por los engorrosos y largos trámites de un proceso judicial para ejecutar la garantía y cobrarse el saldo, con todos los inconvenientes que esto implica para el acreedor. Así, el *Análisis* propone la *expeditiva* justicia de vender el bien hipotecado sin necesidad de proceso judicial alguno o de quedarse, simplemente, con el bien.

El problema es que esa supuesta solución –asumida por el Anteproyecto– es la puerta abierta para mayores problemas que el que se pretende resolver. En efecto, la lógica de la ejecución judicial de garantías y la prohibición del pacto comisorio, es proporcionar todas las seguridades posibles del Estado, para evitar una venta fraudulenta de la garantía o un despojo de ésta.

Mediante un remate judicial se impide que el acreedor venda el bien en garantía a un precio menor del que puede figurar en un contrato de compraventa celebrado sin la supervisión del Estado,

¹⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.* Capítulo IX: Amor de Gavilanes. Mujer, casos de la vida real: discriminación, disposición y gravamen de los bienes sociales, p. 136. Nota a pie de página.

cobrando más de lo que en realidad le correspondía e incluso aduciendo que la garantía no alcanzó para cubrir la deuda y que el deudor aún tiene una obligación que pagar.

También existe un riesgo todavía mayor, esto es, que se haya honrado la deuda pero que el acreedor, en vez de levantar la hipoteca, simplemente venda el bien, toda vez que podría hacerlo sin pasar por algún filtro estatal.

Peores riesgos lleva consigo el pacto comisorio, pues se presta a malos manejos, tales como el despojo de la garantía, aduciendo que no se pagó o que se pagó mal, de manera que se obliga al deudor a recurrir a los tribunales que, precisamente, se pretendía alejar del escenario contractual.

En resumidas cuentas, todas esas falsas soluciones terminan siendo más onerosas para la sociedad, en especial si consideramos que el Análisis Económico del Derecho generalmente carece de argumentos morales y prescinde de criterios de justicia, los mismos que considera accesorios frente a la idea de reducir costos. El Anteproyecto, en muchos de sus pasajes, sigue esa misma línea, por lo que no es extraño encontrar que una injusticia sea *enmendada* con otra injusticia.

Así y gracias al sistema de garantías que el Anteproyecto sugiere como *urgente* y *necesario*, el deudor se quedaría sin la garantía de la justicia.

CAPÍTULO QUINTO Hipotecas legales

• LA HIPOTECA INVISIBLE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 1118.- Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes:</p> <p>1. La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero.</p>	<p>Artículo 1118.- Se deroga.</p>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>2. La del inmueble para cuya fabricación o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle.</p> <p>3. La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios.</p> <p>Artículo 1119.- Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan.</p> <p>En los demás casos, el derecho del acreedor surge de la inscripción de las hipotecas legales en el registro.</p> <p>Las personas en cuyo favor se reconocen dichas hipotecas, pueden exigir el otorgamiento de los instrumentos necesarios para su inscripción.</p> <p>Artículo 1120.- Las hipotecas legales son renunciabiles y también puede cederse su rango respecto a otras hipotecas legales y convencionales.</p> <p>La renuncia y la cesión pueden hacerse antelada y unilateralmente.</p>	<p>Artículo 1119.- Se deroga.</p> <p>Artículo 1120.- Se deroga.</p>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 1121.- Las reglas de los artículos 1097 a 1117 y 1122 rigen para las hipotecas legales en cuanto sean aplicables.</p>	<p>Artículo 1121.- Se deroga.</p>

Algo que no podemos entender es por qué plantea la Comisión eliminar las hipotecas legales.

Buscando una respuesta, recurrimos –ingenuamente– a la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

Según la Comisión es urgente y necesario derogar las normas relativas a las hipotecas legales, pues éstas son de escasa utilización. Los acreedores, se aduce en la Exposición de Motivos, exigen generalmente la constitución expresa de la garantía.

Aun aceptando que la hipoteca legal se utilice poco, ¿por qué derogarla?, ¿por qué no dejar que quienes quieran utilizarla, lo sigan haciendo y quienes prefieran expresamente pactar algo distinto también lo hagan?

CAPÍTULO SEXTO Extinción de la hipoteca

• SIN COMENTARIOS

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 1122.- La hipoteca se acaba por:</p> <ol style="list-style-type: none"> Extinción de la obligación que garantiza. Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación. Renuncia escrita del acreedor. Destrucción total del inmueble. Consolidación. 	<p>Artículo 1122.- Causales</p> <p>La hipoteca se acaba por:</p> <p>[...]</p> <ol style="list-style-type: none"> Destrucción total del bien.

Por último, la Comisión propone modificar el inciso 4 del artículo 1122, a fin de que éste guarde congruencia con el nuevo sistema. Aquí no hay nada que comentar.

SEXTA PARTE
Libro VII
Fuentes de las Obligaciones

SECCIÓN SEXTA
Responsabilidad extracontractual

Por: Verónica Rosas Berastain

Antes de revisar cada una de las enmiendas que, a criterio de la Comisión, resulta *urgente y necesario* realizar en esta Sección, juzgamos apropiado resaltar el hecho de que, a pesar de la promoción que ha tenido en los últimos años la unificación de la responsabilidad civil, ella no ha sido amparada en el Anteproyecto.

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 –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.

A decir verdad, hace pocos años, una Comisión No Oficial de Reforma del Código Civil, formuló un proyecto que partía, justamente, de un régimen unificado. La Comisión que hoy elabora el Anteproyecto ha tenido el acierto de abandonar esa idea, que nosotros descartáramos en el ensayo *La atomización de la responsabilidad civil*,¹ luego de cuestionar cada uno de los argumentos esgri-

¹ CASTILLO FREYRE, Mario y Verónica ROSAS BERASTAIN. *La atomización de la responsabilidad civil*. En: *Cuatro temas de hoy*. Lima: Derecho & Sociedad, mayo del 2005, pp. 91 y ss.

El autor de este libro, Mario Castillo Freyre, al igual que la suscrita, siempre estuvimos en contra de una eventual unificación, por lo que saludamos que –al menos en este aspecto– se haya impuesto la ponderación.

midos por los partidarios de la unificación. Pero –lamentablemente– sus aciertos acaban aquí.

• **¿A QUIÉN LE IMPORTA?**

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1969.- <i>Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.</i>	Artículo 1969.- Responsabilidad subjetiva. Presunción <i>Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de culpa corresponde a su autor.</i>

Como bien sabemos, el famoso artículo 1969 del Código Civil de 1984 establece la responsabilidad civil subjetiva, al señalar que todo aquel que causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo, precisando además que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

No vamos a examinar los alcances de la responsabilidad subjetiva, pues ello no es materia de discusión en la *enmienda* que se pretende introducir. Lo que nos interesa es la presunción de culpabilidad que consagra la citada norma y que tiene por finalidad facilitar a la víctima la prueba, en lo que concierne a la configuración del factor de atribución.

Lo interesante de la opción legislativa adoptada en el Código Civil vigente es que la presunción incluye al dolo y la culpa del agente. La carga de la prueba se invierte, de modo que el causante deberá probar que actuó sin dolo o sin culpa.

Como no puede ser de otra manera, dicha presunción ha sido objeto de innumerables críticas a lo largo de los años. La mayor parte de la doctrina ha objetado que se presume el dolo del agente y no sólo la culpa.

El artículo 1969 del Código Civil representa, desde un punto de vista literal, una norma en la que se favorece a las víctimas de manera extrema, dejando al demandado la severa y complicada misión de lograr la prueba negativa.

Partiendo de esa lectura, la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Enmiendas al Código Civil de 1984, que hoy es

materia de discusiones, ha juzgado de *urgente y necesario* modificar el artículo bajo estudio, restringiendo a la culpa, la presunción allí prevista.

Pese a que admitimos los inconvenientes que puede generar una interpretación que siga al pie de la letra el texto vigente y, por ende, no negamos que su modificación pueda resultar adecuada desde un punto de vista técnico, no consideramos que dicha *enmienda* pueda calificarse como *urgente y necesaria*.

Nuestra posición no se funda en un mero capricho, sino en la convicción de que la modificación propuesta tendría, al menos en nuestro actual sistema de responsabilidad civil, consecuencias nimias.

El primero de los argumentos se basa en la convicción de que el Derecho Civil no se agota en el texto de sus normas. La interpretación que hacemos de ellas es lo que, en definitiva, les da contenido y delimita sus alcances.

En el Derecho la interpretación juega un rol fundamental, al punto de que interpretar es también crear. No permitir la interpretación creativa es perennizar una visión sesgada que agudiza la crisis del Derecho Civil. Es más, nos atrevemos a afirmar que gran parte de esa crisis, de la que tanto se ha hablado no sólo respecto de la responsabilidad civil sino del Derecho Civil en general, es culpa de los operadores jurídicos, pues tiene como uno de sus ejes principales la errónea identificación del Derecho Civil con la legislación civil, y más concretamente con el Código de la materia.

El Derecho Civil no es únicamente normas, es también doctrina y jurisprudencia. Solemos olvidar que si bien el legislador cumple un papel relevante en la creación de las normas, no es menos relevante la función que deben cumplir, también como creadores, quienes interpretan esas normas dadas por el legislador, ya sea por medio de comentarios en la doctrina o al aplicarlos y sentar jurisprudencia. La actividad del legislador debe ser necesariamente complementada con la función creadora de quienes formamos parte del universo jurídico.

De esta manera, no podemos ni debemos acercarnos al artículo 1969, o a norma alguna, restringiéndonos a su letra. Debemos abandonar esa visión sesgada.

Así, resulta evidente que la inversión de la carga de la prueba no puede incluir el supuesto de dolo, pues el dolo implica intención de dañar y, presumirlo, quiebra la lógica de cualquier sistema de Derecho. De esta manera, pensamos que por medio de una interpretación que no se restrinja a la mera redacción del texto, la norma puede ser salvada.

El artículo 1969 del Código Civil debe ser interpretado y aplicado, aceptando únicamente la presunción *iuris tantum* de la culpa. Si el demandante aduce el dolo del agente, se encuentra obligado a demostrarlo, pues no puede valerse de la inversión de la carga de la prueba.

En síntesis, la enmienda que supuestamente resulta *urgente y necesaria*, en verdad no lo es.

El segundo de los argumentos es aún más práctico. Así, aunque estamos de acuerdo con la posición que sirve de brújula al Anteproyecto y que no es sino la consagración normativa de la interpretación correcta de la norma, debemos admitir que ello sólo importa en el plano teórico.

Tal cual se encuentra construido el sistema peruano de responsabilidad civil extracontractual, interesa poco o, para ser más exactos, nada, que se asuma el dolo en lugar de la culpa.

En nuestro sistema actual no interesa si el agente actuó por su deseo de causar un daño a la víctima o si, por el contrario, el daño obedece a un descuido que puede calificarse como culpa leve.

A diferencia de lo que ocurre en sede de responsabilidad por inejecución de obligaciones (argumento del artículo 1321 del Código Civil), en materia de responsabilidad extracontractual, el monto indemnizatorio –proclaman todos los autores– debe reflejar el daño efectivamente padecido por la víctima, sin importar el grado de culpabilidad de quien lo causa.

De esto se sigue que, en estricto y en un sentido eminentemente práctico, si dos personas causan un daño de igual dimensión, estarían obligadas por el mismo monto, a pesar de que una hubiera tenido la intención de causar ese daño y la otra hubiera actuado sólo con descuido.

Más allá de que la apreciación del juez pueda verse influida por el juicio moral que merezca la conducta del responsable, en

principio ese juicio moral no tiene incidencia en la determinación del *quantum* indemnizatorio.

Así las cosas, resulta claro que la modificación propuesta no es, en la práctica, ni *urgente* ni *necesaria*, pues el grado de culpabilidad del agente no es un factor a tener en cuenta en la determinación del deber resarcitorio que recae sobre aquél y que origina, como contrapartida, el derecho de la víctima a ser compensada por el daño sufrido.

Hoy, pese a que las resoluciones puedan aludir de manera reprobatoria a la descuidada conducta del agente, lo cierto es que la mayor o menor reprochabilidad de aquélla no tiene incidencia en la cuantía de la indemnización.

Dicho de otra manera, no interesa si el agente actuó con culpa leve, con negligencia grave o con dolo; únicamente importa el daño padecido por la víctima como consecuencia de ese actuar.

• RIESGOSO Y PELIGROSO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1970.-	Artículo 1970.- Responsabilidad por actividad riesgosa o peligrosa <i>Aquel que por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo.</i>

El Código Civil de 1984 ha adoptado, junto al sistema subjetivo regulado por el artículo 1969, la teoría del riesgo creado. Esto lo ha hecho en el artículo 1970.

En general, se puede decir que la responsabilidad extracontractual por riesgo creado es aplicable en situaciones que están directamente relacionadas con el incremento de las actividades peligrosas, dimanantes del desarrollo tecnológico que favorece al ser humano.

Podemos sintetizar esta teoría en el siguiente principio: Quien cree un peligro debe asumir los riesgos.

De esta forma, para que se le pueda imputar responsabilidad al causante, además de probar que han concurrido los elementos

configurativos de ella, sólo será necesario demostrar 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 conducta peligrosa o riesgosa; o porque implica el empleo de un bien peligroso. No existe necesidad de acreditar la culpabilidad del autor.

En nuestra opinión, el discutir si se trata de un bien riesgoso o si lo riesgoso es la actividad que realiza el hombre con él, es sólo una discusión teórica. Por ende, consideramos que la enmienda sugerida por la Comisión, responde más a una sutileza de escuela que a una verdadera *urgencia* o *necesidad*.

Lo esencial de la norma contenida en el artículo 1970 es la idea del riesgo creado. Así, una lectura del precepto nos permite ver que el efecto es el mismo en ambos supuestos, ya sea si sostenemos que un bien puede ser peligroso de manera intrínseca, o si consideramos que lo riesgoso es su uso, pues la obligación de indemnizar por parte del causante no varía ni desaparece.

Así las cosas, resulta evidente que la *enmienda* del Anteproyecto nada enmienda, pues los efectos de la modificación no tienen, en definitiva, incidencia alguna sobre el sistema. Se trata, enfatizamos otra vez, de una simple sutileza de escuela.

• CON MUCHO CUIDADO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1972.- <i>En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.</i>	Artículo 1972.- Ruptura del nexo causal <i>No hay obligación de indemnizar cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero, responsabilidad de quien padece el daño o cuando el propietario, poseedor o presunto responsable acredite que no tenía la posibilidad objetiva de control del bien.</i>

Una de las consecuencias de la doctrina de la relación causal, es que el presunto autor de un daño puede verse exento de res-

pensabilidad si acredita que entre su comportamiento y el resultado ha mediado causa extraña e inimputable, de tal naturaleza y entidad que hace que su conducta sea irrelevante.

El actual artículo 1972 de nuestro Código Civil, establece que en los casos del artículo 1970 el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, hecho determinante de tercero o imprudencia de quien padece el daño.

En los últimos años se han planteado algunas propuestas modificatorias.

Una Comisión No Oficial de Reforma del Código Civil sugirió hace unos años, en el artículo 41 de su Anteproyecto, referido a las fracturas del nexo causal, mantener el caso fortuito o fuerza mayor y el hecho determinante de tercero, modificando sólo el último de los supuestos. Así, se planteó que ya no se exigiera la imprudencia de la víctima, bastando el hecho de la misma como causa exclusiva para exonerar de responsabilidad al autor.

Por su parte, la Comisión encargada de la elaboración del Anteproyecto de Enmiendas del Código Civil de 1984 que, reiteramos, es hoy materia de debate, propone introducir cambios que, según la Exposición de Motivos, son *urgentes* y *necesarios*.

El texto del artículo propuesto establece que "No hay obligación de indemnizar cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero, responsabilidad de quien padece el daño o cuando el propietario, poseedor o presunto responsable acredite que no tenía la posibilidad objetiva de control."

Antes de efectuar nuestros comentarios, es necesario advertir que, pese a que algunos cuestionan que el artículo 1972 establezca estos supuestos de exoneración de manera específica para los casos de responsabilidad objetiva, en estricto, tal cuestionamiento no tiene razón de ser.

Quienes se adhieren a esas críticas argumentando que la manera en que está formulado el artículo 1972 se presta a confusiones, parecen olvidar que, aunque ninguna norma lo señala de modo específico, de configurarse alguno de esos supuestos no se podría imputar responsabilidad subjetiva, pues en todos ellos hay ausencia de culpa.

En estricto, todas estas situaciones reguladas en el artículo 1972 no sólo implican la ruptura del nexo causal, sino que también constituyen casos en los que el supuesto responsable carece de culpa. De esta manera, si la responsabilidad subjetiva toma como factor de atribución y eje del sistema a la culpa del agente, es más que evidente que dicha responsabilidad subjetiva no se configura.

Además, no olvidemos que cada una de estas situaciones, si bien han sido reguladas con mención expresa del artículo 1970, pueden aplicarse sin problemas a los casos comprendidos en el artículo 1969, pues incluso en esas hipótesis la causa determinante del daño no sería la conducta del agente y, por consiguiente, faltaría el elemento nexo causal.

• CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR. ¿SUPUESTOS DISTINTOS?

Juzgamos conveniente enfatizar nuestro desacuerdo con la postura que se ha adoptado en el Anteproyecto sobre este tema, la cual, como demostraremos, es injustificada e inútil.

Empecemos por decir que históricamente el caso fortuito y la fuerza mayor son nociones cuyos efectos han sido considerados similares. No obstante, advierte Reglero Campos, gracias al tratamiento doctrinal que ha recibido, hoy son varios los criterios de distinción que se han propuesto y que se pueden clasificar en dos grandes grupos:²

Comenta el citado autor, que en el primero de estos grupos se encuentran aquellas teorías que diferencian ambos supuestos, pese a reconocer que producen los mismos efectos. Así, dentro de este grupo destacan quienes sustentan su posición asumiendo que el caso fortuito es la obra de los accidentes naturales, mientras que la fuerza mayor es el hecho del príncipe. Otros, en cambio, diferencian conceptualmente estos supuestos afirmando que el caso fortuito implica que el origen accidental e imprevisto del obstáculo es

² REGLERO CAMPOS, L. Fernando. «El nexo causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas». En: *Tratado de Responsabilidad Civil*. L. Fernando Reglero Campos (coordinador). Navarra: Arazandi, 2002, pp. 335 y ss.

debido al azar inesperado; y la fuerza mayor se refiere a la naturaleza insuperable del obstáculo.

Por otro lado, continua Reglero, el segundo de los grupos está integrado por autores que admiten tanto la diferenciación conceptual como la diferenciación respecto de sus consecuencias prácticas.

En este grupo destaca la tesis de Exner, la cual se desliga de la teoría tradicional, adoptando como criterio de distinción la interioridad o exterioridad del evento en relación con una determinada actividad. Será caso fortuito todo evento causal que acaezca dentro del ámbito de riesgo de esa actividad, es decir, dentro del ámbito de control del sujeto responsable; será fuerza mayor el suceso exterior a la actividad. En este esquema, únicamente la fuerza mayor exoneraría de responsabilidad.

Trimarchi criticó la postura de Exner, admitiendo la distinción entre el caso fortuito y la fuerza mayor a partir de un criterio diferente. Para este importante autor italiano, tales supuestos se distinguen en que el caso fortuito supone la imprevisibilidad del daño y, por ende, la exoneración de la responsabilidad; en cambio, la fuerza mayor supone la inevitabilidad del daño y, por lo mismo, no sirve para exonerar de responsabilidad.³

Ahora bien, actualmente nuestro Código opta por no diferenciar las consecuencias del caso fortuito y la fuerza mayor, a los que se considera como equivalentes. El Anteproyecto, en cambio, propone que constituyan supuestos independientes.

Como se recuerda, el Código Civil de 1936 no daba un tratamiento uniforme al caso fortuito y a la fuerza mayor. Dicho cuerpo legal empleaba estas expresiones de manera inorgánica, refiriéndose en algunos artículos al caso fortuito, en otros a la fuerza mayor y en un tercer grupo al caso fortuito y a la fuerza mayor.

En tal sentido, si un avance notorio se produjo en torno a este tema en el Código de 1984, el mismo consistió en que se otorgó un tratamiento absolutamente uniforme al caso fortuito y a la fuerza mayor, habida cuenta de que en este cuerpo legal todas las veces en que se menciona a estas figuras se emplea la expresión *caso fortuito o fuerza mayor*.

³ Citado por REGLERO CAMPOS, L. *Op. cit.*, p. 341.

Ello no implica que el Código en vigencia desconozca que se trata de supuestos teóricamente distintos, sino que a pesar de esa realidad, se considera que ambos deben tener consecuencias jurídicas idénticas.

Ese gran avance producido con el Código de 1984 sufriría un notable retroceso si, tal como se propone en el artículo 1972 del Anteproyecto, no se empleara la expresión uniforme *caso fortuito o fuerza mayor*, sino se separase ambas figuras, abriendo –de par en par– la puerta a las más diversas interpretaciones sobre el particular.

Explicado esto, la pregunta a contestar sería por qué la Comisión propone tal cambio. Esta primera pregunta contiene en sí misma otras dos: En qué teoría basa esa distinción y cuál es su relevancia.

En la Exposición de Motivos no se menciona nada que pueda ayudarnos a resolver alguna de esas interrogantes, por lo que nuestro análisis tendrá que prescindir de ella.

En principio, pensamos que lo único que podemos asumir es que la Comisión no ha partido de ninguna de las teorías propias del segundo grupo, pues aceptar lo contrario sólo conllevaría consecuencias absurdas.

No nos cabe la menor duda de que, tal cual está planteada la norma propuesta, no resulta coherente sustentar la diferencia entre ambos supuestos en la teoría de Exner, ya que ello implicaría que únicamente la fuerza mayor debería incluirse en el artículo 1972; no obstante, allí también se incluye al caso fortuito. De igual manera, tampoco es viable pensar que se sustenta en la teoría de Trimarchi, en tanto, de ser así, la fuerza mayor no debería contemplarse en la norma bajo análisis.

Descartadas las teorías que se enmarcan dentro de la segunda corriente doctrinal, nos queda por asumir, entonces, que la Comisión ha decidido diferenciar al caso fortuito de la fuerza mayor por considerarlos eventos diferentes que, sin embargo, tienen los mismos efectos. Asumido aquello, lo siguiente es determinar cuáles son esas diferencias.

El advertir, como se suele hacer en la doctrina nacional, que la diferencia más importante, si no la única, es que uno es hecho de la naturaleza y el otro hecho del hombre, no constituye, en nues-

tra opinión, un argumento lo suficientemente sólido como para validar que se haga una distinción.

Cuál es el sentido de complicar el panorama al intérprete, cuando lo relevante es que en la configuración del evento concurren los requisitos previstos en el artículo 1315 de nuestro Código Civil vigente, esto es, que el evento sea extraordinario, imprevisible e irresistible.

Si lo que se persigue con las normas del Anteproyecto es enmendar los defectos de nuestro Código, la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor no logra ese objetivo. Aún peor, en lugar de enmendar, puede generar confusiones que actualmente no se presentan.

Para qué hacer creer al operador jurídico que entre uno y otro evento existen diferencias significativas y que su configuración exige la concurrencia de requisitos distintos, cuando lo relevante es siempre que el evento que origina el daño injusto sea extraordinario, imprevisible e irresistible. No olvidemos que es la concurrencia de esos requisitos lo que ocasiona la ruptura del nexo causal y, por consiguiente, la exoneración del presunto responsable.

Si lo esencial son las características del evento y sus efectos, no hay razón que justifique la diferenciación cuando, en estricto, las características y los efectos son los mismos.

• HECHO DETERMINANTE DE UN TERCERO

En vista de que no se ha propuesto modificación alguna en este tema, nos limitaremos a señalar, siguiendo a De Trazegnies, que con este supuesto el legislador tiene por objetivo exonerar de responsabilidad a quien no fue causante de un daño. Se trata, en definitiva, de una causa de exoneración que libera al presunto agente cuando el verdadero productor del daño fue un tercero.⁴

Señala el mismo autor, en opinión que compartimos, que en

⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «La Responsabilidad Extracontractual». Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, vol. IV, tomo I, p. 357.

este caso al tratarse de un hecho con autor –el tercero– la responsabilidad extracontractual no se cancela. De esta manera, la institución no se hace inaplicable frente a un determinado daño, sólo se desplaza del presunto causante al verdadero causante.⁵

Cabe resaltar que la exoneración únicamente es viable si el hecho del tercero, que puede consistir en una conducta activa o en una omisiva, constituye la causa determinante del daño; no basta con el mero hecho, pues éste, a lo sumo, podría considerarse como condición del daño y, de acuerdo a las circunstancias, podría atenuar la responsabilidad de quien lo alega, mas no eximirlo de aquélla.

Además, la intervención del tercero podría conllevar, en el caso concreto, que dicho tercero deba responder junto a los otros intervinientes, por considerarse que tal intervención coadyuvó al acaecimiento del hecho dañoso. Este tema, de la forma en que se encuentra regulado en nuestro ordenamiento jurídico, genera serios inconvenientes que analizaremos más adelante.

• ¿IMPRUDENCIA, HECHO O RESPONSABILIDAD DE LA VÍCTIMA?

Por otro lado, en lo que concierne a la que hoy constituye la tercera causal de exoneración, en el Anteproyecto se ha considerado necesario dejar de hablar de imprudencia de la víctima y, en su lugar, se prefiere la expresión *responsabilidad de quien padece el daño*.

Afirma la Comisión que ese cambio obedece a la constatación de que, por parte de la víctima puede configurarse un supuesto de responsabilidad objetiva.

No podemos estar de acuerdo con dicha posición, pues el hecho de que el factor de atribución sea objetivo, no siempre implica que en la relación de causalidad no pueda valorarse la conducta de los sujetos involucrados, para determinar qué conducta debe calificarse como la causa del evento lesivo.

Pensemos, por ejemplo, en una colisión de vehículos. Nadie puede negar que en dicho caso la responsabilidad es siempre ob-

⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 357.

jetiva o, para ser más precisos, por riesgo creado, siendo de aplicación el artículo 1970. No obstante, en vista de que ambos sujetos se encuentran, por decirlo de alguna manera, en igualdad de condiciones –pues ambos realizan actividades riesgosas–, para determinar el elemento nexo causal será necesario evaluar el comportamiento de cada conductor, determinar cuál de ellos actuó de manera imprudente o negligente, acrecentando el riesgo y propiciando la colisión. Si fue la víctima quien actuó de esa manera, el presunto responsable quedará exonerado.

Asimismo, nos oponemos a un cambio como el propuesto, pues pensamos que en el planteamiento de aquél no se han ponderado adecuadamente las consecuencias de su aplicación. En nuestra opinión, los efectos de una norma que señale como un supuesto de fractura del nexo causal la responsabilidad de la víctima, son tan significativos como nocivos.

Además, el uso de la expresión *responsabilidad* es impreciso. ¿A qué se refiere la Comisión? ¿Acaso está empleando el significado lato de *responsabilidad*?

Si reducimos nuestras opciones interpretativas, podremos inferir dos posibilidades, las cuales no desencadenan las mismas consecuencias. Una lee el término en su acepción amplia; la otra, la restringe al ámbito mismo de la responsabilidad civil.

La primera posibilidad, como adelantamos, es la acepción común de la palabra *responsabilidad*, que no implica la concurrencia del factor de atribución, el nexo causal, el daño injusto y la imputabilidad.

Más allá de ser una posibilidad, no creemos que sea la más adecuada, puesto que no hay razón alguna para usar la expresión *responsabilidad* en la Sección dedicada a la regulación de la responsabilidad civil extracontractual y darle un significado diverso al que en la misma Sección se le otorga a la institución. Su sola ubicación dirige a los operadores jurídicos a pensar en la responsabilidad desde una visión más restringida.

Este razonamiento, que consideramos es el que predominaría en aquellos que interpretaran y aplicaran esta norma, nos lleva a pensar, con fundamento, que tanto en los procesos como en las resoluciones sobre el tema, el sentido sería el de la segunda posibilidad.

Ahora bien, pensando en las consecuencias que generaría considerar la responsabilidad de la víctima como causal de exoneración, tenemos, en principio, las dificultades para demostrar que la víctima es responsable del hecho lesivo que le generó daños a ella misma.

Esta problemática tiene como eje central el que la responsabilidad civil, para configurarse, requiere la concurrencia de varios elementos. Se podría llegar al extremo de tener un proceso en el que demandante y demandado intenten probar, cada uno, la responsabilidad del otro y, a su vez, tratar de defenderse de las acusaciones que reciben de su contraparte.

Si el Anteproyecto pretendía solucionar los problemas probatorios que se presentan en cualquier proceso de responsabilidad civil, no lo ha logrado.

Ahora bien, como adelantamos, el Proyecto No Oficial de hace algunos años, también propuso una modificación en esta materia. Con la finalidad de no convertir la posición del presunto dañador en una situación prácticamente ineludible, se estimó en el citado Proyecto que era suficiente acreditar el hecho de la víctima sin tener necesidad de penetrar en estados subjetivos.⁶

La fórmula propuesta tiene el defecto de no advertir que no basta un simple hecho, sino que ese hecho debe ser determinante, debe tener la entidad necesaria para exonerar al presunto responsable y dejar el costo, el daño, en la víctima. El simple hecho, sin mayores precisiones, puede desembocar, en consecuencia, en injusticias para los perjudicados que, incluso por un simple error en su actuar, tendrían que asumir los daños que padecieron.

Referirse, entonces, al hecho de la víctima sin decir nada más, puede derivar en que pese a que el actuar de la víctima constituya sólo una condición del daño, sea suficiente para que se exima a aquél cuya conducta riesgosa fue en realidad la causa determinante.

Tal parece que quienes propusieron esta modificación en el

⁶ VEGA MERE, Yuri. «Breve panorama de la Responsabilidad Civil en el Derecho peruano (Algunas ideas preliminares a favor de su reforma y en torno a un Proyecto no oficial)». En: *El Código Civil del siglo XXI (Perú y Argentina)* (obra colectiva). Lima: Ediciones Jurídicas, 2000, tomo II.

Proyecto No Oficial no reflexionaron sobre las consecuencias perniciosas que ésta podría generar.

Lo expuesto nos lleva a afirmar que, en realidad, no es *urgente* ni *necesario* modificar el texto actual de la norma; basta con otorgarle una adecuada interpretación. En ese sentido, consideramos que por *imprudencia de la víctima* debe entenderse hecho determinante de la misma. En principio, este hecho debería estar exento de valoraciones subjetivas; no obstante, no negamos la posibilidad de que las circunstancias particulares del caso hagan necesario determinar si la víctima actuó o no con prudencia, lo que ocurre en el ejemplo citado sobre colisión de automóviles.

• POSIBILIDAD OBJETIVA DE CONTROL

Con este supuesto, la Comisión a cargo del Anteproyecto pretende, de acuerdo a su Exposición de Motivos, regular situaciones en las que, por ejemplo, no obstante se establezca una responsabilidad solidaria, uno de los presuntos responsables pueda liberarse de la misma. Así, señala, en materia de productos o servicios defectuosos, si bien es cierto que la responsabilidad de los proveedores es solidaria, la farmacia puede alegar ruptura del nexo causal, porque no tenía la posibilidad objetiva de control del producto farmacéutico cuya composición ha sido defectuosa y sólo es atribuible al laboratorio de producción.

Nosotros consideramos que, en esencia, la noción de control objetivo, más que un supuesto en sí mismo, debe considerarse como un criterio interpretativo. Ello, pues aunque los motivos que orientan la introducción de este supuesto puedan justificarse, como lo demuestra el ejemplo de la propia Comisión, lo cierto es que tal cual se encuentra redactada la norma propuesta, su aplicación práctica podría ser en extremo amplia y dar lugar a exoneraciones injustas o, en el mejor de los casos, a limitaciones de la indemnización.

Tal cual ha sido redactada la *enmienda* del artículo 1972, la posibilidad de control no se restringe a los supuestos en los que hay pluralidad de responsables, por lo que más de uno podría invocarla para librarse de su obligación de reparar.

En todo caso, insistimos, su aplicación necesita de criterios interpretativos que limiten su ámbito, sus alcances, de modo que

no se termine desnaturalizando a la figura. Al analizar la posibilidad objetiva de control, habrá que tomar en cuenta el por qué el sujeto no tiene esa posibilidad. Nunca podrá exonerarse ni tampoco atenuar su responsabilidad, si la razón por la que no tiene posibilidad es, por ejemplo, su imprudencia.

• ¿ADECUADA CAUSA?

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1973.- <i>Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.</i>	Artículo 1973.- Causas concurrentes <i>Si el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de tercero o la responsabilidad de quien padece el daño hubieren sólo concurrido en la producción de éste, la indemnización será reducida según las circunstancias.</i>

Todos los comentarios que hemos realizado respecto del proyectado artículo 1972, pueden extenderse al artículo 1973 del Anteproyecto que, al igual que en el caso anterior, distingue innecesariamente entre el caso fortuito y la fuerza mayor.

A decir verdad, somos de la idea que en materia de nexo causal otro pudo ser el tema a enmendar, y no el de las causas de fractura causal o el de la consecuente reducción del monto indemnizatorio, cuando la configuración de alguna de esas causas sólo hubiera concurrido en la producción del daño.

Así, pensamos que hubiera sido preferible dedicar alguna de las tantas *enmiendas* que componen el Anteproyecto, a flexibilizar el sistema en materia de nexo causal.

El legislador de 1984 ha juzgado conveniente que la causa que tenga función operativa en materia de responsabilidad civil sea aquella calificada como *causa adecuada*.

Podemos criticar tal decisión desde dos perspectivas. En primer lugar, y coincidiendo con Fernando de Trazegnies, debemos resaltar que la referencia a la causa adecuada no debería haberse realizado en una norma como la del artículo 1985, que regula el tema

de la reparación.⁷ Y es que, no olvidemos, la causalidad adecuada es uno de los presupuestos de la responsabilidad civil. En cambio, la indemnización supone que aquella ya ha sido establecida. La calificación del tipo de nexo causal debe ser, por consiguiente, anterior a la regulación de la reparación, simplemente porque esa es la lógica del sistema.

Tal cual se encuentra hoy redactado el citado precepto, pueden generarse, y de hecho se generan, confusiones. Si lo que deseaba el legislador era determinar la teoría causal aplicable, no debió haberla regulado en una norma propia del *quantum* indemnizatorio, pues, como hemos resaltado con anterioridad, la relación de causalidad de hecho y la relación de causalidad jurídica no se ocupan de lo mismo. La primera se refiere a la causalidad como elemento constitutivo de la responsabilidad, la segunda a los alcances de la reparación.

Desde la segunda perspectiva podemos criticar la opción legislativa plasmada en nuestro Código, por asumir un único criterio causal.

En nuestra opinión, pretender aplicar una única teoría resulta tan absurdo como contraproducente. No olvidemos que una de las mayores dificultades que enfrenta la víctima que ha sufrido un daño injusto se circunscribe a la materia probatoria.

Habrán ocasiones en las que la prueba sea sencilla; habrán otras mucho más complicadas e, incluso, habrá alguna en que las circunstancias la harán imposible, por lo que a fin de no dejar injustamente desprotegido al perjudicado, tendremos que recurrir a la noción de probabilidad.

Como es evidente, no cabe realizar una lista taxativa en la cual se establezca *a priori* qué supuestos se regulan por qué teorías; si quiera aspirar a una lista como ésa ya resultaría ridículo.

Conscientes de aquello, somos de la idea de que se debe dar libertad al intérprete, al operador jurídico. El Derecho no es sólo lo que está escrito, sino que importa mucho la actitud, la visión y la creatividad con que lo escrito es aplicado en los hechos. No olvidemos que las normas son siempre abstracción; el sentido

⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 317.

que les demos va a ser lo que permitirá que esa abstracción se concrete, que trascienda lo teórico y se convierta en algo real y útil.

Siguiendo esta línea de pensamiento, consideramos que el Código Civil no debe tomar partido por una teoría en particular. Si bien admitimos que, en general, la teoría de la causa adecuada representa mayores ventajas, no podemos negar que su aplicación indiscriminada perjudica la funcionalidad y la vigencia del sistema de responsabilidad civil, pues no permite que enfrente los retos que son una constante en nuestra época.

Los conceptos causales no deben aplicarse con demasiada rigidez, pues, de hacerlo, las metas sociales que orientan a la institución de la responsabilidad civil y, por consiguiente, las funciones que le son propias, no tendrían posibilidad de realizarse.

No todo es blanco o negro, siempre hay grises, siempre hay infinitud de matices. El legislador, por mucho que lo desee, a pesar de que sus intenciones puedan ser honorables y dignas de aplauso, debe ponderar sus decisiones y reflexionar sobre sus posibles consecuencias, consciente de que el Derecho no puede divorciarse de la realidad, de que el Derecho es dinámico, como dinámico es el sistema de responsabilidad civil.

Afortunadamente, en la mayoría de ordenamientos jurídicos en los que se establece normativamente un único criterio, tal rigidez no ha caracterizado al sistema de responsabilidad civil, ni tampoco ha constituido la manera como la misma está siendo aplicada ahora, durante la transición de los sistemas basados en la culpa a aquéllos objetivos. Al igual que en el pasado, los conceptos causales parecen estar respondiendo a los cambios en los puntos de presión apropiados; aún lo están haciendo sin romper con el pasado o con algunas de las metas no comprendidas, que el pasado contiene.

Desgraciadamente, esa tendencia mayoritaria a la que acabamos de referirnos no es la predominante en nuestro medio, el mismo que se caracteriza por una aplicación rigurosa de las normas. La interpretación imaginativa no ha sido aún interiorizada como debería.

En algunos sectores esa necesaria interiorización es evidente, tal como se observa en las resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Inte-

lectual (INDECOPI) o en muchos procesos arbitrales. No obstante y aunque nos pese decirlo, el Poder Judicial no ha asumido igual posición. Los jueces parecen ceñirse a la letra de los preceptos, olvidando que su labor es también creadora. He allí el gran problema de nuestro sistema jurídico, en general, y de nuestro sistema de responsabilidad civil, en particular.

Nuestra interpretación debe orientarse a destacar el carácter mutable del nexo causal, rasgo que ofrece la ventaja de la elasticidad en las soluciones, lo que puede resultar conveniente y justo, en la medida de que permite que cada caso concreto sea resuelto de acuerdo a sus particularidades.

No negamos que esa misma elasticidad y la ausencia de un criterio único, podrían resultar peligrosos, en tanto podrían dar lugar a decisiones arbitrarias. Sin embargo, advertidas ambas posibilidades, consideramos que es preferible correr el riesgo y no optar por el establecimiento riguroso de un solo criterio, pues a la larga ello implicaría restarle fuerza a la responsabilidad civil, reduciendo injustificadamente su ámbito de aplicación, lo que, llevado al extremo, podría conducir a la pérdida de su vigencia.

Siguiendo esta línea argumentativa, podemos asumir como vigentes cada una de las teorías que sobre el nexo causal se han elaborado, si bien cada una de ellas debe ser evaluada para determinar cuál es la que resulta más eficiente en el supuesto concreto, de donde se sigue que no resulta apropiado que el legislador imponga arbitrariamente una única teoría para la resolución de todos los casos que se presenten.

• INCAPACES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1975.- <i>La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable.</i>	Artículo 1975.- Responsabilidad cuando media discernimiento 1. <i>La persona con capacidad de ejercicio restringida queda obligada por el daño que ocasione siempre que haya actuado con discernimiento.</i> 2. <i>En el caso del párrafo 1, el repre-</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.</p>	<p><i>sentante legal es solidariamente responsable sólo si está obligado al cuidado de la persona con capacidad de ejercicio restringida.</i></p> <p>Artículo 1976.- Responsabilidad sin mediar discernimiento <i>Cuando el daño es causado por persona con capacidad de ejercicio restringida que haya actuado sin discernimiento, responde su representante legal.</i></p>

Este tema se encuentra íntimamente vinculado al de la responsabilidad de los representantes legales por los daños ocasionados por los denominados incapaces.

Antes de revisar las normas pertinentes, creemos necesario recordar que en el Anteproyecto de enmiendas al Código Civil se propone un cambio radical en lo que al sistema de capacidad se refiere. Dicho cambio, tal cual hemos explicado al detalle, no sólo es imperfecto, sino que además puede acarrear graves y perjudiciales consecuencias si, por algún absurdo, llegara a tener vigencia.

La modificación que se propone en el tema de la capacidad se encuentra orientada por un amor obsesivo por el purismo terminológico, por las sutilezas de escuela, que tanto daño pueden causar cuando no se pondera adecuadamente su utilidad y conveniencia.

Insistimos, aunque el Código Civil vigente amparase una terminología defectuosa al utilizar la palabra *incapaz* —que, repetimos, no tiene nada de defectuosa— la misma no crea confusión alguna en los usuarios. Nadie duda de que toda persona tiene capacidad de goce. En tal sentido, constituye un despropósito dejarse vencer por la tentación y cambiar todo el sistema por sutilezas en el empleo del lenguaje.

⁸ ESPINOZA ESPINOZA, JUAN. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, Segunda Edición actualizada y aumentada, p. 275.

Gracias a esa nueva regulación, que se encuentra establecida en el Anteproyecto sobre el tema de la capacidad, son muchos los artículos que tendrían que sufrir modificaciones, con el único fin de ser adaptados a la nueva terminología. Entre aquellos artículos se encuentran el 1975 y el 1976.

De esta manera, en vez de *incapacidad* se hablaría de sujetos *con capacidad de ejercicio restringida*. Como expresáramos, dicho cambio no sólo resulta *innecesario* sino que además puede generar confusiones, en especial si se toman en cuenta las modificaciones que pretende introducir la Comisión en los artículos 43, 44, 45 y 46 del Código Civil. En todo caso, lo relevante es que el Anteproyecto, al menos, mantiene como criterio fundamental el discernimiento del sujeto.

Ahora bien, antes de revisar los artículos 1975, 1976 y 1977, propuestos, resulta conveniente señalar que para que se configure la responsabilidad del representante legal se requiere:⁸

- Que un incapaz (con o sin discernimiento) haya realizado un hecho ilícito generador de un daño. En el caso concreto del incapaz sin discernimiento, se trata de un acto objetivamente ilícito, es decir, el representante legal responde de los daños, a condición de que la conducta del incapaz sea abstractamente culpable; decimos abstractamente, puesto que la incapacidad natural no podría caracterizar el comportamiento con la conciencia y la voluntad propias de la culpa.
- Una relación de representación legal con un tercero, basada, sea en la patria potestad, tutela o curatela.

Con esta premisa, debemos señalar que nuestro Código Civil vigente establece, en su artículo 1975, la responsabilidad solidaria del representante legal del incapaz con discernimiento, por los daños que éste hubiera ocasionado.

Con esta norma queda claro que la responsabilidad del representante legal tiene naturaleza objetiva, pues el representante responde por el hecho de ser tal. En general, se admite que dicha responsabilidad se fundamenta en la protección especial que merece el sujeto débil.

Pese a que la responsabilidad objetiva del representante legal

permite que la víctima pueda obtener de los representantes legales una indemnización por sus daños, lo cierto es que la norma resulta imperfecta.

Así, esta norma genera un serio inconveniente, esto es, establece la responsabilidad solidaria de los representantes legales de todos los sujetos comprendidos en los artículos 43 y 44, sin tomar en cuenta que, entre ellos, se encuentran el pródigo, el mal gestor y el que se halla inhabilitado civilmente.

La responsabilidad solidaria por los daños ocasionados por el pródigo, el mal gestor o el que lleva anexa la pena de inhabilitación, fuera de los casos que se relacionan a la administración de su patrimonio, no se justifican. En tal sentido, estamos de acuerdo con la propuesta del Anteproyecto que limita la responsabilidad solidaria de los representantes legales a los casos en que se encuentren obligados al cuidado personal del sujeto incapaz.

Por otro lado, en el artículo 1976 el legislador de 1984 señala que no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal. El texto que se propone en el Anteproyecto es el mismo, con la salvedad, claro está, de que se deja de utilizar el término *incapaz* para usar la frase: *persona con capacidad de ejercicio restringida*.

• PRODUCTO DEFECTUOSO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1979.- <i>El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.</i>	Artículo 1979.- Responsabilidad por productos o servicios defectuosos <i>El proveedor es responsable por los daños causados a la integridad de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos o servicios. Si son varios los proveedores la responsabilidad es solidaria.</i>

Como podemos apreciar, en el artículo 1979 se sugiere una modificación radical: La eliminación del supuesto especial que regula, actualmente, la responsabilidad por el daño causado por un animal.

En la Exposición de Motivos del Anteproyecto no se explica el por qué de la eliminación de dicha norma y, francamente, no lo entendemos,

¿Por qué considerar como *urgente y necesario* el derogar ese supuesto especial de responsabilidad civil?, ¿a quién perjudica?, ¿acaso el sistema de responsabilidad civil extracontractual podría destruirse si la norma se conservara?

Ante lo evidente de las respuestas que corresponden a cada una de esas preguntas, sólo nos queda suponer que se propone la derogatoria porque *se necesitaba espacio* para agregar la responsabilidad por productos o servicios defectuosos.

No negamos que los daños causados a la integridad, salud o bienes de los consumidores requieren un tratamiento adecuado, pero, ¿acaso no lo reciben de manera detallada en el artículo 32 de la Ley de Protección al Consumidor, en el que se determina como responsables solidarios a todos los proveedores de los productos defectuosos que han generado el daño en el consumidor?

Claro que lo reciben, de donde resulta aún más sorprendente que se haya derogado una norma que regula un supuesto especial, para colocar en su lugar la transcripción de una norma ya existente y, por ende, en actual vigencia.

Si se quisiera hacer algo útil, en vez de copiar un precepto que ya rige, debería aclararse cómo funciona la solidaridad entre los proveedores, tema discutido hoy en doctrina.

Mejor aún, se debería dejar el artículo 1979 tal y como está y, en su lugar solucionar los inconvenientes prácticos producidos por las contradicciones que ampara el Código en materia de coautoría.

Aquellas dificultades tienen como fuente generadora la peligrosa distinción que ha realizado nuestro legislador de las nociones de incitación y ayuda, reguladas en el artículo 1978 del Código Civil; y la noción de corresponsable, tema regulado en el artículo 1983.

Gracias a lo dispuesto en la primera de las normas, el juez deberá decidir la indemnización que le corresponda –según las circunstancias, el grado de responsabilidad de quien incita o ayuda a causar un daño–; en cambio, de acuerdo a la segunda, los corresponsables responderán solidariamente.

Como podemos advertir con facilidad, a la víctima le es más fa-

vorable que se determine la corresponsabilidad, ya que eso le permitirá dirigir su pretensión contra cualquiera de los responsables o contra ambos, teniendo mayores posibilidades de ser resarcida. Por el contrario, si se determinara que se trata de un responsable y de un *ayudante* o de un *incitador*, la víctima se verá forzada a dividir su pretensión entre los diferentes autores del daño que ha padecido, con lo que sus posibilidades de alcanzar su reparación integral, disminuyen.

De esta manera, podemos advertir también que la distinción realizada en las normas puede ser calificada como interesante desde el plano teórico; no obstante, genera en los hechos perniciosas consecuencias para el perjudicado.

• ESPADA DE DAMOCLES

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1980.- <i>El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción.</i>	Artículo 1980.- Responsabilidad del propietario <i>El propietario del bien es responsable por los daños que éste cause. Su responsabilidad es solidaria con la del poseedor.</i>

Al contrastar la norma vigente con la que sugiere la Comisión, podemos notar ciertos cambios notorios.

Mientras la norma actual regula la responsabilidad objetiva del propietario de un edificio o construcción, en el Anteproyecto aquéllo se extiende peligrosamente.

En efecto, en el proyectado artículo 1980 se regula la responsabilidad del propietario, sin realizar distinción alguna sobre el tipo de bien de que se trate, de modo que podría tratarse, incluso, de cualquier bien mueble. La responsabilidad sigue siendo objetiva, es decir, el propietario responde por el solo hecho de serlo; empero, ahora tal responsabilidad objetiva no se restringe a los casos en que el daño provenga de la caída o destrucción del bien por falta de conservación o de construcción.

En nuestra opinión, la Comisión se ha excedido en su intento de proteger a la víctima, pues, gracias al artículo 1980 propuesto, al

final podría estarse tutelando a un sujeto en perjuicio de otro. Podrían configurarse muchos casos en los cuales el propietario se convierta en víctima económica, debido a la amplitud del precepto.

Estamos de acuerdo en que la responsabilidad del propietario y del poseedor debería ser solidaria, mas sólo en los casos en que se trate de un poseedor legítimo, esto es, uno autorizado por el propietario; y cuando el bien de que se trata sea inmueble.

En el caso de los bienes muebles no creemos que se justifique una responsabilidad tan severa como la que se pretende imponer. A lo sumo, podría justificarse en el caso de los vehículos, mas no es necesario que ello se incorpore en el Código Civil. La Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre (Ley N° 27181) ya dispone que la responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito es objetiva y solidaria entre el conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre.

Así las cosas, pensamos que la fórmula del artículo 1980 del Anteproyecto no puede calificarse como una enmienda. En nuestra opinión dicho artículo es tan sólo un intento fallido de la Comisión por plasmar el principio de reparación integral de la víctima. Lamentablemente, otra vez, no pudo oponer resistencia a esa tentación de normar irreflexivamente y no medir las consecuencias que podrían acarrear sus decisiones.

Cierto, toda víctima que sufriera un daño sería resarcida, pero para ello sería necesario, en no pocas ocasiones, que surgiera una nueva víctima: el propietario.

¿Acaso la Comisión no recuerda las duras críticas de las que ha sido blanco ese tipo de responsabilidad objetiva, que ahora pretende consagrar en el Código Civil?

• DEPENDE

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1981.- <i>Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del car-</i>	Artículo 1981.- Responsabilidad del principal y del dependiente <i>El que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, cuando el daño se produjo en</i>

viene de la página anterior

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
go o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.	el ejercicio del cargo, en cumplimiento del servicio correspondiente o con ocasión de sus funciones. Ambos son responsables solidarios.

Como podemos apreciar, en el Anteproyecto no se sugieren cambios significativos en el precepto vigente. La supuesta novedad estaría en que se agrega la responsabilidad del principal por los daños que cause su dependiente, cuando aquellos daños los produjo en ocasión de sus funciones.

A decir verdad, aquel agregado no plantea, en estricto, nada nuevo respecto a lo que actualmente es entendido al interpretar y aplicar la norma. Lo único que se está haciendo es recoger en el artículo lo que los propios operadores jurídicos están generalizando.

En todo caso, debemos admitir que la nueva redacción, al consagrar legislativamente lo que la doctrina y la jurisprudencia nos han aportado, beneficia el sistema de responsabilidad civil, pues el supuesto recogido favorece a la víctima.

Cabe resaltar que pese a que en el régimen vigente ésta sería la norma a aplicar en los supuestos de responsabilidad civil de la persona jurídica por hechos de sus dependientes, en el Anteproyecto no ocurre así. Tal cual hemos comentado al analizar el Libro de Personas, la Comisión ha regulado de manera específica este tema. Empero, como también señalamos, dicha regulación es defectuosa y sumamente perjudicial.

En el Anteproyecto se pervierte la responsabilidad de la persona jurídica hasta límites insospechados. Con el afán de glorificar el principio de reparación integral de la víctima, la Comisión olvida que la solidaridad no es algo que pueda tomarse a la ligera, asumiéndola para todos los casos en los que se involucren los dependientes y miembros de la persona jurídica, al punto de que el principio de autonomía que sustenta a dicho ente se destruye por completo.

• YA ESTÁ REGULADO

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
Artículo 1987.- La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste.	Artículo 1987.- Limitación de la responsabilidad del asegurador La indemnización puede ser reclamada al asegurador del daño, quien está obligado a pagar solamente hasta el monto de lo pactado con el asegurado.

Antes de examinar si la modificación que se propone en el Anteproyecto es urgente y necesaria, consideramos apropiado referirnos brevemente a la relación entre el seguro y la responsabilidad civil extracontractual.

La doctrina hoy reconoce la incidencia recíproca que existe entre la responsabilidad objetiva y el seguro. De igual manera, se rescata la importancia del seguro como mecanismo para garantizar la indemnización de las víctimas y la pulverización de los daños, pues el riesgo se reparte sobre una colectividad homogénea.

El aseguramiento puede ser una medida preventiva que quede a voluntad de los interesados o puede tratarse de una imposición legal. En el primer caso estamos frente al seguro voluntario; en el segundo, frente al segundo obligatorio.

A pesar de esta evolución, la implementación del seguro como mecanismo dentro de un sistema de cobertura social completa o total, ha recibido serias objeciones. La mayoría de los detractores han utilizado como argumento la pérdida de la función preventiva de la responsabilidad, pues, aducen, una cobertura total genera incentivos para causar demasiados accidentes.

Pero, si pensamos las cosas en abstracto, los seguros sí generan incentivos para tomar precauciones, en la medida de que las primas se determinan, entre otros factores, por la capacidad de una persona para generar riesgo: A mayor cantidad de accidentes que tenga una persona, mayor será la prima que deberá pagar, de donde se sigue que una persona tiene incentivos para evitar causar accidentes.

Eso, que en teoría resulta tan claro, en la práctica es, por el contrario, en extremo complicado, debido a las dificultades y limi-

taciones que existen para medir ese riesgo. A esas dificultades se suma el problema del riesgo moral o azar moral, el cual, en principio, se resuelve en la relación contractual entre la compañía aseguradora y el asegurado.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que un sistema de seguros ofrece innegables ventajas; la principal es que permite que la víctima no tenga que esperar años hasta que el Poder Judicial se pronuncie al respecto. Las fallas en el funcionamiento de la Administración de Justicia hacen más atractiva la opción del seguro.

Si nos centramos en los seguros obligatorios –que tienen un fundamento distinto a los seguros voluntarios–, podemos inferir que los mismos pueden ser útiles para enfrentar los problemas propios del Poder Judicial respecto a la rapidez con que se resuelven los conflictos, pues otorga la ventaja de brindar una compensación efectiva y sin demoras a las víctimas.

Los seguros obligatorios, como el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), que se caracterizan por conceder una indemnización automática, no tienen por fin que el responsable indemnice al perjudicado; la responsabilidad del autor del hecho nunca se discute, de donde se sigue que el seguro paga a la víctima sin analizar si hubo culpa, o si se configura un supuesto de ruptura del nexo causal o, incluso, si el daño está justificado por presentarse uno de los supuestos del artículo 1971.

Así, el SOAT, al guardar una lógica distinta de la que sustenta a la responsabilidad civil, no excluye que la víctima pueda recurrir luego al Poder Judicial.

En nuestra opinión, el sistema de seguros no puede sustituir al sistema de responsabilidad extracontractual y tampoco tiene por qué hacerlo, pues ambas instituciones no son necesariamente excluyentes, sino más bien complementarias. En todo caso, somos conscientes de que es menester que el Estado pondere minuciosamente en qué casos debe exigirse el seguro obligatorio y en cuáles no, de modo que no se distorsione la figura.

Nuestro Código Civil no es indiferente al mecanismo del seguro y su vinculación con la reparación de la víctima. En efecto, y como se desprende del texto del artículo 1987, el legislador regula el tema, consagrando la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora.

La responsabilidad del asegurador es siempre objetiva y solidaria. De esta manera, en el artículo 1987 se dispone que «La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste».

Como puede percibirse, la redacción del precepto es bastante desafortunada, de modo que una interpretación literal de éste podría llevar a sostener que la compañía de seguros debería responder por montos superiores a los establecidos dentro de la cobertura del contrato de seguro.

Esa interpretación literal generó infinidad de críticas. No obstante, hoy la interpretación sistemática se impone, de modo que el artículo 1987 debe ser leído en concordancia con el inciso 4 del artículo 325 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702), que establece que «las empresas de seguros están prohibidas de pagar indemnizaciones por siniestros en exceso de lo pactado».

Se trata, en consecuencia, de una solidaridad limitada, en tanto la aseguradora sólo debe responder hasta el límite de la cobertura señalada en la póliza.

Es de destacar que si el asegurador paga la indemnización, puede luego subrogarse contra el deudor directo, autor del daño, de conformidad a lo establecido en el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil.

Pero, la Comisión encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil, considera *urgente y necesario* modificar el artículo 1987, limitando la responsabilidad del asegurador.

A decir verdad, esa modificación no es ni *urgente* ni *necesaria*, pues, como acabamos de señalar, ya existe una norma especial que dispone lo mismo. Hoy, se modifique o no el citado artículo, la responsabilidad del asegurador es objetiva, solidaria, pero limitada al monto que ha sido pactado.

NI URGENTE, NI NECESARIO; MÁS BIEN: DEFECTUOSO

se terminó de imprimir en el mes
de septiembre de 2005, en los talleres gráficos
de Editorial e Imprenta DESA S.A.
(Reg. Ind. 16521), General Varela 1577
Lima 5, Perú.

En realidad muchas veces me he preguntado a mí mismo, el por qué sigo escribiendo sobre estos temas. Y es que cuando desde 1994 me empecé a oponer, primero privada y luego públicamente, a la idea de una reforma integral del Código Civil, lo que hice fue navegar contra corriente. Pero, más que navegar en contra de la corriente académica, vengo navegando en contra de una corriente académica, que, desde hace muchos años, pretende convertirse en la verdad oficial del Derecho Peruano, como si en el Perú todos los profesores de Derecho pensáramos igual o como si todos tuviéramos la obligación de respetar pensamientos particulares, que siempre han pretendido ser esa verdad oficial.

Mario Castillo Freyre

ISBN 997273391-2



9 789972 733918