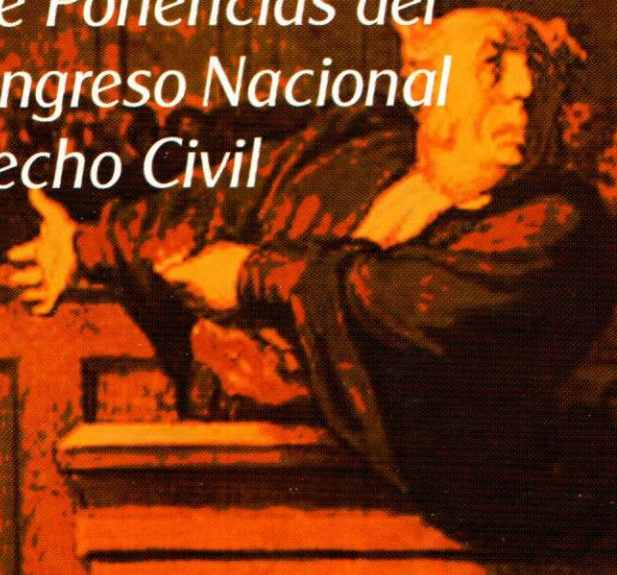


Luis Moisset de Espanés
Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre
Marcia Pereira Ribeiro
Benjamin Moisa
Héctor Lama More
Enrique Varsi Rospigliosi
Roger Vidal Ramos
Guillermo Chang Hernández
Marco Carmona Brenis

Libro de Ponencias del VIIº Congreso Nacional de Derecho Civil



Instituto Peruano de
Derecho Civil



Universidad Nacional "Hermilio Valdizán" de Huánuco
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esta es una obra colectiva
que recoge las ponencias del
VIIº Congreso Nacional de Derecho
Civil, a cargo de los profesores
Luis Moisset, Felipe Osterling,
Mario Castillo, Marcia Pereira,
Benjamín Moisa, Héctor Lama,
Enrique Varsi, Roger Vidal,
Guillermo Chang y Marco Carmona.

Luis Moisset de Espanés
Felipe Osterling Parodi
Mario Castillo Freyre
Marcia Carla Pereira Ribeiro
Benajamín Moisés
Héctor Enrique Lama More
Enrique Varsi Rospigliosi
Roger Vidal Ramos
Guillermo Andrés Chang Hernández
Marco Carmona Brenis

Libro de Ponencias del VIIº Congreso Nacional de Derecho Civil



Instituto Peruano de
Derecho Civil



Universidad Nacional "Hermilio Valdizán" de Huánuco
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lima - 2012

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

MIEMBROS FUNDADORES

| | |
|----------------------|-------------------------|
| Roger Vidal Ramos | Silvia Pareja Zarate |
| Alan Berrospi Acosta | Christian Carrera Balta |
| Jessica López Casas | Sheila Vidal Ramos |
| Rocío Paredes Cueva | Emely Melendres Gavilán |

MIEMBROS ORDINARIOS

| | |
|---------------------------|--------------------------|
| Ariana Delgado Pinedo | Fernando Jump Figueroa |
| Augusto Gárate Abad | Silvia Delgado Vasquez |
| Guillermo Chang Hernández | Eloy Calderón Villanueva |
| José Beraún Barrantes | Marco Carmona Brenis |
| Melissa Martínez Tarazona | Daniel León Estrada |
| Juan Gutiérrez Otiniano | Emilio Balarezo Reyes |
| César Cortez Pérez | José Castillo Bocanegra |
| Melch Núñez Vera | Víctor Céspedes Guzmán |

MIEMBROS HONORARIOS

| | |
|-------------------------------|---------------------------|
| Felipe Osterling Parodi | Gastón Fernández Cruz |
| Jorge Avendaño Valdez | Rómulo Morales Hervias |
| Mario Castillo Freyre | Leysser León Hilario |
| Fernando de Trazegnies Granda | Mario Reggiardo Saavedra |
| Fernando Vidal Ramírez | Jorge Beltrán Pacheco |
| Enrique Varsi Rospigliosi | Maria Elena Guerra Cerrón |

LIBRO DE PONENCIAS DEL VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos

Primera edición, junio 2012

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del Coordinador

© Copyright:

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

Jr. Jose de la Torre Ugarte N° 368 – Lince – Lima.

Telfs. 01 - 4216976

ipdc@conadecivil.com – www.ipderechocivil.com – www.conadecivil.com

Impresión y Encuadernación: GRANDES GRAFICOS S.A.C.

Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Lima 39 – Perú

Diagramación: Elizabeth Ana Cribillero Cancho

Diseño de carátula: Iván Larco

Hecho el deposito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-06484

Tiraje: 1000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

ÍNDICE GENERAL

| | |
|---|-----|
| Presentación | |
| Roger Vidal Ramos | 7 |
| Prólogo | |
| Mario Castillo Freyre | 9 |
| Luis Moisset de Espanés | |
| <i>Derecho de retención (Legislación argentina. Códigos modernos. Perú)</i> | 13 |
| Felipe Osterling Parodi - Mario Castillo Freyre | |
| <i>¿Dónde y cuándo se debe pagar? Acerca de dos de los principios del pago:</i> | |
| <i>Lugar y oportunidad</i> | 43 |
| Marcia Carla Pereira Ribeiro | |
| <i>O impacto da análise econômica do contrato no Brasil: perspectivas</i> | 57 |
| Benjamín Moisés | |
| <i>La transacción como convención de fijación de certeza</i> | 69 |
| Héctor Enrique Lama More | |
| <i>Garantías en títulos valores</i> | 105 |
| Enrique Varsi Rospigliosi | |
| <i>Teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen económico familiar</i> | 123 |

Roger Vidal Ramos

Alcances generales respecto al convenio arbitral 153

Guillermo Andrés Chang Hernández

*La revisión judicial de los contratos: una opinión en torno a la lesión y a la
reducción de la cláusula penal* 177

Marco Carmona Brenis

El reconocimiento administrativo. Unión de hecho 187

PRESENTACIÓN

En esta ocasión nos honramos por cuarto año consecutivo en presentar nuestra cuarta publicación institucional, titulada *Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*, siendo una vez más muy gratificante la publicación de esta obra, tanto para el Instituto Peruano de Derecho Civil, el Estudio Mario Castillo Freyre, los expositores, como para los diversos asistentes del congreso, por cuanto nuestro compromiso de seguir dejando un testimonio escrito de los debates y exposiciones, siguen siendo uno de los pilares de la organización anual del Congreso.

El VII Congreso Nacional de Derecho Civil, se llevó a cabo en la ciudad de la amistad, Chiclayo, en las instalaciones de la Universidad Señor de Sipán del 30 de junio al 2 de julio de 2011, a sugerencia de dos distinguidos juristas, los doctores Fernando Vidal Ramírez y Felipe Osterling Parodi, es que se organizó el VII Congreso Nacional de Derecho Civil, en homenaje póstumo al insigne maestro don José León Barandiarán, siendo un homenaje merecido a su loable trayectoria personal, política, jurídica y en la docencia universitaria, maestro de, tal vez, los más importantes juristas peruanos que participaron en el proceso de codificación del Código Civil peruano de 1984. A todo esto se suma la multitudinaria participación de diferentes delegaciones de todas las regiones del país de estudiantes, profesores y abogados.

El VII CONADECIVIL contó con la participación de los principales profesores civilistas del Perú, entre los cuales destacamos a los doctores Fernando Vidal Ramírez, Fernando de Trazegnies Granda, Gastón Fernández Cruz, Mario Castillo Freyre, Alfredo Bullard González, Enrique Varsi Rospigliosi, Juan Espinoza Espinoza, Jorge Beltrán Pacheco, Carlos Ramos Núñez, Héctor Lama More, Günther Gonzáles Barrón, César Guzmán Halberstadt, Leysser León Hilario, Rómulo Morales Hervias, Roger Vidal Ramos, Marco Carmona Brenis, Emilio Balarezo Reyes, Mateo Gómez Matos, Daniel Ugarte Mostajo, Victoria Mendoza Otiniano y Daniel

Cortez Pérez, quienes durante tres jornadas académicas brindaron diversas exposiciones encaminadas para resaltar, analizar o criticar diversas instituciones del Código Civil peruano de 1984.

El presente libro se publica en el marco de la organización del VIII Congreso Nacional de Derecho Civil Huánuco 2012, organizado en forma conjunta con la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, siendo este suceso muy especial por dos motivos: primero, porque el Congreso Nacional de Derecho Civil obtuvo su «partida de fundación» en el año 2004 en esta misma Casa de Estudios; y segundo, debido a que nuestra formación jurídica se concretó en las aulas «Valdizanas». Retornar el Congreso a nuestra «alma mater» es todo un logro institucional, en vista de que se puede reflejar que en el devenir de estos ocho años, el CONADECIVIL continúa institucionalizándose a lo largo de todo el país.

En esta octava versión del Congreso se concreta un proyecto del Instituto Peruano de Derecho Civil, el de lograr la internacionalización de estas jornadas académicas, lográndose este proyecto con la presencia de la profesora brasilera Marcia Pereira Ribeiro y los profesores argentinos Luis Moisset de Espanés y Benjamín Moisés, quienes con creces inauguran la internalización del CONADECIVIL Huánuco 2012.

Finalmente, nos queda expresar nuestro agradecimiento a los distinguidos expositores del Congreso, a las diferentes delegaciones estudiantiles, abogados, colaboradores y miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil, por el formidable esfuerzo en la organización y su participación en el Congreso que año tras año representa el Congreso «estrella del Perú».

Lima, mayo del 2012

ROGER VIDAL RAMOS*
Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil

* Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Titulado en Segunda Especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Candidato a Magíster en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estudios de doctorado en la misma casa de estudios. Postgrado en Derecho de Arbitraje en la Universidad de Lima. Profesor de los cursos de Acto Jurídico, Derecho de Contratos y Obligaciones en la Universidad César Vallejo Lima Este y Universidad Autónoma del Perú, Socio de Vidal, Melendres & Palomino Abogados www.vmplegal.com. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

PALABRAS LIMINARES

Resulta admirable la continuidad que ha tenido y tiene el Congreso Nacional de Derecho Civil, el mismo que en el año 2011 tuvo su séptimo evento.

Hasta donde recuerdo, el referido Congreso es en materia civil, el único que mantiene inalterable continuidad en los últimos años en nuestro país.

Su organizador y quien lo impulsa de manera permanente, el profesor Roger Vidal Ramos, gran amigo de quien escribe estas líneas, merece todo nuestro reconocimiento, al igual que el Instituto Peruano de Derecho Civil, el mismo que está encargado de la realización anual de este evento que, como ya he manifestado en ocasiones anteriores, constituye el de mayor asistencia en el Perú.

Por lo demás, se trata de un Congreso que siempre reúne a lo más representativo del medio jurídico civilista nacional y que tiene en perspectiva, a partir del Congreso que se realizará en el año 2012, de abrir su convocatoria a profesores extranjeros.

El Congreso del año 2011 tuvo lugar en la Región Lambayeque, en la ciudad de Chiclayo, y fue realizado en homenaje al maestro José León Barandiarán, sin duda, el profesor más querido y recordado dentro de los civilistas peruanos del siglo XX, y quien marcó la pauta para el desarrollo de la doctrina civil peruana.

En aquella oportunidad, luego de escuchar las palabras de la hija del maestro León Barandiarán, la señora Ana María León Barandiarán Hart, me correspondió intervenir y antes de referirme al tema que se me había encomendado, hice mención a la vida y obra del maestro León Barandiarán y, en especial, a la gran amistad que lo unía a mi abuelo paterno, el doctor Juan Lino Castillo Vargas, fundador y principal exponente del Derecho Tributario peruano.

León y mi abuelo eran muy amigos y compañeros de generación. Sólo los separaba un año de edad.

Llevé al Congreso tres libros que el Maestro León había dedicado de manera muy afectuosa a mi abuelo Juan Lino, los mismos que me fueron donados por este último, dentro de los pocos libros que pude obtener de su Biblioteca personal, pues cuando cerró su Estudio de Abogados en 1984, la obsequió íntegra a la Pontificia Universidad Católica del Perú, universidad en la que fue profesor y miembro del Consejo Universitario, además de Decano de la antigua Facultad de Ciencias Económicas.

Fue un acierto que el Congreso Nacional de Derecho Civil del año 2011, se realizase en la Región Lambayeque, cuna de León Barandiarán, pues es deber de todos aquéllos que profesamos el Derecho Civil, tanto en su teoría como en la práctica cotidiana, rendir homenaje a quienes fueron precursores y sin cuya dedicación y abnegada vocación, el Derecho peruano no habría alcanzado el desarrollo y la notable actividad que en lo académico hoy ostenta.

Debo decir, además, que en el año 1998 el hijo del maestro León, José León Barandiarán Hart, a la sazón, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, me convocó para dictar algunos cursos de Derecho Civil en esa casa de estudios, en la que vengo ejerciendo la docencia hasta la actualidad.

Es allí que conocí y fui profesor de una nieta del maestro León e hija de Ana María. Se trata de María José Acosta León Barandiarán, quien fue una muy destacada alumna. Años después empecé a trabajar varios temas con ella, en la Cámara de Comercio de Lima, donde ella es una destacada y muy responsable Secretaria arbitral en algunos tribunales que integro.

Este libro que me honro en presentar, recoge algunas de las ponencias de ese Congreso, además de algunas otras contribuciones muy valiosas en el ámbito del Derecho privado.

A manera de breve reseña, diremos que esta obra contiene nueve trabajos escritos por diez profesores de Derecho.

El primero de ellos se titula Derecho de retención (Legislación argentina. Códigos modernos. Perú) y ha sido escrito por el profesor argentino, Luis Moisset de Espanés, Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

Otro trabajo es el de Marcia Pereira Ribeiro, el mismo que lleva por título O impacto da análise econômica do contrato no Brasil: Perspectivas. La autora es profesora en la Universidad Católica de Paraná, además de la Universidad Federal de Paraná y se desempeña como procuradora del referido Estado.

Además, tenemos el artículo del profesor argentino Benjamín Moisés, el mismo que lleva por título La transacción como convención de fijación de certeza. Moisés es magistrado de la provincia de Tucumán y profesor en la Universidad de San Pablo en la referida ciudad.

En esta obra también participa el profesor peruano Enrique Varsi Rospigliosi. Varsi es antiguo catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lima, y su trabajo se titula Teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen económico familiar.

De otro lado, tenemos el trabajo del profesor Roger Vidal Ramos, presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil y catedrático en la Universidad Autónoma del Perú y en la Universidad César Vallejo. Su artículo lleva por título Alcances generales respecto al convenio arbitral, en el que se estiman apreciaciones, tanto de orden civil como relativas al arbitraje.

Además tenemos el trabajo titulado La revisión judicial de los contratos: una opinión en torno a la lesión y a la reducción de la cláusula penal, escrito por el profesor Guillermo Chang Hernández.

También participa el profesor Marco Carmona Brenis, con el artículo titulado El reconocimiento administrativo de la unión de hecho.

Otro de los artículos que componen esta obra es el titulado Garantías en títulos valores, escrito por el profesor Héctor Enrique Lama More, catedrático en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Particular San Martín de Porres. Lama More es, actualmente, Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Completa la obra el trabajo titulado ¿Dónde y cuándo se debe pagar? Acerca de dos de los principios del pago: Lugar y Oportunidad, cuya autoría corresponde al doctor Felipe Osterling Parodi y a quien escribe estas líneas.

Para concluir estas palabras debo resaltar que el próximo Congreso Nacional de Derecho Civil, es decir, el VIII, tendrá lugar en la ciudad de Huánuco, cuna de estos congresos, a donde regresa después de varios años de haberse realizado en diversas ciudades de nuestro país.

Quiero, en ese sentido, reiterar mis felicitaciones al profesor Roger Vidal Ramos, por la perseverancia en la difusión del Derecho Civil y por haberme solicitado escribir estas palabras.

Lima, mayo del 2012

MARIO CASTILLO FREYRE*

* Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. www.castillofreyre.com. Director de las Colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio.

Derecho de retención (Legislación argentina. Códigos modernos. Perú)

*Luis Moisset de Espanés**

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. El derecho de retención en el Código de Vélez. — 2.1. Originalidad legislativa. — 2.2. Sistematización del derecho de retención. — 2.3. Naturaleza jurídica del llamado derecho de retención. — 3. El Código alemán y otros códigos europeos. — 3.1. Código Civil suizo. — 3.2. Código griego. — 3.3. Código polaco. — 3.4. Código de Holanda (1992). — 4. El nuevo Código de Cuba. — 5. Influencia del Código argentino sobre la legislación moderna. — 5.1. Paraguay. — 5.2. Portugal 1967 y ex-colonias portuguesas. — 5.3. Códigos mexicanos estatales. — 5.4. Proyecto colombiano de Valencia Zea. — 6. Influencia del Código argentino... (cont). Perú. — 6.1. Código de 1856. — 6.2. Código de 1936. — 6.3. Código de 1984. — 7. Conclusiones.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba - Argentina. Laureado por la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires (Premio 1967). Cruz al mérito jurídico San Raymundo de Peñafort (condecoración del gobierno). Profesor Principal Honorario de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa. Profesor Honorario de la Universidad Católica de Santa María, Profesor Honorario de la Universidad de Lima (Perú), (septiembre 1997). Profesor Invitado de la Universidad Sergio Arboleda (Bogotá, Colombia), Profesor Invitado de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia) Profesor Extraordinario en calidad de Honorario de UNIFE (Universidad Femenina del Sagrado Corazón), y Profesor visitante Cursos de Posgrado, Universidad San Martín de Porres.

1. INTRODUCCIÓN

Los países de Hispanoamérica tienen una tradición jurídica común, que hunde sus raíces en el Derecho castellano, y la Legislación de Indias, lo que ha permitido al maestro Castán Tobeñas hablar de la existencia de una familia de derecho hispanoamericana.

Es cierto que con posterioridad a la emancipación, y como una reacción contra la sujeción a que se encontraron sometidas las colonias, los codificadores americanos en un primer momento pretendieron romper todo vínculo de vasallaje y volvieron su mirada hacia el Código Napoleón, llegando incluso a adoptarlo en una traducción casi literal, como sucedió con el primer Código Civil de Bolivia.

Superada esa etapa, los dos grandes codificadores de América del Sur, Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sársfield, elaboraron trabajos de marcada originalidad legislativa, en los que se amalgamaban una buena sistemática en la distribución de materias, la recepción de las más modernas doctrinas del derecho occidental, junto con el respeto por instituciones de probada eficacia y añeja tradición.

El Código de Chile ejerció marcada influencia en los países de la vertiente del Pacífico, ya que fue adoptado casi sin retoques por muchos de ellos, y por su parte Paraguay puso en vigencia de manera integral el Código Civil argentino.

Lamentablemente con el correr de los años, los legisladores nacionales, enfrentados con la necesidad de modernizar sus Códigos, olvidaron con frecuencia los trabajos que de manera paralela se realizaban en otros países de América, cuyo ejemplo podía resultar de suma utilidad por la comunidad de intereses y la similitud de las condiciones sociales que debían regularse.

Muchas veces hemos reprochado a nuestros juristas esa actitud, que los impulsaba a imitar modelos jurídicos adoptados por pueblos de costumbres dispares y una idiosincrasia extraña, mientras olvidaban los esfuerzos que se desarrollaban en los países hermanos de Hispanoamérica.

Afortunadamente, sin embargo, en otras oportunidades se ha prestado atención a las investigaciones y aportes efectuados por los juristas de países hermanos. Como primer ejemplo citaremos el caso del nuevo Código de Paraguay, que data de hace una década, donde la Comisión de Codificación se apartó del Anteproyecto de De Gásperi, sumamente influenciado por el Código italiano de 1942, para beber con frecuencia en las soluciones propuestas por el Proyecto Argentino de 1936.

Un segundo ejemplo, de singular importancia, lo encontramos en los vínculos que ha establecido entre el derecho civil peruano, y el derecho argentino, el movimiento de renovación que comenzó en ese país con el Código de 1936, y se prolongó con el de 1984.

Estamos persuadidos de que esta hermandad jurídica es la mejor vía para un adecuado desarrollo de la economía de la región, pues el in-

tercambio comercial, para tener éxito, debe contar con herramientas comunes: lengua, moneda y derecho.

Para ilustrar nuestra exposición procuraremos mostrar los lazos que existen entre la legislación peruana, y la argentina, en materia de una figura, el derecho de retención, que Vélez sistematizó en su Código, antes de que lo hiciera cualquier otro país del mundo occidental.

2. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ

El Título Segundo de la Sección Segunda del Libro Cuarto, al que don Dalmacio Vélez Sársfield denominó «**Del derecho de retención**», es uno de los que merece atención y respeto, cuando se analiza la obra del genial cordobés.¹

2.1. «Originalidad» legislativa

En alguna oportunidad, refiriéndonos a la «originalidad» legislativa,² nos preguntábamos si, después de tantos siglos de escribir sobre temas jurídicos, y luego que tantos pensadores han dedicado sus esfuerzos a buscar la solución justa, ¿es posible que encontremos todavía originalidad?

La respuesta afirmativa se impone. La justicia no cambia como valor, pero cambia en las formas de realización práctica, de obtener ese resultado, porque cambian una cantidad de datos reales, que hacen al contexto social y ello obliga a forjar nuevas normas y buscar nuevos caminos para que, en medio de esta realidad social cambiante, logremos el valor justicia, considerado más inmutable.

Aun si aceptamos el tríptico romano de «vivir honestamente», «dar a cada uno lo suyo», y «no hacer daño a otro», advertiremos que los conceptos de «daño», de «lo suyo», de «honestidad», van apareciendo con matices diferentes en el devenir histórico, y son los que hacen necesario que la ley vaya cambiando para lograr que se haga efectivo el valor justicia.

Vélez, al proponer nuevas leyes civiles para nuestra patria, comprendió perfectamente ese problema, y por ello procuró fijar una ley que no solamente se adaptase a las necesidades históricas de ese momento — año 1869, que es la fecha en que termina la redacción del Código —, sino que proyectó una ley que contemplaba la Argentina del futuro.

1 Para completar nuestro pensamiento sobre el tema puede consultarse «Técnica legislativa y retención», trabajo publicado en Perú, en *Actualidad Jurídica*, T. 92, julio 2001, p. 51.

2 Ver nuestro «Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield», *Revista Notarial de La Plata*, año 1977, N° 831, p. 315 y ss. (en especial apartado I, b)

Pues bien, la originalidad del legislador puede reflejarse no solamente en el contenido de las normas, sino también en los aspectos metodológicos de su obra.³ Advertimos así que el Código Civil argentino dedica títulos especiales a figuras o instituciones que no estaban sistematizadas en los códigos de la época, o que estaban legisladas con relación a un solo contrato, cuando en realidad eran normas aplicables a todos los contratos, o a la generalidad de los actos jurídicos.

2.2. Sistematización del derecho de retención

El derecho de retención, junto con la «exceptio non adimpleti contractus», y la compensación, son formas de defensa privada que el derecho civil reconoce desde antiguo, pero mientras las dos últimas figuras que hemos mencionado han sido plasmadas en fórmulas genéricas, que aparecen en todas las codificaciones, la facultad de retener no tuvo la misma suerte en el Código Civil francés, ni en la generalidad de las codificaciones del siglo XIX que en él se inspiraron, que sólo contienen normas aisladas que conceden esta facultad de manera excepcional al referirse a distintas instituciones.

Doctrina y jurisprudencia, basándose en casos de especie que se encuentran dispersos en dichos cuerpos legales, disputaban sobre su alcance y la posibilidad o no de generalizarlos o aplicarlos a otras hipótesis por vía de una interpretación analógica.

Lo inorgánico del tratamiento dado al tema provocaba discrepancias doctrinarias y, también, soluciones jurisprudenciales contradictorias, aunque tendía a prevalecer el criterio que encontraba en la mayoría de las hipótesis consagradas ciertos elementos comunes, en especial la conexión entre el crédito de que goza el deudor de restituir, y la cosa que debe restituirse.

Es uno de esos puntos que, como decía el codificador en el «Oficio de remisión», «debían ya salir del estado de doctrina y convertirse en leyes», en los que empenó su esfuerzo y, adelantándose a la evolución legislativa trazó un derrotero que iba a ser luego seguido por las codificaciones más modernas.

Siguiendo principalmente las ideas de Mourlon y los artículos de Rauter en la Revista de Foelix,⁴ como así también algunas opiniones de

3 Trabajo citado en nota anterior, apartado VI.

4 La nota original de Dn. Dalmacio Vélez, al mencionar el trabajo de Rauter, cita el año 1842.

Segovia, con su prolijidad habitual, al anotar el entonces art. 3941, señala: «léase 1841, tomo 8», y en las ediciones modernas del Código la nota al actual art. 3939 se publica con esa corrección, que se introdujo en la edición oficial que se publicó después de la llamada «Ley de Fe de Erratas».

Impulsados por la curiosidad hemos consultado la biblioteca del Codificador, que fuera donada por sus hijos a la Universidad Nacional de Córdoba, y que se conserva,

Aubry y Rau, dio forma a un título que carece de antecedentes en la legislación comparada, y constituye un aporte significativo que ha inspirado la tarea de otros legisladores, como lo veremos a continuación.⁵

Inspirado en las enseñanzas de los mencionados autores, se adelantó al Código Civil alemán, y al Código Civil suizo, que generalizaron lo relativo al derecho de retención, pero sin dedicarle un título especial,⁶ y a otros Códigos modernos, que han agrupado las normas vinculadas a este punto en un título o capítulo que las engloba.⁷ La obra de Dn. Dalmacio Vélez Sársfield es el **primer Código Civil** que no solamente sistematiza los principios generales sobre el «derecho de retención», sino que además les dedica un título especial, y lo hace con tanto acierto que a lo largo de un siglo de vigencia no ha sido necesario proponer prácticamente ningún retoque a esos dispositivos,⁸ que continúan recibiendo aplicación por nuestros tribunales sin provocar mayores dificultades.⁹

Lo importante, sobre todo, es que a diferencia del Código Civil francés y todos los que en él se han inspirado, en lugar de legislar inorgánicamente sobre las hipótesis en las cuales el titular de un derecho de crédito puede ejercitar retención sobre cosas que debería restituir a su acreedor,

junto con los manuscritos originales del Código, en el templete que por disposición del rector Dr. Sofanor Novillo Corvalán se erigió en la Biblioteca Mayor.

Hemos podido comprobar que Segovia tenía razón, y que el error se origina en el hecho de que al encuadernar esas revistas, en el lomo se ha puesto en letras doradas «1842» a las correspondientes al año 1841, y viceversa.

- 5 Ya en alguna oportunidad, al ocuparnos de la «originalidad» en la obra codificadora del cordobés, citamos —entre otros ejemplos— las normas que incluyó sistematizando el derecho de retención (ver nuestro «Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield», Revista Notarial, La Plata, n.º 831, pp. 315 y ss.; en especial, p. 344)
- 6 Código Civil alemán, art. 273; Código Civil suizo, artículos 895 a 898; Código Civil polaco, art. 461.
- 7 El Código portugués de 1967, dentro del Libro Segundo, destinado a las obligaciones, dedica al derecho de retención la Sección VII (arts. 754 a 761, del Capítulo V (garantía general de las obligaciones)
El Código peruano de 1984 dedica al derecho de retención el Título IV (arts. 1123 a 1131) de la Sección Cuarta (derechos reales de garantía), del Libro V (Derechos Reales)
El moderno código paraguayo de 1986 se ocupa del derecho de retención en el Título VII (arts. 1826 a 1832) del Libro Tercero (De los contratos y otras fuentes de obligaciones)
- 8 Recién en 1968 se introdujeron modificaciones a dos de sus artículos, el 3943, al que se agregó un párrafo previendo la posibilidad de sustituir la retención por una garantía suficiente, y el 3946, estableciendo preferencias a favor del retenedor sobre los privilegios especiales e incluso los créditos hipotecarios.
- 9 Quizás uno de los pocos aspectos que provoca controversias es el de la posibilidad de transmitir el derecho de retención (ver nuestro «Transmisibilidad del derecho de retención», Comercio y Justicia, 2 de octubre de 1967)

el Código Civil argentino ha sistematizado la solución fijando de manera estricta las condiciones necesarias para que se pueda ejercer esta facultad, haciendo especial hincapié en la conexidad entre el crédito existente y la cosa que se retiene.

No sólo es un acierto metodológico de Vélez el haber sistematizado el derecho de retención, sino que — si analizamos el contenido de las normas que elaboró — advertimos una vez más su sagacidad jurídica, pues cuando debió elegir una solución entre las varias que se discutían en la doctrina y jurisprudencia francesa, supo decidirse por la que acabaría imponiéndose con el transcurso del tiempo.¹⁰

2.3. Naturaleza jurídica del llamado derecho de retención

En alguna oportunidad hemos expresado nuestro convencimiento de que el codificador no prestó su adhesión ni a quienes sostienen que el derecho de retención es un derecho personal, ni a quienes afirman que es un derecho real;¹¹ por ello no incluyó las normas correspondientes a esta figura ni en el Libro Segundo (derechos personales en las relaciones civiles), ni en el Libro Tercero (derechos reales), y la ha excluido de la enumeración del artículo 2503. Deliberadamente se ha ocupado del tema en el Libro Cuarto, que contiene disposiciones comunes a los derechos reales y personales, y — como dijimos más arriba — lo ha hecho en la Sección Segunda, que se ocupa de la «conurrencia de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor común», lo que indica que en el pensamiento del codificador la «facultad de retener» se presenta en algunos casos como integrativa de ciertos derechos de crédito, y en otras oportunidades, como inherente a los derechos reales de prenda¹² y anticresis.¹³

Es que, en verdad, la facultad de retener no constituye por sí misma un derecho autónomo; no es real, ni personal. En el afán de desmenuzar cada fenómeno jurídico se ha perdido de vista que todos y cada uno de los derechos subjetivos están integrados por un haz de facultades que tienden a facilitar y asegurar la conservación, ejercicio, goce y disposición del derecho, y que esas facultades o atribuciones concedidas al titular no constituyen por sí derechos autónomos. Por ejemplo, cuando el orden jurídico, para asegurar el cumplimiento de una obligación o la efectividad

10 Algunas decisiones recientes de la Corte de Casación francesa han llegado recién ahora a unificar la jurisprudencia estableciendo — como lo hiciera Vélez Sársfield hace 100 años — que si el objeto retenido sale voluntariamente del poder del acreedor, el derecho de retención se extingue y no puede renacer aunque vuelva otra vez a sus manos, por cualquier causa.

11 Ver nuestro «Transmisibilidad del derecho de retención», separata de Comercio y Justicia, Córdoba, 1967, p. 5.

12 Ver, entre otros, los artículos 3220 y 3221.

13 Ver artículo 3245.

de un derecho real, concede la facultad de embargar, ¿sería correcto sostener que ese embargo es por sí solo un derecho autónomo y que debe indagarse su naturaleza jurídica para determinar si se trata de un derecho real o de un derecho personal?

Algo muy similar sucede con el derecho de retención. Ya Coviello señalaba muy acertadamente que «no es real ni personal; no es ni siquiera un derecho, sino simplemente un medio de tutela de un derecho de crédito»;¹⁴ y nuestro maestro, Pedro León, en las lecciones que impartía en su cátedra de Obligaciones de Córdoba ha seguido una línea de pensamiento muy similar, pues estudiaba el derecho de retención dentro del apartado de su programa dedicado al contenido del derecho de crédito y, al desarrollar sus clases, ponía de relieve el acierto de Vélez Sársfield —quizás involuntario— al usar en el artículo 3939 el vocablo «facultad».

Se trata, pues, de una de las atribuciones que surgen del derecho de crédito y sólo se concede con carácter excepcional, cuando se reúnen los requisitos exigidos por la ley a favor de un acreedor, que es al mismo tiempo deudor de la obligación de restituir la cosa.

3. EL CÓDIGO ALEMÁN Y OTROS CÓDIGOS EUROPEOS¹⁵

El Código Civil alemán, sancionado en 1896 y en vigencia desde el primero de enero de 1900, es decir, casi tres décadas después de nuestro Código Civil, dedica al derecho de retención los artículos 273 y 274, que se encuentran en el Libro Segundo, Sección Primera, al tratar del contenido de las relaciones obligatorias.

El B.G.B., que sin duda es un verdadero modelo de técnica legislativa, ha sentido también la necesidad de sistematizar el derecho de retención como facultad propia de algunas relaciones obligatorias, en las que existe el deber de restituir una cosa, pero se cuenta con un crédito nacido en razón de esa misma cosa. No existe un título especial dedicado a la figura, como en nuestro Código, pero se ha superado la etapa de una legislación inorgánica y se han generalizado los requisitos exigidos para poder ejercitar la facultad de retener.

Se advierte, sí, un avance con respecto a nuestro derecho, pues se contempla expresamente la posibilidad de reclamar que se sustituya la retención otorgando una garantía, aunque se hace la aclaración de que no serán suficientes las garantías personales.

Otro aspecto de interés que debe señalarse es que en el derecho ger-

14 N. COVIELLO, «Manuale», p. 512.

15 En los códigos que agrupamos en este apartado no puede afirmarse que haya ejercido influencia el Código de Vélez, pero existe una coincidencia de pensamiento sobre la necesidad de legislar sistemáticamente y de manera general el problema del derecho de retención.

mano cuando se trata de comerciantes no se exige la conexión entre crédito y cosa para que pueda ejercitarse la retención.¹⁶

3.1. Código Civil suizo

El Código Civil suizo de 1907 sigue el camino de sistematizar la facultad de retener, pero lo hace dentro del capítulo destinado a la prenda mobiliaria.¹⁷

La primera de esas normas comienza diciendo cuando procede el derecho de retención.¹⁸ Vemos que se exige conexión entre crédito y cosa, salvo en el caso de los comerciantes. En el cual se estima que es suficiente conexión el que la posesión de la cosa y el crédito resulten de sus relaciones de negocios.¹⁹

El primer inciso del artículo 898 consagra de manera indirecta la posibilidad de sustituir el derecho de retención por garantía suficiente. Ya que se refiere a la posibilidad de que se haya ofrecido una garantía, autorizando a ejecutar la cosa si no se le ha pagado o dado garantía.²⁰

3.2. Código griego

El Código Civil griego de 1941,²¹ como la mayor parte de la codificación del siglo XX, sufrió una notoria influencia del Código alemán.

Con relación al tema que nos ocupa vemos que ha seguido también el camino de sistematizar el derecho de retención dentro del Libro Segundo, destinado a las obligaciones,²² dedicándole los artículos 325 a 329.

16 Ver artículo 369 del Código alemán.

17 Artículos 895 a 898 del Código civil suizo.

18 «Art. 895.- Derecho de retención. Condiciones.- 1. El acreedor que, con consentimiento del deudor, se encuentra en posesión de cosas muebles o títulos que pertenecen a este último, tiene derecho de retenerlos hasta el pago, con la condición de que su crédito sea exigible y que haya una relación natural de conexidad entre el crédito y el objeto retenido...».

19 «Art. 895.- [...] 2.- Esta conexidad para los comerciantes existe si la posesión de la cosa y el crédito resultan de sus relaciones de negocio [...]».

20 «Art. 898.- El acreedor que no ha sido pagado, ni recibido garantía suficiente, puede, previo requerimiento impartido al deudor, perseguir la ejecución de la cosa retenida [...]».

21 La ley disponía su entrada en vigencia el primero de julio de 1941, pero en esa fecha sólo pudo ser aplicado fuera del territorio griego, por las autoridades en el exilio, pues el país se encontraba ocupado por Alemania. Adquirió plena vigencia a partir del 23 de febrero de 1946.

22 Se ocupa del derecho de retención en el primer capítulo, destinándole varios artículos que reproducimos, tomándolos de la versión francesa de Pierre Mamopoulos, por ser un material generalmente poco accesible en nuestro medio.
Código griego, 1941:

Posiblemente las peculiaridades más notables son el que se destaca que no puede ejercitarse el derecho de retención en aquellos casos en que no correspondería la compensación (ver artículo 327), y la aclaración de que si el retenedor es condenado a devolver la cosa, lo será bajo condición de que el acreedor a la cosa cumpla simultáneamente la prestación que debe (artículo 329).

3.3. Código polaco

En Polonia, durante la década del 30, al adoptarse un Código de las Obligaciones, se hizo notar la influencia germánica y se sistematizó la facultad de retener, dedicando al tema un capítulo integrado por los artículos 218 y 219. Un estudioso argentino del derecho de retención, Leiva Fernández,²³ efectúa un prolijo análisis de la legislación comparada y al referirse a Polonia y señalar la influencia que sobre sus normas ejercieron el derecho alemán y el suizo, concluye que en algunos aspectos los supera.²⁴

Después de la Segunda Guerra Mundial, cuando Polonia entró en la órbita de los países socialistas, el Código de las Obligaciones fue sustituido por el Código Civil, sancionado en 1964 y en vigencia desde el primero de enero de 1965.²⁵

Encontramos allí el artículo 461, ubicado en el título que trata de la ejecución de las obligaciones y de los efectos de su inejecución,²⁶ que re-

«Art. 325.- Si el deudor posee contra el acreedor un crédito exigible, conexo a su deuda, tiene derecho, salvo que exista disposición en contrario, de rehusar la prestación hasta que el acreedor ejecute la obligación que le incumbe».

«Art. 326.- Posee especialmente el derecho de retención aquel que está obligado a restituir una cosa, en razón de las mejoras efectuadas en ella, o en razón del perjuicio que ha sufrido a causa de ella».

«Art. 327.- No existe derecho de retención frente a créditos respecto a los cuales no es oponible la compensación».

«Art. 328.- El acreedor puede evitar el derecho de retención suministrando garantía. No se admiten las cauciones personales como garantía».

«Art. 329.- Si el deudor demandado en justicia por el acreedor, opone el derecho de retención, la condena del deudor a efectuar la prestación se pronunciará bajo condición de que el acreedor ejecute simultáneamente la obligación que le incumbe».

23 Ver Luis F.P. Leiva Fernández, *Derecho de retención*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1991 (con prólogo de Jorge H. Bustamante Alsina).

Esta obra es la tesis doctoral de su autor, que analiza de manera minuciosa toda la legislación comparada a su alcance aunque, lamentablemente, al tratar lo relativo a Polonia no ha contado con material que le permitiese estudiar lo dispuesto en el Código de 1965.

24 Autor y obra citados en nota anterior, p. 34 y 35, donde brinda las razones por las cuales, a su criterio, mejora al B.G.B. y al Código suizo.

25 Hemos trabajado con una traducción al francés, efectuada en Polonia en 1966 por Maciej Szepietowsky, bajo la dirección de Witold Czachorski y Jan Wasilkowski, profesores de la Universidad de Varsovia.

26 Título VII del Libro Tercero, libro dedicado a las Obligaciones.

gula de manera general el ejercicio del derecho de retención,²⁷ excluyendo la posibilidad de ejercitarlo cuando la tenencia de la cosa provenga de un acto ilícito²⁸ o de locaciones o comodato, y cuando el acreedor a la restitución sea el Estado.²⁹

La norma presenta modalidades propias, vinculadas con su inserción en un sistema socialista de derecho, pues aunque se inspira en los antecedentes germano y suizo, y muy especialmente en lo dispuesto por el Código polaco de las Obligaciones de 1933, no efectúa mención alguna a obligaciones mercantiles, y dispone de manera expresa que no se concede retención contra el Estado.

3.4. Código Civil holandés (1992)

Holanda, cuyo Código Civil de 1838 seguía muy de cerca el modelo francés, después de la Segunda Guerra Mundial inició, por iniciativa del profesor Meijers, la tarea de renovación legislativa, aprobando en 1976 un Libro Segundo, sobre personas jurídicas. La tarea se interrumpió durante largo tiempo, y recién en 1991 se aprobó el Libro Octavo, dedicado al transporte y luego en 1992 se aprobaron varios libros, entre ellos el Tercero, que trata del derecho patrimonial en general, y que en su título 10 dedica la Sección 4 al derecho de retención, que trata en seis normas que son los artículos 290 a 295.³⁰

Interesa destacar que ha seguido la corriente moderna que considera necesario sistematizar las normas que regulan el funcionamiento de esta facultad, y recalcamos este vocablo porque se emplea en el primero de los mencionados artículos, para caracterizar el derecho de retención, expresando:

Artículo 290.- El derecho de retención es la facultad que compete en los casos indicados en la ley a un acreedor, para suspender el cumplimiento de una obligación de entrega de una cosa a su deudor hasta que se satisfaga el crédito.

A continuación se indican dos hipótesis en que puede ejercerse tam-

27 «Art. 461.- 1.- El que está obligado a entregar la cosa de otro, puede retenerla hasta que se le satisfagan o garanticen las pretensiones que le corresponden por el reembolso de las mejoras sobre la cosa, o la indemnización de daños causados por la cosa (derecho de retención). [...]» (la versión al castellano nos pertenece).

28 «Art. 461.- 2.- La disposición precedente no se aplica cuando la obligación de entregar la cosa resulta de un acto ilícito, o cuando se trata de restituir cosas alquiladas, dadas en arrendamiento o en comodato».

29 «Art. 461.- 3.- El derecho de retención no funciona en contra de una unidad de organización del Estado».

30 Hemos trabajado con la traducción al castellano realizada por el Prof. Juan Guillermo Van Reigersberg Versluys, titulada «Derecho Patrimonial Neerlandés (Traducción de los Libros 1, 3, 5, 6 y 7 del nuevo Código Civil)», publicada en Málaga, 1996.

bién contra terceros, que hayan adquirido derechos sobre la cosa retenida.³¹

En lo que se refiere a su extensión, prevé que comprenderá la satisfacción del crédito originario y también de los gastos que haya debido hacer para cuidar de la cosa retenida (art. 293) y contempla la posibilidad de el derecho de retención se extinga, si la cosa que retenía hubiese vuelto a poder de su titular.³²

Y si alguien despojase al retenedor, se lo subroga en la condición del propietario de la cosa para reclamarla.³³

No podemos concluir sin señalar que en la red se encuentra un muy interesante comentario en castellano del tratamiento que el nuevo Código holandés da al derecho de retención,³⁴ quien considera que se trata de una novedad «que no sólo contiene importancia práctica, sino también un aspecto científico remarcable»,³⁵ afirmación con la que coincidimos plenamente.

4. EL NUEVO CÓDIGO DE CUBA

Mucho hemos dudado sobre la ubicación que debíamos dar al actual derecho cubano, pues aunque en materia de retención hay influencia germánica, no se trata de uno de los países europeos que tratamos en el capítulo anterior y, su formulación se aproxima más a la del derecho polaco, cuyo código se inserta en el sistema socialista del derecho.

Pero, recordemos previamente que Cuba y Puerto Rico continuaron dependiendo de España durante todo el siglo XIX, por lo que en ambos países alcanzó a tener vigencia el Código Civil español, que data de 1889.

A la lucha de los patriotas por la independencia se sumó el enfrentamiento armado entre Estados Unidos y España, producido en los últimos años del siglo XIX, que finaliza con la derrota de España y la ocupación

31 «Art. 291.- 1.- El acreedor puede invocar igualmente el derecho de retención contra terceros que hayan adquirido un derecho sobre la cosa después de que se hubiera originado su crédito y hubiera llegado la cosa a su poder.

2.- Puede invocar el derecho de retención también contra terceros con un derecho más antiguo, si su crédito nace de un contrato que el deudor estuviera facultado a contraer referente a la cosa, o no tuviera ninguna razón para dudar sobre la facultad del deudor».

32 «Art. 294.- El derecho de retención termina por el hecho de que la cosa llegue a poder del deudor o del titular, a menos que el acreedor la obtenga otra vez en concepto de la misma relación jurídica que lo originó».

33 «Art. 295.- Cuando la cosa salta del poder del acreedor, entonces puede reclamarla en las mismas condiciones que su propietario».

34 R. Zwitter (profesor de la Universidad de Rotterdam): «El derecho de retención en el nuevo Código Civil holandés».

35 Ver autor y trabajo citados en nota anterior.

de Cuba por Estados Unidos. Durante la ocupación se mantienen las leyes españolas y cuando Cuba concreta su independencia en 1902 continúa vigente el Código civil español durante largo tiempo.

La revolución comandada por Fidel Castro a mediados del siglo XX impulsa un cambio de régimen jurídico para que se inserte en el sistema socialista. Las primeras manifestaciones concretas se traducen en un cambio en el régimen de propiedad y en la sanción de un Código de Familia,³⁶ que desgaja esta materia del Código civil. En 1969 se había designado una Comisión Nacional de Estudios jurídicos, pero la iniciativa concreta de dotar a Cuba de un nuevo Código civil se hace efectiva en un Anteproyecto elaborado por el Ministerio de Justicia en febrero de 1969³⁷ que fue objeto de varias reelaboraciones hasta que en 1981 se creó una Comisión para que se ocupase específicamente de esa tarea; la comisión elaboró sucesivamente varios anteproyectos, el tercero de los cuales fue el definitivo y terminó siendo aprobado por la Asamblea Nacional el 16 de julio de 1987, como Ley n.º 59.³⁸

En lo que a nosotros nos interesa debemos destacar que el nuevo Código, al tratar de las garantías del cumplimiento de las obligaciones, incluye una Sección, titulada Retención, que contiene un par de normas que regulan de manera general esa facultad.

La Sección comienza con el artículo 478, que consta de cuatro incisos, el primero de los cuales describe los elementos que deben presentarse para que pueda ejercitarse la retención³⁹ y aunque en su primer párrafo parece exigir conexidad entre cosa retenida y crédito, a continuación hace extensiva esta garantía al cumplimiento de prestaciones derivadas de otros contratos.

El pago parcial de la deuda no hace cesar la retención⁴⁰ y confiere una preferencia al retenedor sobre otros acreedores.⁴¹ Concluye esa norma otorgando al retenedor las defensas posesorias que corresponderían a cualquier otro poseedor.⁴²

36 El nuevo Código de Familia fue sancionado en febrero de 1975.

37 Tomamos estos datos del libro de Guzmán Brito, ya citado, p. 528.

38 Toda esta información se encuentra detallada en la obra de Guzmán Brito, p. 529.

39 «Art. 278.1.- El derecho de retención confiere al acreedor la facultad de conservar en su poder un bien perteneciente al deudor, hasta que éste le pague el crédito nacido de trabajos ejecutados en el mismo bien o se le satisfaga la prestación derivada de otros contratos».

40 «Art. 278.2.- La retención se mantiene hasta el pago total de la deuda».

41 «Art. 278.3.- El acreedor goza de preferencia en cuanto al bien objeto de la retención sobre cualquier otro acreedor».

42 «Art. 278.4.- La protección que se garantiza a todo poseedor es aplicable en el caso de que el acreedor sea privado o perturbado en la posesión del bien objeto de la retención».

La segunda de las normas de esa sección acuerda al Estado un beneficio adicional del que no gozan el resto de los acreedores, permitiéndole ejecutar de manera directa el bien retenido para cobrar su crédito, sin necesidad de acudir a la vía judicial.⁴³

Leiva Fernández en su tesis doctoral señala que hay otras normas dispersas en las que también se hace mención al derecho de retención,⁴⁴ algunas para admitirlo como sucede en los artículos 339 (derecho de retención sobre el objeto que se ha entregado para la ejecución de un trabajo), 413.2 (en el contrato de mandato), 427 (en el depósito, para el pago de lo que se deba en razón del depósito) y 442 (sobre los equipajes, en el contrato de hospedaje), mientras que se niega la posibilidad de retener en el comodato.

5. INFLUENCIA DEL CÓDIGO ARGENTINO SOBRE LA LEGISLACIÓN MODERNA

Por razones de espacio y tiempo nos limitaremos a señalar los casos en que el Código civil argentino ha influido claramente sobre la sistematización del derecho de retención, o el contenido dado a las normas destinadas a regular esta figura, dejando para otra oportunidad un análisis más detenido de los dispositivos adoptados en cada uno de los países que mencionamos.

5.1. Paraguay

Nos referimos a Paraguay en primer lugar porque es bien sabido que adoptó el Código de Vélez, que se mantuvo en vigencia durante algo más de un siglo, hasta su reemplazo por el nuevo Código, que entró en vigencia el primero de enero de 1987.

El Anteproyecto de De Gásperi dedicó al derecho de retención un título⁴⁵ de la Sección IV del Libro IV, destinado a las Sucesiones,⁴⁶ procurando conjugar las normas del viejo Código de Vélez, con los antecedentes de reformas en Argentina (Anteproyecto de Bibiloni y Proyecto de 1936), con las doctrinas alemanas.

La Comisión de Codificación ha preferido ubicar el tema en el Libro Tercero, que trata de los contratos y otras fuentes de obligaciones, como

43 «Art. 279.- Si el derecho de retención lo ejerce una entidad estatal y una disposición especial lo autoriza, aquélla puede proceder a la enajenación por medio de la red comercial del Estado para hacer efectivo su crédito y demás gastos. En otro caso sólo procede la vía judicial».

44 Ver Leiva Fernández, obra citada, p. 65.

45 Artículos 3536 a 3542.

46 Resulta muy discutible la ubicación metodológica del instituto.

título VII (artículos 1826 a 1832).⁴⁷ Como aporte de interés puede señalarse el de la publicidad registral que debe darse a la retención de inmuebles (artículo 1827, segundo párrafo).

En general se conserva una marcada influencia de la sistematización de la figura que realizó don Dalmacio Vélez Sársfield.

5.2. Portugal 1967 y ex colonias portuguesas

El viejo Código del Marqués de Seabra, de 1867, al igual que el modelo francés, legislaba inorgánicamente el derecho de retención.

Al comenzar los trabajos preparatorios del nuevo Código el profesor Vaz Serra publicó un documentado artículo en el *Boletim do Ministerio da Justiça*,⁴⁸ que culminaba con un proyecto de articulado que es el que luego ha pasado de manera casi íntegra al Código actual.⁴⁹ En ese trabajo, luego de reproducir las normas del Código Civil argentino,⁵⁰ hace referencia a ellas en varias oportunidades.

El nuevo Código ha ubicado el derecho de retención en una Sección del Capítulo VI (garantías especiales de las obligaciones), dentro del Libro Segundo (derecho de las obligaciones).⁵¹ La primera de sus normas establece de manera general los requisitos para que exista el derecho de retención,⁵² y a continuación enumera una serie de casos especiales en que también se concede derecho de retención.⁵³

47 Tampoco resulta convincente la ubicación de la figura.

48 Adriano Paes da Silva VAZ SERRA, «Direito da retenção», *Bol. do Min. da Justiça*, n.º 65, abril 1957, p. 103 y ss.

49 Autor y trabajo citados en nota anterior, pp. 247 y ss.

50 Trabajo citado, p. 132 y 133.

51 Ver Código portugués de 1967: Sección VII, artículos 754 a 761.

52 «Art. 754.- **Cuando existe.**- El deudor que disponga de un crédito contra su acreedor goza del derecho de retención si, estando obligado a entregar cierta cosa, su crédito resultase de gastos hechos por causa de ella, o de daños causados por ella».

53 «Art. 755.- **Casos especiales.** 1.- Gozan también de derecho de retención:

a) El transportador, sobre las cosas transportadas, por el crédito resultante del transporte;

b) El posadero, sobre las cosas que las personas alojadas hayan traído a la posada, o los accesorios de ellas, por el crédito de hospedaje;

c) El mandatario, sobre las cosas que le hubieren sido entregadas para la ejecución del mandato, por el crédito resultante de su actividad;

d) El gestor de negocios, sobre las cosas que tenga en su poder para la ejecución de la gestión, por el crédito proveniente de ésta;

e) El depositario y el comodatario, sobre las cosas que les hubieren sido entregadas en consecuencia de los respectivos contratos, por los créditos de ellos resultantes.

2.- Cuando haya transportes sucesivos, pero todos los transportadores se hayan obligado en común, se entenderá que el último retiene las cosas en nombre propio y en nombre de los otros».

Especifica los casos en los cuales el tenedor de la cosa no está facultado para retenerla, los que sucede cuando la obtuvo por medios ilícitos o actuó de mala fe al introducirle mejoras.⁵⁴ En la misma norma incluye como inciso d) una previsión con la cual se procura evitar que el ejercicio de la retención llegue a configurar una conducta extorsiva, permitiendo que se lo sustituya por una garantía suficiente de pago del crédito.

En los artículos 758 y 759 desarrolla aspectos vinculados sobre la forma en que debe procederse cuando la retención se ejerce sobre bienes muebles, asimilando sus derechos a los del acreedor prendario,⁵⁵ y considera que tiene las ventajas del acreedor hipotecario cuando se trata de inmuebles.⁵⁶

Prevé hipótesis en que se puede ejercitar la retención aunque el crédito todavía no sea exigible y aclara que la iliquidez del crédito no es obstáculo para retener.⁵⁷ Admite la posibilidad de que la retención se transmita, siempre que se la realice junto con el crédito que garantiza,⁵⁸ y concluye el título con una norma dedicada a las causales de extinción.⁵⁹

En resumen, se trata de una regulación moderna y bastante completa que en alguna medida ha tomado en consideración las previsiones que

54 «Art. 756.- **Exclusión del derecho de retención.**- No hay derecho de retención:

- a) A favor de los que hayan obtenido por medios ilícitos la cosa que deben entregar, desde que en el momento de la adquisición conociesen la ilicitud de ésta;
- b) A favor de los que hayan realizado de mala fe las mejoras de las que proviene su crédito;
- c) Con relación a las cosas no pignoras;
- d) Cuando la otra parte preste garantía suficiente.”

55 «Art. 758.- **Retención de cosas muebles.**- Recayendo el derecho de retención sobre cosa mueble, el respectivo titular goza de los derechos y está sujeto a las obligaciones del acreedor pignoraticio, salvo en lo que respecta a la substitución o refuerzo de la garantía».

56 «Art. 759.- **Retención de cosas inmuebles.**- 1.- Recayendo el derecho de retención sobre cosas inmuebles, el respectivo titular, en cuanto no entregase la cosa retenida, tiene la facultad de ejecutarla, en los mismos términos en que puede hacerlo el acreedor hipotecario, y de ser pagado con preferencia a los demás acreedores del deudor. 2.- El derecho de retención prevalece en este caso sobre la hipoteca, aunque ésta haya sido registrada anteriormente. 3.- Hasta la entrega de la cosa son aplicables, en cuanto a los derechos y obligaciones del titular de la retención, las reglas de la prenda, con las necesarias adaptaciones».

57 «Art. 757.- **Inexigibilidad e iliquidez del crédito.**- 1.- El deudor goza del derecho de retención incluso antes del vencimiento de su crédito cuando en el ínterin se verifique alguna de las circunstancias que importan la pérdida del beneficio del plazo. 2.- El derecho de retención no depende de la liquidez del crédito del respectivo titular».

58 «Art. 760.- **Transmisión.**- El derecho de retención no es transmisible sin que sea transmitido el crédito que él garantiza».

59 «Art. 761.- **Extinción.**- El derecho de retención se extingue por las mismas causas por las que cesa el derecho de hipoteca y también por la entrega de la cosa».

Don Dalmacio Vélez Sársfield incluyó en el Código argentino.

Portugal resuelve, pero no en su Código Civil, sino en el Código Deontológico del ejercicio de la profesión de abogado, un punto singularmente delicado, la medida en que es posible admitir que este profesional retenga documentos o dinero que pertenecen a sus clientes, para asegurarse el cobro de sus honorarios profesionales. Estos puntos están contemplados en los distintos incisos del artículo 19 del mencionado Código. En primer lugar, se establece como norma general que el abogado debe restituir los documentos, valores u objetos cuya falta pueda causar grave daño al cliente,⁶⁰ pero a continuación, en el inciso 3 del mencionado artículo atiende a aquellos casos en que puede ejercitar un derecho de retención.⁶¹ Finalmente, establece la posibilidad de que el cliente logre la restitución de esos documentos o valores por haber prestado caución,⁶² o cuando el valor de lo retenido es superior al monto de los honorarios adeudados.⁶³

Tenemos noticias de que estas normas tienen todavía aplicación en alguna ex colonia de Portugal, como Macao, pero no hemos podido averiguar si en el propio Portugal se siguen aplicando desde que adhirió al Código de Ética Europeo, con vigencia para todos los países de la comunidad.

Ex-colonias. Antes de finalizar con el derecho portugués, deseamos recordar que a la época de entrada en vigencia del nuevo Código Portugal era un imperio con dependencias en África y Asia, y el cuerpo legal se aplicó en sus colonias que, a raíz de los movimientos independentistas en curso de evolución, en la década siguiente se transformaron en repúblicas libres,⁶⁴ en su comienzo conservaron la legislación portuguesa. pero he-

60 «Artigo 19.- (Código deontológico) (Documentos, valores e objectos do cliente):

1. O advogado deve dar aplicação devida a valores, documentos ou objectos que lhe tenham sido confiados.

2. Quando cesse a representação confiada ao advogado, deve este restituir os documentos, valores ou objectos que lhe hajam sido entregues e que sejam necessários para prova do direito do cliente ou cuja retenção possa trazer a este prejuízos graves». ...

61 «Ar. 19.- [...] 3. Com relação aos demais valores e objectos em seu poder goza o advogado do direito de retenção para a garantia do pagamento dos honorários e reembolso de despesas».

62 «Art. 19.- [...] 4. Deve, porém, o advogado restituir tais valores e objectos, independentemente do pagamento a que tenha direito, se o cliente tiver prestado caução arbitrada pela Associação dos Advogados».

63 «Art. 19.- [...] 5. Pode a Associação dos Advogados, antes do pagamento e a requerimento do cliente, mandar entregar a este quaisquer objectos ou valores quando os que fiquem em poder do advogado sejam manifestamente suficientes para pagamento do crédito.

64 Nacieron así en África occidental, sobre el Océano Atlántico, Angola, Cabo Verde, Guinea-Bissau, Santo Tomé y Príncipe; en Africa Oriental, Mozambique, y en Asia, Timor y Macao.

mos podido determinar que algún tiempo después varias de ellas sancionaron sus propios Códigos civiles y hemos logrado acceder a algunos de ellos que en general han conservado la estructura del Código portugués, con pequeñas variantes en su articulado.

El archipiélago de Cabo Verde, que en un primer momento estuvo federado con Guinea-Bissau y luego formó República separada, tiene actualmente en vigencia un Código aprobado por Decreto Legislativo del año 1998,⁶⁵ que trata del derecho de retención con normas idénticas en el texto y numeración que las del Código de Portugal (artículos 754 a 761).

Hemos podido consultar también el Código de Macao, que se ocupa del derecho de retención en los artículos 744 a 751, y el nuevo Código de Timor-Leste, aprobado en fecha muy reciente,⁶⁶ que reproduce las normas del Código portugués en los artículos 688 a 695. Tenemos noticias de que Angola y Mozambique cuentan con cuerpos legales inspirados en el de Portugal, pero no hemos logrado conseguir sus textos.

5.3. Códigos mexicanos estatales

En la primera oportunidad que estudiamos el tema de la sistematización del derecho de retención en los códigos modernos, no tratamos la situación de México porque el Código Federal, que era el único que en esa época podíamos consultar, mantenía una sistemática similar a la del Código Civil francés, tratando de manera dispersa los casos en que podía ejercerse el derecho de retención.⁶⁷

Sabíamos que la organización institucional de México admite que cada uno de sus estados, que son actualmente más de treinta, se dote de un Código Civil propio, diferente del Código Federal, pero ese material estaba totalmente fuera de nuestro alcance. La situación ha cambiado totalmente y el investigador puede recurrir a la excelente página de la Universidad Nacional Autónoma de México,⁶⁸ en la cual se encuentra tanto la legislación federal, como toda la legislación estatal, de manera que se tiene acceso a la totalidad de los códigos civiles, muchos de los cuales se encuentran también en las páginas del correspondiente Estado.

Es cierto que la mayor parte de los códigos estatales se han inspirado en el Código federal, por lo que no teníamos demasiadas esperanzas de encontrar novedades de interés en materia de retención. Pese a ello

65 En el mencionado decreto legislativo se dice que el cuerpo legal aprobado tiene nueva numeración de sus artículos, y una reconstitución global, que respeta la sistemática inicial y toma en cuenta las modificaciones que se han introducido por algunas leyes ya publicadas.

66 Este cuerpo legal fue aprobado el 14 de septiembre de 2011 por ley 10/2011.

67 Sobre el punto se puede consultar con provecho las líneas que dedica Leiva Fernández al Código de México (obra citada, p. 61 y 62).

68 www.juridicas.unam.mx

dedicamos nuestro esfuerzo a escudriñar en cada uno de ellos y el tiempo no fue desperdiciado, porque encontramos sistematizada la retención en ocho códigos, aunque uno de ellos, Jalisco, aunque dedica dentro del Libro Cuarto una Sección que lleva la leyenda «Derecho de retención»,⁶⁹ que tiene tres artículos (artículos 1619 al 1621), de los cuales solamente uno se refiere realmente al derecho de retención,⁷⁰ y su texto no tiene novedades que merezcan comentario. A nuestro criterio la primera de las normas de esa Sección introduce una confusión entre la facultad de retención y la excepción de contrato incumplido,⁷¹ y la última trata de un tema ajeno, que es la rescisión del contrato.⁷²

En cambio, encontramos los códigos de otros siete estados, que mencionaré en orden alfabético, que regulan la facultad de retener con mucho detenimiento. Nos referimos a Morelos,⁷³ Puebla,⁷⁴ Quintana Roo,⁷⁵ Sonora,⁷⁶ Tabasco,⁷⁷ Tamaulipas⁷⁸ y Tlaxcala.⁷⁹

Se trata de códigos modernos ya que, de acuerdo a los datos con que contamos el más antiguo sería el de Sonora, del año 1949, y todos los restantes datan de la segunda mitad del siglo XX. Como por las características y extensión de este trabajo no podemos extendernos en el análisis de la totalidad de estos cuerpos legales, nos limitaremos a un rápido vistazo de lo que dispone el más antiguo, es decir el Código de Sonora, ya que muchas de sus disposiciones han sido receptadas por los códigos posteriores que posiblemente lo han tomado de modelo.⁸⁰

69 Ver Título Cuarto, Capítulo I, Sección Tercera, artículos 1619 a 1621.

70 «Art. 1620.- El derecho de retención existe:

I.- Cuando el acreedor retiene un bien propiedad de su deudor en garantía del cumplimiento de su obligación, aun en el caso en que este bien no le haya sido entregado específicamente como garantía; y

II.- Cuando el adquirente de un bien con pago de precio diferido, esté en peligro de perderlo por una causa generada o imputable a su vendedor antes de perfeccionarse la venta.”

71 «Art. 1619.- El derecho de retención es la facultad concedida por la ley a una de las partes en un contrato conmutativo, para retener una suma de dinero o un bien debido o perteneciente a la otra parte, para asegurar el exacto cumplimiento de sus obligaciones».

72 «Art. 1621.- Si la rescisión del contrato dependiese de un tercero y éste fuere inducido dolosamente a rescindirlo, se tendrá por no rescindido».

73 Código de Morelos, año 1993, artículos 1590 a 1600 (reemplaza al Código de 1945).

74 Código de Puebla, artículos 2061 a 2080, año 1985 (reemplaza al Código de 1902).

75 Código de Quintana Roo, año 1980, artículos 2355 a 2366.

76 Código de Sonora, año 1949, artículos 2379 a 2394.

77 Código de Tabasco, año 1997, artículos (reemplaza al Código de 1951)

78 Código de Tamaulipas, año 1987, artículos 1247 a 1254 (reemplaza al Código de 1961).

79 Código de Tlaxcala, año 1976, artículos 1792 a 1806.

80 En el Código de Sonora el derecho de retención está ubicado en el Libro Quinto. De

Comienza con una caracterización del derecho de retención en su artículo 2279, que no parece suficientemente clara, y tiene en germen la confusión de esta figura con la excepción de contrato incumplido, como sucederá en el Código de Jalisco que ya hemos mencionado más arriba. Dice la mencionada norma:

Artículo 2379.— Existirá el derecho de retención cuando la ley autorice al detentador o poseedor de una cosa ajena a conservar la tenencia de la misma hasta que el dueño de ella le pague lo que le adeude, bien sea por concepto de la cosa o por algún otro motivo.⁸¹

A la poca claridad de esta norma se agrega el hecho de que el Código sigue el sistema germánico de prescindir del requisito de conexidad,⁸² lo que da una extensión desmesurada a la facultad de retención transformándola, por sus efectos, en una especie de prenda tácita. Lo mismo sucede en los otros seis códigos que mencionamos en la nota anterior.

Se encuentran luego dos normas que excluyen la facultad de retención cuando la tenencia se haya obtenido de manera ilícita o con la promesa de devolverlas de inmediato.⁸³ Contempla también el caso de que el dominio del bien no pertenezca a quien se lo entregó, quien solamente tenía derechos de uso y goce sobre la cosa, caso en el cual la retención se limita, en principio, a los frutos que produzca, pero no podrá oponer la retención de la cosa al poseedor originario.⁸⁴ A quien ejercita la retención el código le acuerda preferencia, pero no frente a titulares de derechos

las Obligaciones, Título Cuarto, Efectos de las Obligaciones. Sección III, Capítulo V: Del Derecho de Retención.

- 81 La norma se reproduce casi textualmente en los Códigos de Morelos (art. 1590), Puebla (art. 2061), Quintana Roo (art. 2355), Tabasco (art. 2446), Tamaulipas (art. 1247 y Tlaxcala (art. 1792).
- 82 «Art. 2380.— Cuando la ley no establezca expresamente el derecho de retención, podrá no obstante ejercitarse por el acreedor, si su crédito consta en título ejecutivo o ha sido reconocido judicialmente o ante notario, aunque no haya relación alguna entre el crédito y la cosa del deudor que se encuentre en poder del acreedor, o entre dicho crédito y la causa de la posesión o detentación».
- «Art. 2382.— Tampoco podrá ejercitar el citado derecho de retención cuando la causa de su posesión o tenencia sea ilícita, o cuando haya obtenido que un tercero, sin consentimiento del deudor, le entregue un bien de éste».
- 83 «Art. 2381.— El acreedor no podrá ejercer el derecho de retención si ha obtenido del deudor una cosa a base de engaños, maquinaciones o artificios, o con la promesa de devolverla inmediatamente».
- 84 «Art. 2383.— Cuando el deudor haya entregado al acreedor un bien, respecto del cual no se haya transmitido el dominio al primero, pero si el uso o goce, podrá el acreedor retener los frutos que legalmente correspondan al deudor, y cuanto a la cosa, sólo podrá hacerlo entretanto no se perjudiquen los derechos del propietario o poseedor originario, en cuya contra no será oponible el derecho de retención».

reales anteriores a su retención,⁸⁵ lo que hace importante se determine con certeza la fecha desde la cual comenzó a ejercitarse la retención.⁸⁶

Al retenedor se le acuerdan la defensa interdictal, o posesoria, en los casos en que hubiese sido despojado de la cosa retenida,⁸⁷ pero no se le permite hacer suyos de propia autoridad ni la cosa, ni los frutos que produzca, para aplicarlos al cobro de la deuda, sino que deberá recurrir a la vía judicial⁸⁸ e incluso deberá contar con sentencia favorable para que se efectúe el remate y poder adjudicarse el importe de esos bienes.⁸⁹

Se establece de manera clara la preferencia de que goza el retenedor,⁹⁰ y concluye el capítulo con normas que prevén la hipótesis de que se haya recurrido a la retención de manera simulada, o con el propósito fraudulento de perjudicar a otros acreedores⁹¹ en los cuales, lógicamente, y de manera concordante con las disposiciones generales del Código sobre simulación y fraude pauliano, la retención no podrá gozar de preferencia.⁹²

85 «Art. 2384.- El derecho de retención es oponible al deudor y a los terceros que no tengan adquirido un derecho real sobre la cosa, anterior a la fecha en que se ejercita el citado derecho. Los que tengan derechos reales anteriores, podrán perseguir la cosa y asegurarla o tomar posesión de la misma según la naturaleza de tales derechos».

86 «Art. 2387.- A efecto de que conste de manera indubitable la fecha en que se comienza a ejercer el derecho de retención, el acreedor deberá notificar al deudor, en jurisdicción voluntaria o por conducto de un notario, el momento a partir del cual ejercitará el derecho de retención. Una vez hecha la notificación al deudor, la fecha de esta servirá para resolver los conflictos de preferencia que se presentaren con terceros».

87 «Art. 2389.- El que ejerza el derecho de retención, puede entablar los interdictos, tratándose de inmuebles; o perseguir la cosa mueble, cuando haya sido despojado de ella».

88 «Art. 2388.- En virtud del derecho de retención el acreedor no puede de propia autoridad apropiarse la cosa o sus frutos, o disponer jurídica o materialmente de tales bienes. En todo caso, solo está facultado a conservarlos en su poder hasta que sea pagado, sea directamente o por remate en ejecución de sentencia».

89 «Art. 2385.- Por virtud del derecho de retención el acreedor no puede obtener el remate de la cosa, independientemente de la ejecución de su crédito por sentencia».

90 «Art. 2390.- El derecho de retención es oponible a los acreedores que sin garantía real embarguen o secuestren la cosa u obtengan el remate de la misma. Comprobada la existencia de tal derecho, el juez no podrá dar posesión al adquirente en remate».

«Art. 2391.- En los casos de concurso o liquidación judicial del deudor, el derecho de retención será oponible para que el acreedor no sea privado de la cosa, y para que obtenga en su caso pago preferente, según los artículos que anteceden».

91 «Art. 2392.- El derecho de retención no tendrá lugar cuando se demuestre, por quien tenga interés jurídico en ello, que ha existido un acuerdo fraudulento o simulado entre acreedor y deudor, o cuando este último hizo entrega de la cosa al primero en perjuicio de sus acreedores».

«Art. 2393.- Se considerará que existe perjuicio de acreedores, cuando el importe de los bienes del deudor, sin tomar en cuenta los que haya entregado al acreedor, sea inferior al valor de sus deudas».

92 «Art. 2394.- Son aplicables a los casos mencionados en los dos artículos anteriores,

Las previsiones contenidas en el Código de Sonora se reproducen casi textualmente en la mayoría de los otros códigos estatales que hemos mencionado, aunque alguno lo hace de forma más sucinta, y otro con mayores detalles.⁹³

5.4. Proyecto colombiano de Valencia Zea

En el proyecto colombiano el problema se trata dentro del Libro Segundo, destinado a los derechos reales, como capítulo VII (artículos 386 y 387) del Título VI (desmembraciones de la propiedad).

En realidad en este caso la única nota de influencia de nuestro Código se vincula con el hecho de que se ha dedicado un título específico a la figura, pero el contenido de las soluciones no se inspira en el Código de Vélez.

6. INFLUENCIA DEL CÓDIGO ARGENTINO... (CONT). PERÚ

En el siglo XIX, después de la independencia, hubo algunos intentos de legislación civil, que describe muy bien Guzmán Brito,⁹⁴ recordando que en 1836 Perú fue invadido por los ejércitos de Bolivia lo que provocó el nacimiento de la confederación peruano-boliviana, fraccionada en dos estados, Sud y Norte de Perú, que tuvieron como Protector al general Santa Cruz, y ese mismo año 1836 se adoptó el Código civil boliviano,⁹⁵ que tuvo vigencia tanto en el estado Sud peruano, como en el estado Norperuano, pero esta situación fue efímera pues el propio Santa Cruz, suspendió la vigencia de ese Código en 1837 y luego el Presidente Orbegoso, en el estado Norperuano, lo derogó en 1838, a lo que se sumó el año siguiente la disolución de la confederación peruano-boliviana, lo que puso también fin a su vida en el estado sudperuano.

6.1. Código de 1852

Disuelta la confederación peruano-boliviana, Manuel Lorenzo Vidaurre procura retomar los esfuerzos en pro de la codificación civil, tarea que había emprendido ya en épocas de Simón Bolívar, cuando alcanzó a elaborar un proyecto en 1836, que fue publicado antes de la invasión boliviana,⁹⁶ pero no alcanza a llevarlos adelante pues fallece en 1841.

las presunciones de fraude o simulación establecidas por este Código para los casos de actos ejecutados en perjuicio de acreedores, o de actos simulados».

93 Es más breve el Código de Tamaulipas, que solamente le dedica ocho artículos, y más detallista el de Puebla, que tiene 21 artículos.

94 «La codificación civil en Iberoamérica», pp. 315 y ss.

95 Primer Código civil de Hispanoamérica, denominado Código Santa Cruz, que en realidad es casi una traducción literal al castellano del Código francés y no presenta interés para nuestro estudio del derecho de retención.

96 Guzmán Brito nos dice que ese proyecto tiene tres volúmenes y que hay un ejemplar

Poco después, y en épocas del Presidente Ramón Castilla, se promulga una ley que prevé la designación de una Comisión para la elaboración de los códigos civil y penal. Los esfuerzos de esta Comisión, que Guzmán Brito relata detalladamente,⁹⁷ culminan con la sanción de una ley el 23 de diciembre de 1851, promulgada el 29 del mismo mes, por la cual se aprueba un Código Civil destinado a entrar en vigencia el 29 de julio de 1852.

Puede considerarse a este cuerpo legal como el primer Código Civil de Perú; no es una reproducción servil de un Código extranjero, sino que tiene características propias, pero, en lo que hace al tema de nuestro estudio prevalece el método de legislar de manera dispersa distintos casos de aplicación de la facultad de retener, por lo que no presenta interés especial para detenernos en su análisis.

6.2. Código de 1936

Los cambios económicos y sociales producidos a fines del siglo XIX y comienzos del XX tuvieron como consecuencia que el Código de 1852 perdiera actualidad y resultase necesario encarar su reforma. Por ello en agosto de 1922 el Ejecutivo designó una comisión encargada de proyectar un nuevo cuerpo legal. La Comisión se integró con jurisconsultos que se habían destacado en el ejercicio de la docencia, la magistratura, o la actividad profesional,⁹⁸ y se completaba, con muy buen criterio, con la presencia de un médico especializado en psiquiatría y neurología, Hermilio Valdizán, nativo de Huánuco.⁹⁹

La Comisión trabajó arduamente durante 14 años y existen actas de sus reuniones que hemos podido consultar fragmentariamente en la transcripción que de ellas realiza Guzmán Ferrer en su Código Civil comentado.¹⁰⁰

Si repasamos los antecedentes que fueron consultados y tomados

en la Biblioteca Nacional de Chile (obra citada, p. 331 y nota 721).

97 Autor y obra citados, p. 335 a 337.

98 Eran miembros de esa Comisión Juan José Calle, Fiscal de la Corte Suprema, Manuel A. Olaechea, Decano del Colegio de Abogados de Lima, Pedro Oliveira y Alfredo Solf y Muro. Juan José Calle, de origen puneño, presidió durante algún tiempo la comisión, pero falleció en 1929, antes de la finalización de las tareas.

99 Decimos que el criterio que inspira al decreto de incluir un especialista en la capacidad mental de las personas era muy acertado, pero no sabemos si esta decisión rindió frutos porque lamentablemente Don Hermilio Valdizán falleció en Lima el 25 de diciembre de 1929 y no tenemos constancia de los aportes que pudo realizar en las materias de su especialidad.

100 Obra ya citada de la cual tenemos un ejemplar, que consta de cuatro tomos, publicados en Lima, 1977.

Recordamos que Fernando Guzmán Ferrer había sido vocal de la Corte Superior de Ica.

en cuenta por la Comisión advertimos que atendió tanto a lo que era la moderna doctrina europea, pero también —y mucho— a la doctrina y legislación de los países de Iberoamérica, logrando como resultado una obra que en su conjunto es merecedora de los mayores elogios.

Guzmán Brito nos recuerda los últimos tramos de este trabajo legislativo, que culmina en 1936, con la designación por el Presidente Benavides de una Comisión Revisora del Proyecto,¹⁰¹ y su posterior aprobación, fijando como fecha para la entrada en vigencia el 14 de noviembre de 1936.¹⁰²

En la materia que nos interesa vemos que el Código peruano de 1936, inspirándose en la legislación argentina, reunió en un título las normas relativas al derecho de retención, dentro de una sección destinada a los derechos de garantía.¹⁰³ En la Exposición de Motivos se decía que al establecer una fórmula general para el derecho de retención, se adoptaba una solución equivalente «a la empleada por el Código argentino en su artículo 3939».

Hay, sin embargo, una diferencia, mientras Vélez en su Código sistematiza la retención como una facultad común a derechos reales y personales, la legislación peruana la coloca en el libro destinado a los derechos reales.¹⁰⁴

Las Actas de la Comisión resultan de interés, pues dan cuenta de un amplio debate sobre el tema, en el que intervinieron especialmente los señores Olaechea, Calle y Solf sosteniendo que entre la solución germana, que concede ampliamente el derecho de retención a los comerciantes, sin exigir el requisito de la conexidad, y la solución argentina, se inclinaban por esta última.

La Comisión había comenzado a trabajar sobre la base de un Anteproyecto elaborado por Solf y Muro, que tomaba como modelo el derecho

101 El decreto es del 18 de junio y la Comisión se integra con el Ministro de Justicia, Diones Arias-Schreiber, el Presidente de la Corte Superior de Lima, Germán Gómez Sánchez, el Rector de la Universidad de San Marcos Alfredo Solf y Muro, el Decano de la Facultad de Jurisprudencia de esa Universidad Pedro M. Oliveira y también Manuel A. Olaechea y Ernesto de la Jara y Ureta (datos tomados de la excelente obra de Guzmán Brito, p. 519, aunque debemos señalar que tanto en esa página como en la siguiente se deslizan erratas en varias oportunidades, hablando de 1836, en lugar de 1936).

102 Ver Guzmán Brito, obra citada, p. 520.

103 Todo ello está ubicado en el libro Cuarto, que trata de los derechos reales, Sección Cuarta (derechos de garantía), Título V (retención).

104 En la Exposición de Motivos, reproducida por Guzmán Ferrer, se lee: «El proyecto ha elevado este derecho a la categoría de derecho real, comprendiéndolo en este título, resolviendo así un punto doctrinariamente muy discutido. Pero, siendo como es una garantía legal parece mejor colocarlo en este sitio que entre las reglas de 'preferencia de créditos' como lo hace el Código argentino».

alemán, pero ya al debatirse el artículo 1 de ese Anteproyecto Olaechea impugnó la amplitud excesiva que se daría a la retención si se adoptaba la solución germana,¹⁰⁵ proponiendo en cambio que se consagrara el principio de conexidad entre el crédito y la cosa retenida que se encuentra en la fórmula argentina.¹⁰⁶

La objeción de Olaechea encontró apoyo en Calle, que consideró demasiado avanzado el sistema germano y por su parte Solf aceptó que la fórmula propuesta en el Anteproyecto era algo audaz, pero la defendió recordando que había sido recibida en Suiza y Japón y que el principio de conexidad era algo impreciso.¹⁰⁷

El debate en la comisión fue amplio y prevaleció el criterio de adoptar la fórmula del derecho argentino, preconizada por Olaechea y esa decisión se plasmó en lo que fue el artículo 1029 del Código de 1936:

Artículo 1029.- (Código de 1936).- Por el derecho de retención un acreedor detiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado.

Este derecho procede en los casos en que lo establece la ley o siempre que la deuda provenga de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones.

Germán Aparicio señala como fuentes de la norma los artículos 3939 y 3940 del Código civil argentino¹⁰⁸ lo que resulta innegable especialmente si cotejamos el segundo párrafo con el mencionado artículo 3940 argentino.¹⁰⁹

En las actas aparecen referencias respecto a incluir una mención de los inmuebles y al hecho de que no podía ejercerse retención cuando la tenencia de la cosa tuviese origen ilegítimo,¹¹⁰ pero no encontramos ninguna norma en el Código de 1936 que trate esos puntos.

Presenta sí verdadero interés el artículo 1030 del Código en cuanto dispone el cese de la retención no solamente si se paga la deuda, sino también si se asegura el cumplimiento, lo que permite obtener la entrega del objeto retenido mientras se discute si realmente hay una deuda y evita que se pueda convertir la retención en un arma extorsiva para obtener el

105 Ver en Guzmán Ferrer, T. III, p. 638.

106 Ver en lugar citado en la nota anterior.

107 Ver obra citada de Guzmán Ferrer, p. 639.

108 Ver de Aparicio "Código civil. Concordancias", T. XII, art. 1029, Lima, 1943.

109 Si repasamos el trabajo de Aparicio vemos que con frecuencia menciona a Eduardo Glave Valdivia como uno de los autores peruanos que se ha ocupado del derecho de retención, pero no hemos tenido acceso a ningún trabajo de ese jurista.

110 Son aspectos que, como hemos visto más arriba, aparecen mencionados de manera expresa en algunos códigos mexicanos.

«pago» de una deuda que realmente no existe, o es inferior en su monto a lo que se reclama:

Artículo 1030.- La retención se ejercitará en cuanto baste para satisfacer la deuda que la motiva y cesará tan luego que el deudor la pague o la asegure.¹¹¹

El artículo 1032, como bien lo señala Aparicio, tiene como modelo el artículo 3943 del Código Civil argentino, con un agregado final vinculado con la desposesión ilegal que surge de lo previsto en el artículo 3944 argentino que en hipótesis semejantes acuerda al retenedor las acciones posesorias:

Artículo 1032.- El derecho de retención se extingue por la entrega o abandono del bien, pero no por su desposesión ilegal.

Luego en el artículo 1033, tomando como fuente el artículo 3941 del Código argentino,¹¹² se ocupa de la indivisibilidad del derecho de retención:

Artículo 1033.- El derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse por todo el crédito o por la parte de él vigente y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o sobre uno o varios de ellos.

Por supuesto que nada se opone a que el retenedor, en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, devuelva parte del objeto retenido, o alguno de los bienes sobre los cuales ejercía esa facultad, pero eso no quita al derecho de retención su característica de indivisibilidad, porque esa restitución parcial jamás puede ser exigida por el deudor.

Inspirándose también en el derecho argentino (art. 3942, Código de Vélez),¹¹³ se establece cuál es la preferencia de que goza el retenedor frente a otros acreedores que hagan rematar el bien o terceros que lo adquieran en la subasta:

Artículo 1034.- El derecho de retención no impide el embargo y remate del bien, pero el adquirente no podrá recogerlo del poder del retenedor sino entregándole el precio de la subasta en lo que baste para cubrir su crédito y salvo la preferencia hipotecaria que existiese.

111 Esta norma no tiene antecedente en el derecho argentino donde ha sido menester luchar durante mucho tiempo antes de que se incorporase al Código la posibilidad de sustituir la retención por una garantía suficiente, aunque debemos reconocer que una jurisprudencia inteligente se anticipó a la reforma legislativa.

112 «Art. 3941 (Código civil argentino). El derecho de retención es indivisible. Puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte de la cosa que forma el objeto».

113 «Art. 3942 (Código civil argentino).- El derecho de retención no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida, y hagan la venta judicial de ella; pero el adjudicatario para obtener los objetos comprados, debe entregar el precio al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que éste sea acreedor».

Concluye el título expresando que las reglas que en él se establecen son aplicables a cualquier otro caso en que la ley reconozca el derecho de retención.¹¹⁴

Antes de finalizar este apartado señalo que en Argentina, lamentablemente, Leiva Fernández en su obra sobre el derecho de retención no hace mención alguna al Código peruano de 1936.¹¹⁵

6.3. Código de 1984

Poco antes de que se cumpliesen las tres décadas de la vigencia del Código de 1936, el Presidente Fernando Belaúnde, que tenía como Ministro de Justicia y Culto un joven y talentoso jurista que había realizado estudios de especialización en Italia¹¹⁶ crea en marzo de 1965 una Comisión para «el estudio y revisión del Código Civil, con el objeto de proponer las enmiendas que justifiquen las deficiencias advertidas durante la vigencia de dicho cuerpo de leyes».¹¹⁷ En la obra de Guzmán Brito encontramos los nombres de los juristas que integraron originariamente dicha Comisión, y quienes se fueron agregando con el transcurso del tiempo.¹¹⁸

La Comisión trabajó arduamente durante casi 20 años y en ella prevaleció la decisión de no limitarse a enmiendas parciales del Código vigente, sino sustituirlo íntegramente por uno nuevo, que fue lo que sucedió en definitiva pese a la resistencia de importantes sectores de la opinión jurídica peruana. Lo elogiable del trabajo de la Comisión finca, especialmente, en la amplia publicidad que se fue dando a los proyectos, lo que permitió se los analizara con detenimiento y se los sometiese a revisión procurando salvar los defectos que en ellos aparecían, actitud que se mantuvo hasta las últimas etapas previas a la aprobación del Proyecto.¹¹⁹

El nuevo Código conserva, en esta materia, la misma línea de pensamiento,¹²⁰ y mantiene la redacción de la mayor parte de las normas

114 «Art. 1035 (Código peruano de 1936).— Las reglas de este título son aplicables a todos los casos en que la ley reconoce el derecho de retención, sin perjuicio de los preceptos especiales».

115 Considero lamentable esta omisión, pues luego se extiende en consideraciones sobre los textos del Código vigente, que en su mayor parte reproducen los del Código de 1936, que hubiese sido conveniente analizase porque casi todos tuvieron su fuente directa en el Código argentino de Dn. Dalmacio Vélez.

116 Carlos Fernández Sessarego, a la sazón de 39 años de edad, admirador del Código italiano de 1942.

117 Decreto Supremo n.º 95, del 1º de marzo de 1935.

118 Ver Guzmán Brito, obra citada, p. 525.

119 Evacuado en julio un informe por la última Comisión revisora, se aprobó el nuevo Código por Decreto Legislativo del 24 de julio de 1984, que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año.

120 También trata el derecho de retención en un título (el IV, artículos 1123 a 1131), dentro

del anterior cuerpo legal, pero incluye algunas novedades en los artículos 1127, 1128 y 1130, como ser la relativa a la necesidad de dar publicidad registral del derecho de retención para que pueda oponerse a terceros, y refuerza la regla de la conexidad en el artículo 1123.

Pero, detengámonos aunque sea de manera breve en el análisis de la actual normativa vigente, recordando sí la casi plena validez de todo lo que hemos expuesto en el apartado anterior.

En nuestro esfuerzo por encontrar doctrina peruana sobre el derecho de retención en el Código de 1984 hemos debido limitarnos casi exclusivamente a la obra de Max Arias-Schreiber, *Exégesis del Código Civil de 1984*, que trata en su tomo VI «Los derechos reales de garantía».¹²¹

Me permitiré aquí relatar una anécdota. Cuando encaré el estudio del derecho de retención en el Código de 1984 le comenté telefónicamente al Prof. Carlos Cárdenas Quirós que el único material de doctrina peruana que tenía a mi alcance era la obra de Max Arias, y me respondió socarronamente, que no me sería de mucha utilidad. Sucede que Arias-Schreiber, indica con gran probidad en unas palabras de Introducción, cuales son las partes que él redactó, y quienes han colaborado en la obra,¹²² y allí vemos que Carlos Cárdenas fue quien tuvo a su cargo el derecho de retención, lo que justifica las palabras con que burlescamente desmerecía su aporte.

Cárdenas considera que el fundamento de la retención se encuentra en la equidad,¹²³ y cuando cita doctrina argentina lo hace principalmente a Salvat, lo que se justifica plenamente porque no debe olvidarse que la Comisión redactora del Código de 1936, al decidirse por la fórmula del derecho argentino, lo hizo también justificando esta postura con la doctrina de Salvat.

Al referirse a la naturaleza jurídica se inclina a considerar que se trata de un derecho real, porque «así lo ha consagrado el Código civil de 1936 y el actual de 1984, insertándola en el libro sobre Derechos reales»,¹²⁴ pero advierte que le faltan otros caracteres propios de los derechos reales, como el derecho de persecución.

Más arriba hemos dicho que el nuevo Código mantiene la línea de pensamiento del Código de 1936, y la mayor parte de su articulado repro-

de la Sección destinada a los derechos de garantía (Sección IV), del Libro que se ocupa de los Derechos Reales (Libro V).

121 Contamos con un ejemplar de la 1ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 1995, que nos fuera obsequiado por una de las personas que colaboró en ese tomo, Elvira Martínez Coco. Nos hubiese agradado consultar el Código civil Anotado publicado por Gaceta Jurídica pero, lamentablemente no tenemos el tomo en que se trató el derecho de retención y hemos solicitado infructuosamente a Gaceta que nos remitiese esos textos.

122 En la propia tapa del tomo aparecen los nombres de su hija, Ángela Arias-Schreiber Montero, de Elvira Martínez Coco y de Carlos Cárdenas Quirós.

123 Ver «Exégesis...», p. 254.

124 Ver «Exégesis...», p. 256.

duce casi textualmente con escasas variantes los textos de aquel cuerpo legal. Sin embargo, resulta necesario destacar que el primero de sus artículos, el 1123,¹²⁵ refuerza el requisito de la conexidad, que estaba implícito en el viejo artículo 1029, porque la fórmula, de acuerdo a la Comisión redactora, atendía precisamente a la necesidad de que existiese esa conexión entre el crédito y la cosa retenida. La nueva redacción no deja ninguna duda.¹²⁶

El actual artículo 1124 es una reproducción del artículo 1031 del Código anterior; el artículo 1125, que establece la indivisibilidad, introduce pequeñas modificación al viejo artículo 1033 y el 1126 corresponde al anterior artículo 1030. En lo que se refiere al embargo del bien, el artículo 1129 es una transcripción del viejo artículo 1034, y el título se cierra con el artículo 1131, idéntico al viejo 1035. Resulta innecesario que nos extendamos sobre estas normas, que ya hemos comentado al tratar el Código de 1936.

Sin embargo nos parece indispensable detenernos en tres normas nuevas, entre ellas el artículo 1130, que dispone:

Artículo 1130.- Aunque no se cumpla la obligación el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto en contrario.

El derecho moderno condena el pacto comisorio y exige al acreedor que recurra a la justicia para lograr que la obligación se haga efectiva para evitar que aprovechando una posición de superioridad se quede con bienes valiosos en satisfacción de deudas de valor muy inferior.¹²⁷

El artículo 1127 dispone que el derecho de retención puede ejercitarse tanto extrajudicialmente, como ante los tribunales oponiéndolo como excepción. Personalmente opinamos que siempre su ejercicio se realiza extrajudicialmente, pues incluso cuando se recurra a oponerlo como excepción, se lo puede hacer en virtud de que la cosa se encuentra en la tenencia del acreedor que se niega a restituirla.¹²⁸ Sin embargo, hay en

125 «Art. 1123 (Código de 1984).- Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder un bien de su deudor, si su crédito no está suficiente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene».

126 Max Arias, en una nota periodística publicada poco antes de la sanción del nuevo Código, hacía hincapié en que la nueva norma «llena un vacío del Código vigente, al incorporar a la definición del Derecho de retención la regla de la conexidad». Hemos podido consultar esa nota periodística, y otras varias, porque se incluyeron en una edición no oficial del Código que realizó Hernán Figueroa Estremadoyro.

127 En nuestra recorrida de la legislación comparada encontramos más de un cuerpo legal que exige de manera expresa al retenedor que recurra a la justicia para ejecutar su acreencia.

128 «Art. 1127.- El derecho de retención se ejerce:

1. Extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obli-

esta norma una previsión de singular importancia, al autorizar al juez que sustituya la retención por una garantía suficiente.

La otra novedad de importancia es la exigencia de que para ejercitar la retención sobre inmuebles y que tenga efectos contra a terceros se exige su inscripción registral.¹²⁹

Por el momento solo hemos conseguido escasos datos sobre el funcionamiento de esta norma en los Registros Públicos, que nos han sido suministrados por el actual Superintendente adjunto, Dn. Jorge Antonio Ortiz Pasco, y por un miembro del Tribunal Registral, Dn. Luis Aliaga; agradezco a ambos su atención.

En una de las resoluciones del Tribunal, se expresa que si bien el derecho de retención es un acto inscribible en el Registro, «Se puede apreciar que no existen normas en materia registral referidas al título que dará mérito a la inscripción del derecho registral, por lo que corresponde a este Tribunal determinarlo»,¹³⁰ en el caso de un contrato de arrendamiento, en el que no se había pactado expresamente el ejercicio del derecho de retención para garantizar el cobro de mejoras, y el Tribunal entiende que para que proceda la inscripción, que fue solicitada por manifestación del inquilino realizada ante notario, ese título no es suficiente y que debe mediar resolución judicial.¹³¹

Por lo que podemos apreciar en el material recibido, el asiento de inscripción de un derecho de retención se efectúa de manera similar a los asientos de una hipoteca, y con alguna frecuencia resulta de una manifestación expresa en el contrato que vinculó originariamente a las partes, donde se faculta a ejercitar el derecho de retención, y se lo inscribe, convirtiéndolo desde ese momento en una garantía real publicitada, aunque no se esté ejercitando de manera efectiva.

Estos puntos merecen ser indagados con más detenimiento, pero por razones de tiempo, aunque sabemos que el ejercicio del derecho de

gación por la cual se invoca.

2. Judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente».

129 «Art. 1128.- Para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros, debe ser inscrito en el registro de la propiedad inmueble.

Sólo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición.

Respecto a los inmuebles no inscritos, el derecho de retención puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial».

130 Resolución n.º 1411-2009, Lima, 11 de septiembre de 2009, apelante Robert Yosep Pinedo Alonso.

131 Así se expresa en la sumilla, en la que leemos: «El título que debe dar mérito para la inscripción del derecho de retención es la resolución judicial que declare que la retención se está produciendo de manera válida».

retención ha derivado en conflictos registrales y judiciales, postergamos su análisis para otra oportunidad.¹³²

Sin duda la inclusión en el Código de la exigencia de publicidad registral en materia inmobiliaria es un verdadero acierto. Sin embargo, nos permitimos formular una observación; creemos que esa exigencia debería hacerse extensiva a los automotores y a todos los bienes registrables.

7. CONCLUSIONES

1. Existe una moderna tendencia a fijar con carácter general las condiciones de ejercicio del derecho de retención.
2. El primer Código Civil que procedió de esta manera ha sido el argentino, que dedicó un título a la figura.
3. Varios códigos americanos se han inspirado de manera directa en las soluciones adoptadas por el Código civil argentino, y en Europa ha sido tomado especialmente en consideración por el Código portugués de 1967.
4. Perú ha seguido este camino a partir del Código de 1936 y lo ha mantenido en el de 1984.

132 Este trabajo debe ser presentado para su inclusión en el Libro del Congreso de Derecho Civil que se realizará en Huánuco en los últimos días del mes de junio de 2012.

¿Dónde y cuándo se debe pagar? Acerca de dos de los principios del pago: Lugar y Oportunidad

*Felipe Osterling Parodi**

*Mario Castillo Freyre***

SUMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *Consideraciones generales sobre el pago.* – 3. *Consideraciones generales sobre los principios del pago.* – 4. *Regla general en torno al lugar donde se debe efectuar el pago.* – 5. *Supuesto de cambio de domicilio.* – 6. *Sobre la oportunidad de pago.* – 6.1. *Las excepciones al 1240 del Código Civil Peruano.* – 7. *Conclusiones.*

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magister y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar aspectos importantes sobre la oportunidad y lugar de pago. Así las cosas, tanto el acreedor, como el deudor van a estar interesados de saber cuál es el plazo para el cumplimiento de pago, y consecuentemente el lugar en que se ha de realizar.

Ahora bien, resulta pertinente para el presente trabajo señalar algunas consideraciones generales acerca del pago, para abordar con mayor rigurosidad los temas de oportunidad y lugar de pago.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA NOCIÓN DE PAGO

El pago puede definirse como el medio ideal de extinción de las obligaciones. Este medio ideal implica la ejecución de la obligación en las condiciones convenidas en su origen, es decir el cumplimiento dentro de los términos previstos. Pagar es actuar conforme a lo debido. Pagar es llegar al destino natural de toda obligación. Significa la ejecución voluntaria de la misma, en estricto orden a lo convenido o previsto por la ley.

Si bien nuestro Código Civil no define o propone un concepto para «pago», suelen presentarse tres acepciones usuales de la palabra, a saber:

- a) En el sentido común, el pago consiste en el desplazamiento de una suma de dinero por el deudor en favor del acreedor con el objeto de cumplir con una prestación de naturaleza pecuniaria.
- b) En sentido jurídico, la palabra «pago» significa el cumplimiento de cualquier prestación de dar, de hacer o de no hacer.

Así, paga, en las obligaciones de dar, quien entrega el bien objeto de la obligación. En las obligaciones de hacer el pago se produce cuando el deudor cumple con practicar el hecho prometido. Este hecho puede ser inmaterial — por ejemplo, el abogado que se obliga a defender a su cliente de palabra ante los tribunales —, o traducirse, luego de la actividad del deudor, en la entrega de un bien fruto de esa actividad — el pintor que se obliga a confeccionar un retrato —. En este último caso se trata de una obligación de hacer, porque lo que prevalece es la actividad del sujeto pasivo que, en el caso propuesto, se traduce en hechos destinados a cumplir la prestación, hechos que resultan consecuencia de sus calidades artísticas; pero la obligación sólo quedará pagada cuando se efectúe la entrega del bien objeto de esa actividad. En las obligaciones de no hacer, esto es en las obligaciones negativas, el pago se produce por la simple abstención, omisión o inactividad del deudor.

- c) En su acepción más amplia, el pago originaría la extinción de la obligación, cualquiera que sea la forma que ella adopte. Desde este punto de vista, constituiría pago no sólo el cumplimiento de la obli-

gación, sino cualquier otro medio extintivo que empleen las partes, llámese novación, compensación, condonación, transacción, etc.

Nosotros utilizamos la palabra «pago» en su segunda acepción, esto es como el cumplimiento de cualquier obligación de dar, de hacer o de no hacer. Esta interpretación, por lo demás, es coherente con lo previsto por el Código Civil. Dentro de los efectos de las obligaciones, la ley peruana distingue entre el pago (artículos 1220 al 1276) y los otros medios de extinguir la obligación, tales como la novación (artículos 1277 al 1287); la compensación (artículos 1288 al 1294); la condonación (artículos 1295 al 1299); la consolidación (artículos 1300 y 1301); la transacción (artículos 1302 al 1312); y el mutuo disenso (artículo 1313).

Por último, dejamos establecido que el pago es un deber y un derecho. El deudor, al pagar, cumple con el deber que emana de la relación obligacional asumida. Pero no sólo tiene el deber de pagar. También tiene el derecho de hacerlo, por diversas razones: a) desea cumplir con un imperativo de su conciencia; b) desea liberar de cargas a su patrimonio; c) desea evitar los daños y perjuicios que podrían originarse por la inejecución de la obligación en favor del acreedor; d) desea evitar los propios perjuicios que eventualmente podría ocasionarle mantener la prestación en su poder. Es por ello que la ley ha organizado dos instituciones para que el deudor, ante la renuencia del acreedor a aceptar el pago, pueda liberarse: el pago por consignación y la mora del acreedor. En la misma medida en que el acreedor tiene el derecho de exigir el pago, también tiene el deber de aceptarlo.

Ahora bien, sabemos que las obligaciones se celebran para cumplirse; por tanto, dicho cumplimiento debe efectuarse dentro de términos razonables que impliquen una satisfacción oportuna de la prestación debida. Para estos efectos, hemos de referirnos brevemente a los principios del pago.

3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL PAGO

El concepto de pago se construye sobre cuatro principios esenciales: el principio de identidad, el principio de integridad, el principio de localización o lugar de pago, y el principio de oportunidad.

El primer principio es el de identidad y paradójicamente no recibe un tratamiento normativo en la parte dedicada al pago, sino que se encuentra regulado en el artículo 1132 del Código Civil, que forma parte de los preceptos propios de las obligaciones de dar. Dicha norma señala que el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

El principio de identidad responde a la pregunta de ¿con qué se debe pagar? y la respuesta es que debe pagarse con la prestación pactada; sea cual fuere; el acreedor no puede ser obligado a aceptar como pago una prestación distinta. La puede aceptar, mas no está obligado a hacerlo, y si lo acepta se configuraría una dación en pago o una novación objetiva.

El segundo principio es el de integridad, el que también se encarga de responder una pregunta, a saber, ¿con cuánto se debe pagar?. Este principio se encuentra recogido en el artículo 1220, que establece que se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

Debemos recordar que se considerará ejecutada una prestación, solamente cuando ésta se cumpla y este cumplimiento implique la realización completa, íntegra, del dar, hacer o no hacer prometidos.

El tercero de los principios, esto es, el principio de localización o lugar de pago, se encuentra regido por dos normas del Código Civil. Aunque el principio general es que la deuda se deba pagar en el domicilio del deudor, la ley prevé excepciones. En primer término, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten como lugar del pago el que más se adapte a sus intereses. En esta materia prevalece, obviamente, la libertad contractual.

Finalmente, el principio de oportunidad se encuentra regulado en el artículo 1240 que señala que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación.

Sobre estos dos últimos principios nos referiremos en el presente trabajo.

4. SOBRE EL LUGAR DE PAGO

El artículo 1238 del Código Civil Peruano de 1984 trata acerca del lugar en donde el deudor debe efectuar el pago. El citado precepto señala lo siguiente:

Artículo 1238.- «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor».

La ley peruana establece como regla que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, lo que equivale a decir que el acreedor deberá cobrar la deuda en dicho lugar y que no compete al deudor apersonarse en el domicilio de su acreedor para efectuar el pago.

El tema del lugar donde debe efectuarse el pago, cuando la ley alude al domicilio del deudor, suscita reparos.

El artículo 1238 del Código Civil debe leerse e interpretarse conjuntamente con el artículo 1239.

Nos explicamos.

Es el cumplimiento de la obligación lo que le otorga a ésta certidumbre. De allí la singular importancia del lugar donde debe efectuarse el pago. Creemos que, para ello, la lectura de los artículos 1238 y 1239 del Código Civil permite adoptar como criterio factores de certeza y flexibilidad.

El pago debe realizarse, en primer lugar, en el domicilio del deudor. Pero, nos preguntamos, ¿se trata del domicilio del deudor al tiempo de contraerse la obligación o al tiempo del pago? Podría llegar a ser arbitrario para el acreedor, por decir lo menos, que el deudor, por voluntad unilateral, procediera a variar de domicilio y exigiera, al tiempo del pago, que el acreedor haga efectiva su acreencia en su nuevo domicilio, salvo, por cierto, que tal modificación domiciliaria hubiera sido aceptada por el acreedor.

Para llegar a esta conclusión es suficiente analizar el artículo 1239, cuando establece que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Es cierto que el artículo 1239 utiliza la expresión «habiendo sido designado éste como lugar para el pago», esto es que existe pacto en tal sentido. Pero también es verdad que cuando el artículo 1238, en su primera parte, señala que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, resulta perfectamente lícito aplicar, por analogía, para el caso en que tal deudor cambie de domicilio, que el acreedor pueda exigirlo en el primero o en el nuevo, conforme a lo consignado por el artículo 1239.

No nos parece coherente, por ello, la doctrina francesa predominante de atribuir al deudor el derecho de modificar de domicilio a su arbitrio y pretender que el pago se verifique en el nuevo domicilio, sobre la base de facilitar la liberación y favorecer al deudor. Nada impide, por cierto, que el acreedor cobre en el nuevo domicilio. Pero esto dependerá de su voluntad exclusiva, de su aceptación expresa o tácita al cambio domiciliario para los efectos de pago. En suma, el acreedor podrá exigir el pago en el domicilio que el deudor tuvo al contraer la obligación o, a su discreción, en el nuevo domicilio. Sin embargo, esta afirmación no es absoluta, como veremos al analizar los alcances del artículo 1239 del Código Civil.

Por otra parte, debemos señalar que la ley prevé excepciones a este principio general, en el sentido de que el pago se realiza en el domicilio del deudor.

En primer término, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten como lugar del pago el que más se adapte a sus intereses. En esta materia prevalece la libertad contractual.

Se trataría del caso en que las partes hubieran designado el lugar donde debe cumplirse la obligación. Tal designación puede efectuarse al contraerse la obligación, o luego, y su forma puede ser expresa o tácita, según lo consagra el artículo 141 del Código Civil, al referirse a la manifestación de la voluntad, debiendo señalarse que es expresa cuando se formula

oralmente, por escrito o por cualquier medio directo; y tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Luego, cuando la ley prescribe el lugar del pago, esta norma no debe interpretarse como imperativa. Se trata, simplemente, de un precepto supletorio. No existiría razón alguna para que el legislador señale obligatoriamente el lugar del pago, ni que se impida a las partes designar cualquier otro. Esta norma sólo entra en juego en ausencia de manifestación expresa o tácita de las partes en contrario.

A renglón seguido se prevé como lugar del pago el que corresponda de acuerdo con la naturaleza de la obligación. Si se trata, por ejemplo, de transferir la posesión de un bien inmueble no susceptible de desplazarse, el deudor deberá efectuar el pago en el lugar donde se encuentra el inmueble y no en su propio domicilio. No es imaginable, en esta hipótesis, pacto en contrario, pues éste determinaría la imposibilidad de realizar el pago. Caso distinto ocurriría si se trata de la transferencia de la posesión de un bien mueble desplazable, hipótesis en la que rigen alternativamente las reglas previstas por el artículo 1238.

La ley se refiere, a continuación, a «las circunstancias del caso». Esta expresión usualmente se confunde con «la naturaleza de la obligación». Son las circunstancias las vinculadas íntimamente con la naturaleza de una obligación. Puede criticarse la expresión «circunstancias del caso» como redundante, pero en todo caso ella dependerá, al igual que cuando la ley alude a la naturaleza de la obligación, del modo en que ésta fue constituida y de la forma en que debe cumplirse.

Por último, la ley prevé que si el deudor ha designado varios lugares para el pago, el acreedor podrá hacerlo efectivo en cualquiera de ellos. Esta hipótesis no requiere de mayor aclaración.

Aunque el Código ha sido parco en sus expresiones para el caso en que el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor, pues sólo prevé en la parte final del último párrafo del artículo 1238 que, en esta hipótesis, si el acreedor ha designado varios lugares, el deudor puede elegir cualquiera de ellos, consideramos que los mismos principios recién analizados rigen para este caso.

Es así que si se estipula que el pago debe efectuarse en el domicilio del acreedor, se entiende como tal el que correspondía al acreedor al constituirse la obligación, o el nuevo, a exclusivo criterio del deudor. Si el acreedor cambia de domicilio entre el día en que se constituyó la obligación y el día del pago, el deudor tendrá el derecho, a su soberana voluntad, de efectuar tal pago en el antiguo o en el nuevo domicilio.

El Código, en sus reglas sobre el lugar del pago consignadas en el artículo 1238, es claro. El único problema de interpretación que podría suscitarse, como lo hemos señalado, es el contenido en la expresión «el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor...». Pero, insistimos en los conceptos, pues razones elementales de lógica jurídica determinan

decidir que la ley peruana alude al domicilio del deudor al contraerse la obligación, salvo que modificado dicho domicilio antes del pago, el acreedor lo acepte y, por tanto, exija tal pago en el nuevo domicilio. Pero el deudor no puede unilateralmente variar de domicilio y decidir, por sí y ante sí, efectuar el pago en el nuevo domicilio. Inclusive la propia expresión «circunstancias del caso», que utiliza el precepto, abona en forma determinante en apoyo de esta tesis.

Imaginemos, para ilustrar la hipótesis, que el deudor se obligue a entregar a su acreedor una flota de camiones, teniendo su domicilio, al contraer la obligación, en la ciudad de Lima. Antes del cumplimiento de la obligación el deudor traslada su domicilio a la ciudad de Iquitos, en plena Selva Amazónica. Llegado el día de vencimiento de la obligación, el deudor pretende efectuar —en Iquitos— el pago a su acreedor, domiciliado en Lima y quien va a comercializar dicha flota de camiones en esta ciudad. Ello encarecería y retrasaría enormemente la prestación de la que es titular el acreedor, no sólo por el alto costo del flete de los camiones de Iquitos a Lima, sino por la oportunidad en que éstos pueden ser comercializados. La situación sería mucho más grave, desde luego, si el cambio de domicilio del deudor es a un país extranjero, que incluso quede en otro Continente. Aquí entraría en juego, incluso, el pago de derechos de aduana e importación, adicionales a los mayores gastos de transporte y al tiempo en que realmente quedaría cumplida la obligación.

Conviene señalar, asimismo, que si el deudor pudiera variar arbitrariamente de domicilio para efectuar el pago, y rehúsa realizarlo, ello tendría graves implicancias para el acreedor, con el propósito de que pudiera exigirlo en el nuevo domicilio. Para comprobar lo expresado, basta revisar el artículo 2095 del Código Civil que, a falta de ley expresamente elegida por las partes, dispone que las obligaciones contractuales se rigen por la ley del lugar de su cumplimiento. Si el lugar de cumplimiento es el domicilio del deudor, ¿podría éste variarlo inconsultamente, modificando en forma unilateral la ley aplicable?

La norma del artículo 1238 está referida al caso de las personas naturales y de las personas jurídicas, ya que éstas tendrán su domicilio en el lugar de su sede o, en todo caso, en el lugar de su sede principal.

El artículo 1238 no recoge la integridad de supuestos que —acerca del domicilio— contempla el Código Civil. Esto resulta correcto, puesto que dicho precepto no podía ingresar a analizar todas las hipótesis del domicilio que están consignadas en otras normas del propio Código.

Para cualquier supuesto en el cual se haya pactado que el pago deba realizarse en el domicilio del acreedor, es pertinente que rijan las normas generales sobre domicilio que antes hemos analizado.

No podemos dejar de destacar que es posible que existiendo acuerdo sobre el lugar en que deba efectuarse el pago, no se haya señalado solamente un lugar sino varios lugares para tal efecto. El artículo 1238, segundo párrafo, establece que designados varios lugares para el pago,

el acreedor puede elegir cualquiera de ellos, siendo esta regla también de aplicación cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

Para terminar el análisis de esta norma, reiteramos que frecuentemente se pacta en contrario a lo que la misma dispone. Es práctica común que se acuerde que el pago se realice en un lugar distinto al domicilio del deudor. Por lo general y a fin de facilitar el cobro, se suele elegir el domicilio del acreedor.

Ello es así porque la regla afecta al acreedor en la medida en que le impone la carga de ir a cobrar y, por ese mismo motivo, le acarrea dificultades para pactar la mora automática.

Si el lugar de pago es el domicilio del deudor, de poco serviría que se pactara la mora automática, pues necesariamente el acreedor tendría que ir a cobrar para constituir en mora a su deudor.

Por otro lado, es importante hacer una precisión en caso las partes cambien de domicilio.

5. SUPUESTO DE CAMBIO DE DOMICILIO

El artículo 1239 del Código Civil Peruano de 1984 contempla el supuesto de cambio de domicilio. Su texto es el siguiente:

Artículo 1239.- «Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor».

Como vemos, el precepto señala que si el deudor cambiase de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Para el análisis de la norma deben tenerse presentes dos reglas del propio Código en lo referente al domicilio. Se trata de los artículos 39 y 40.

En virtud del artículo 39, el cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.

Sin embargo, la regulación que más interesa es la prevista por el artículo 40, que establece:

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.

El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio.

La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable».

Son diversos los comentarios que podemos realizar respecto de esta norma. Así, debemos empezar señalando que el plazo de treinta días podría devenir en absurdo, en la medida en que no toma en cuenta el plazo de cumplimiento de la obligación. Una lectura literal de este precepto podría llevar a sostener que si el deudor cambiase su domicilio el 1 de enero y la obligación venciera el día 2 de ese mismo mes, la ausencia de la comunicación no podría imputársele por contar con treinta días para hacerlo.

Siendo ello así, consideramos que como la lógica y los propios principios del Derecho de Obligaciones imponen, los treinta días constituyen un plazo máximo que puede ser reducido por las propias circunstancias, en la medida en que entre el cambio de domicilio y el vencimiento de la obligación exista un plazo menor.

Tampoco podemos dejar de cuestionar que en el artículo se haga referencia a la responsabilidad civil y/o penal que puede llegar a imputarse al deudor que incumpla con realizar la comunicación correspondiente. Al respecto, consideramos necesario advertir que la responsabilidad civil sólo surgiría si esa falta de comunicación generase daños o perjuicios, toda vez que se regiría por las normas generales sobre la materia; de allí que su referencia expresa carece de sentido. Por otro lado, nos extraña que se mencione la posible responsabilidad penal cuando no existe delito alguno en el que se sancione a un deudor que no comunica al acreedor su cambio de domicilio.

Por último, otro aspecto que llama la atención es que en la norma se prescribe que la oponibilidad al cambio de domicilio debe realizarse mediante comunicación indubitable. Lo cierto, sin embargo, es que tal expresión, *comunicación indubitable*, genera más dudas que certeza debido a su inherente indefinición. Frente a ello pensamos que lo idóneo, a fin de evitar posibles inconvenientes, sería que la comunicación se efectúe mediante carta notarial. Si no existiese dicha comunicación, el cambio de domicilio no tendría efecto alguno.

Debemos puntualizar que las normas sobre cambio de domicilio regirán en dos supuestos:

- a) Si las partes no hubiesen designado el lugar en que deba efectuarse el pago (en donde regirán las normas dispositivas del Código Civil que hemos comentado anteriormente).
- b) Si las partes hubiesen designado el lugar en que deba efectuarse el pago, el mismo que, con la notificación del cambio de domicilio, se estaría variando de manera unilateral.

De acuerdo a la opción prevista por el artículo 1239, a pesar de haberse producido un cambio de domicilio, el acreedor podría exigir el pago en el primero de los designados. Esta norma sería susceptible de cuestionarse si nos preguntásemos cómo podría el acreedor cobrar en el primer domicilio si allí ya no se encuentra el deudor.

No obstante, el principio bajo análisis es positivo, ya que el cambio de domicilio puede determinar que el acreedor — para cobrar la deuda — deba realizar esfuerzos mucho más onerosos que en el caso de hacerlo en el anterior domicilio. De ser éste el supuesto, naturalmente escogerá el primero. En tal caso sería injusto que por voluntad unilateral se variaran las reglas con las cuales se contrató, pues al fin y al cabo éste es uno de los extremos del contrato, ya que incluso, de no haberse estipulado nada sobre el domicilio, las normas del Código, al tener carácter dispositivo, se consideran incorporadas automáticamente al contrato celebrado entre las partes.

Pero entendemos que si el cambio de domicilio del deudor se realiza dentro de la misma circunscripción en la que se encontraba su anterior domicilio, tal cambio no podrá ser rehusado por el acreedor, pues ello constituiría un abuso del derecho.

En suma, el artículo 1239 corrobora lo expresado al analizar el artículo 1238.

La norma tiene como base que el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor. En consecuencia, ella descarta, para este caso, la estipulación en contrario, el mandato de la ley para que se realice en cierto lugar, la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso (hipótesis que sí contempla el artículo 1238).

Ahora bien, designado el domicilio del deudor como lugar del pago — y se entiende que se trata del domicilio al tiempo de contraerse la obligación —, si dicho deudor lo cambia, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo, salvo, lo repetimos, que el nuevo domicilio esté en la misma circunscripción que el anterior, caso en el cual el cambio será incontrovertible y el acreedor no podría forzar que el pago se realice en el anterior domicilio del deudor. En este último caso, el acreedor estaría prestando su asentimiento al cambio domiciliario, no obstante haberse efectuado inconsultamente por el deudor.

Existe pues perfecta armonía entre los artículos 1238 y 1239 para el pago en el domicilio del deudor — con las excepciones previstas por el artículo 1238 —, como existe la misma lógica en imponer igual regla al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor. En este último caso, designados varios lugares para el pago, el deudor puede elegir cualquiera de ellos. Lo que no pueden ni deudor ni acreedor, en sus respectivos casos, es modificar arbitrariamente su domicilio y exigir que el pago se haga en el nuevo (salvo que éste se encuentre en la misma circunscripción que el anterior domicilio). Ello quebrantaría la estructura obligacional, con evidentes perjuicios para aquél a quien le modificaron el lugar del pago.

Aquí insistimos en una reflexión adicional. La ley peruana, en el artículo 1239, sólo se refiere al cambio de domicilio por el deudor cuando éste ha sido designado como lugar para el pago. Ello significa que hay una convención sobre dicho lugar, entre el acreedor y el deudor, es decir que tal domicilio es el designado voluntariamente por las propias partes, lo que permite al acreedor exigir el pago en el primer domicilio o en el nuevo. Pero este principio, lo reiteramos, es el mismo que rige en la hipótesis supletoria prevista por la primera parte del artículo 1238: «El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor [...]». En este caso, como expresamos en su oportunidad, la palabra «domicilio» se refiere al lugar que tenía el deudor al contraer la obligación, y esta norma, fruto no de la convención pero sí de la ley, significa que si el deudor lo modifica arbitrariamente, el acreedor puede exigir el pago en el domicilio original o en el nuevo, con la salvedad formulada por nosotros.

6. SOBRE LA OPORTUNIDAD DE PAGO

Es regla general que al contraer una obligación ambas partes, acreedor y deudor, establezcan un plazo determinado para su cumplimiento. Sin embargo, el plazo también podrá ser determinable, pero sólo podrá llegar a ser indeterminado, en cuanto al término final del mismo, mas no en cuanto a su término inicial.

El propio Código Civil Peruano de 1984 contiene a este respecto una regla específica: el artículo 1240 prescribe que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Esta norma, común a muchos Códigos Civiles de nuestra tradición jurídica, subraya el carácter efímero de la relación obligatoria y denota la voluntad del legislador destinada a propiciar la extinción de la misma en el plazo más breve posible. Esto explica el sentido del precepto citado.

Ahora bien, sobre el plazo para cumplir con el pago de la obligación, Fernando J. López de Zavalía¹ indica que los contratos pueden clasificarse en aquellos de ejecución inmediata y aquellos de ejecución diferida, según como se responda a la pregunta ¿cuándo debe comenzar su ejecución?

Tal clasificación es aplicable también para el caso de la ejecución de las obligaciones en general, ya que si bien esta teoría se ha elaborado para los contratos, definitivamente éstos (de acuerdo con la corriente de opinión más moderna al respecto) se agotan al momento de su celebración, y lo único vigente es la relación jurídica patrimonial (las obligaciones surgidas de ellos).

1 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos*. Buenos Aires: Zavalía, 1984, Parte General, tomo 1, pp. 68 y 69.

Una obligación de ejecución inmediata será aquella cuya prestación comience a ejecutarse, como su nombre lo indica, inmediatamente después de nacer dicha obligación; mientras que una obligación de ejecución diferida será aquella cuya prestación comience a ejecutarse una vez transcurrido un lapso desde el momento del nacimiento de la misma.

Una obligación podría no tener ejecución inmediata en dos supuestos:

- a) Cuando se le hubiese establecido un plazo suspensivo.
- b) Cuando estuviese sujeta a condición suspensiva.

Pero ambos (el plazo y la condición) son modalidades de un acto jurídico, las cuales tienen que ser necesariamente pactadas por las partes para integrar dicho acto. En caso contrario, el acto se considerará como puro y simple.

Entonces, de acuerdo con este razonamiento, al no haberse introducido estos elementos en una relación obligacional, ya sea por ley o por voluntad de los otorgantes, el acto constitutivo de dicha obligación será puro y simple, de donde se deriva la consecuencia establecida por el artículo 1240 del Código:

Artículo 1240.- «Si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación».

Un tema que tiene directa relación con el artículo comentado es el referido al plazo de gracia.

Si la obligación autorizara al deudor para satisfacerla cuando pudiese, o cuando tuviese medios de hacerlo, los jueces, a instancia de parte, designarán el tiempo en que deba hacerlo. Es decir que corresponde al juez, en tal caso, señalar el tiempo o plazo para el pago. Es así que se considera que la obligación de pagar cuando el deudor pueda o tenga los medios para hacerlo, constituye una obligación a plazo incierto, no así una obligación condicional, pues en ningún momento el acreedor ha pensado que su derecho de acreedor se pone en duda o puede discutirse. Lo que se ha dejado en la incertidumbre es el tiempo del cumplimiento, con mayor amplitud que cuando no se indica fecha; por eso, se trata de un caso de plazo incierto.

Este tema es resuelto por el Código Civil Peruano en el primer párrafo del artículo 182, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 182.- «Si el acto no señala plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración.

También fija el juez la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalaren.

La demanda se tramita como proceso sumarísimo».

El Derecho positivo peruano se ha inclinado por la validez de las cláusulas de pago cuando el deudor así desee hacerlo, como lo demuestra el segundo párrafo del artículo 182, al establecer que el juez fija la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o un tercero y éstos no lo señalen; debiéndose tramitar dicha pretensión como proceso sumarísimo.

En conclusión, la regla del artículo 1240 del Código Civil Peruano no es absoluta. No necesariamente, cuando no hay plazo designado para el pago, el acreedor puede exigirlo inmediatamente después de contraída la obligación.

6.1. Las excepciones al 1240 del Código Civil Peruano

Hemos señalado que regla del artículo 1240 del Código Civil Peruano no es absoluta. La referida norma tiene tres notorias excepciones.

Primera: La prevista por el primer párrafo del artículo 182 del Código Civil, cuando prescribe que si el acto no señala plazo para el pago, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración. Por ejemplo, si en una obligación de hacer — construir un edificio — no se ha señalado plazo, el juez deberá fijar su duración. Pretender lo contrario, esto es el pago inmediato, constituiría un imposible. Caso distinto ocurriría si se tratara de un bien — por ejemplo una obra de arte — que el deudor, sin señalarse el plazo, se obliga a entregar al acreedor. Aquí la aplicación del artículo 1240 sería absoluta.

Segunda: La consignada en el segundo párrafo del artículo 182, cuando prescribe que corresponde al juez fijar la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo señalen.

Tercera y última: La excepción prevista por el artículo 1656 para el contrato de mutuo. El precepto establece que cuando no se ha fijado plazo para la devolución y éste no resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

El origen del artículo 1240 del Código Civil nacional que hemos analizado, es romano. Las reglas allí vigentes permitían exigir el pago de inmediato, en caso de faltar un plazo estipulado. Esta norma romana, que recogen las legislaciones alemana, suiza y brasileña de 1916, es la adoptada por el Código Civil Peruano de 1984 y por su antecedente inmediato el Código Civil de 1936.

Sin embargo, no es éste el único sistema. El Código Argentino, al igual que las legislaciones francesa y española, prescribe que a falta de plazo estipulado, éste debe ser designado por el juez. Y, a su turno, otros Códigos, singularmente latinoamericanos, señalan un término fijo, a falta de plazo pactado, para el cumplimiento de la obligación.

En nuestra opinión, la norma del Código Civil Peruano es la adecuada. El pago debe efectuarse inmediatamente después de contraída la

obligación. La intervención judicial, la misma que puede ser arbitraria, sólo entra en juego si las partes no han señalado un plazo y es evidente que el deudor requiere de él para cumplir la obligación o si su determinación ha quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo fijan.

La solución argentina, es poco práctica y se presta fácilmente para que los deudores de mala fe dilaten el cumplimiento. El precepto romano, se ha dicho, era mucho más expeditivo al disponer que el pago se exigiera de inmediato.

7. CONCLUSIONES

1. El artículo 1238 del Código Civil debe leerse e interpretarse conjuntamente con el artículo 1239 pues permite adoptar como criterio, factores de certeza y flexibilidad al cumplimiento de la obligación a través del pago.

Aunque el principio general es que la deuda se deba pagar en el domicilio del deudor, la ley prevé excepciones. En primer término, que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten como lugar del pago el que más se adapte a sus intereses. En esta materia prevalece, obviamente, la libertad contractual.

2. La regla del artículo 1240 del Código Civil Peruano no es absoluta. Cuando no hay plazo designado para el pago, no siempre el acreedor puede exigirlo inmediatamente después de contraída la obligación. La referida norma tiene tres notorias excepciones: (i) la prevista por el primer párrafo del artículo 182 del Código Civil, cuando prescribe que, si el acto no señala plazo para el pago, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, el juez fija su duración; (ii) la señalada por el segundo párrafo del artículo 182, cuando prescribe que corresponde al juez fijar la duración del plazo cuya determinación haya quedado a voluntad del deudor o de un tercero y éstos no lo señalen; y (iii) la excepción prevista por el artículo 1656 para el contrato de mutuo. El precepto establece que cuando no se ha fijado plazo para la devolución y éste no resulta de las circunstancias, se entiende que es de treinta días contados desde la entrega.

O impacto da análise econômica do contrato no Brasil: perspectivas

Marcia Carla Pereira Ribeiro*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. — Teoria clássica dos contratos. — 3. Análise econômica do contrato. — 4. Interpretação dos contratos e eficiência. — 5. Proposta de classificação dos contratos. — 5.1. Contratos negociados, formulário e de adesão. — 5.2. Contratos de subordinação e contratos empresariais. — 5.3. Externalidades significativas e não-significativas. — 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Existe uma obra de 1937, escrita por André Toulemon¹ realmente surpreendente. Embora tenha sido editada em 1937, sem dúvida tem algo a nos dizer.

O enfoque central do livro é o contrato. Categoria extremamente preciosa para o Direito e para a Economia, pois, associa-se à vinculação que se opera pela manifestação livre de vontade. Vinculação que deve conduzir a um compromisso a ser cumprido e que satisfaz, ao menos em tese, o interesse de ambos os contratantes no momento em que é formulado.

* Mestre e Doutora em Direito pela UFPR. Professora Titular de Direito Societário da PUCPR e Professora Associada de Direito Comercial da UFPR. Procuradora do Estado do Paraná. Advogada.

1 Parte dos pensamentos expressos no texto da conferência relacionam-se à produção ainda em fase de revisão de trabalhos de conclusão do módulo de disciplina de mestrado e doutorado ofertada pela autora no Programa de Pós-Graduação, no ano de 2010, mestrado e doutorado da UFPR, que conta com a participação de Marília Pedroso Xavier, Frederico Glitz e Dennis Almanza Torres.

Se inserido num ambiente estável, o contrato será considerado uma fonte de certeza em relação à conduta dos contratantes, nele descrita.

A contrário senso, imaginar uma sociedade organizada em que os contratos perdem o seu poder de vinculação, podendo ser ou não cumpridos ao bel prazer do agente, traz pensamentos sombrios sobre a potencialidade de desenvolvimento daquela sociedade.

Se o cumprimento dos contratos por si só não pode ser visto como único instrumento a conduzir ao desenvolvimento econômico e social, uma cultura de descumprimento contratual é elemento sem dúvida relevante no sentido inverso.

O ponto de partida de Toulemon (1937) e de outros doutrinadores do início do sec. XX são as transformações operadas no período das duas grandes guerras e decorrentes de seus graves efeitos econômicos e sociais. O autor teme que o desprezo aos contratos, no seu entender uma consequência de uma série de políticas moratórias implementadas na França da primeira guerra mundial e do período entre guerras — assim como em outros países de maior desenvolvimento econômico à época — produza efeitos negativos tanto em relação à parte que teve o direito sonegado ou minimizado, quanto em relação à cultura do crédito e mesmo no que e refere à eficácia dos tratados internacionais.

O livro é simplesmente profético quando assevera que o excesso de crédito poderia conduzir a uma grave crise mundial, o que efetivamente se confirmou no ano de 2009 e cujos efeitos ainda se fazem sentir por todo o mundo.

Algumas reflexões sobre a importância dos contratos para a vida em sociedade, assim como o ativismo judicial são atemporais e sugerem aprofundados pensamentos sobre a origem da sociedade, a organização dos estados e sobre o modo de produção capitalista.

É essa ligação facilmente perceptível entre o passado e o presente, entre o alarmista e o visionário, entre o desenvolvimento e a segurança numa sociedade que procura se equilibrar convivendo com diferentes formas de pensar, com escassez e demandas crescentes, com interesses privados e públicos que frequentemente esbarram e ultrapassam seus próprios limites, que inspira teorias que buscam inserir os contratos no contexto econômico e ponderar sobre a sua utilização como instrumento redutor de custos, maximizador de riquezas ou agente de transformação social.

O texto partirá de uma síntese sobre a Teoria Clássica dos Contratos e as raízes da Análise Econômica do Contrato para delinear os avanços que podem decorrer da aceitação da ferramenta da AED como instrumento auxiliar na realização, na solução de conflitos e na interpretação dos contratos, especialmente em relação à definição de sua função.

2. TEORIA CLÁSSICA DOS CONTRATOS

Toulemon (1937) associa a noção de contrato ao ideal de civilidade social. Segundo sua construção, toda a estabilidade de uma sociedade se iniciaria na vinculação das obrigações contratuais. O equilíbrio estaria na justa medida entre a proteção dos direitos individuais e os coletivos. O autor anuncia, aqui, uma necessária relação entre o contrato e a sociedade. A importância que atribui a esta relação é a de manutenção da «civilização». Assim, manter o contrato (reforçando-o) é manter a sociedade estável.

Não é sem propósito que o auge do contratualismo e do voluntarismo seja contemporâneo à formação dos Estados Modernos e à ascensão social da burguesia. Somente o contrato, ao permitir a livre circulação dos bens, promoveria a ascensão social pretendida pela nova classe abastada que os direitos hereditários e os poderes divinos confrontavam. O contrato aparece, neste momento, como um essencial agente assegurar das liberdades individuais, mesmo em face dos titulares dos poderes soberanos.

Se de um lado, hoje, pode ser simples alertar que o contrato permite operações econômicas², também existem vozes a identificá-lo como uma promessa³- instrumento ético por excelência-; como uma relação de custos⁴ ou, ainda, em seu papel normativo⁵. Há mesmo os defensores da superação do contrato em prol de uma teoria ampliada da responsabilidade civil.⁶

Há que se lembrar ainda dos autores que atribuem ao contrato também um papel social.⁷

Como se vê, o contrato pode ser tomado como algo que envolve não uma, mas diferentes funções a serem harmonizadas.

Quando assina um contrato, o cidadão abre mão de parcela de sua liberdade em troca de estabilidade (condições de um contrato e a responsabilidade que pode ser imputada ao contratante). Uma dessas liberdades é a de se obrigar, cujo contraponto é a possibilidade de responsabilização patrimonial do devedor.

Para Toulemon (1937), a quebra do paradigma contratual conduziria ao fim de um mundo civilizado.

Porém, a autonomia do contrato e seu caráter de mera manifestação

2 ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988; ALPA, Guido. *Corso di Diritto Contrattuale*. Milano: CEDAM, 2006, p. 4.

3 FRIED, Charles. *Contrato como promessa*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

4 MACNEIL, Ian R. *O novo contrato social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

5 ITURRASPE, Jorge Mosset. *Teoria general del contrato*. Rosario: Orbir, 1970, pp. 11-16.

6 GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: Ohio State University Press, 1995.

7 NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, pp. 81-82; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Reonar, 2002, pp. 205-210.

dos interesses individuais, como era conhecido no auge da era moderna, ameaça sucumbir à complexidade das relações contemporâneas. Orlando Gomes parte da complexidade da vida econômica para justificar a criação de novos instrumentos jurídicos para as relações de produção, acarretando uma redução da tradicionalmente concebida esfera da autonomia privada, mediante uma constante interferência estatal na economia e no contrato. Destaca a utilização do contrato como instrumento do mais forte e a necessidade de políticas legislativas reequilibradoras, inclusive pela adoção de um direito desigual.⁸

Porém, Toulemon (1937) inquieta-se, já àquele tempo, com relação à possibilidade de regulação do contrato, especialmente com relação ao contrato de índole empresarial, ou seja, profissional.

Entendia que a regulação se apresentaria como antagonista do respeito aos contratos, temendo por iniciativas de regulamentação abusiva, com riscos de encaminhamento para uma situação de tirania, o que representaria um ocaso da vida estável.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO

Portanto, enquanto a teoria clássica dos contratos enfatiza o seu poder de vinculação, teorias de cunho social apontam para outros papéis a serem reconhecidos aos contratos, inclusive aquele de ordem social.

Não é por acaso que o art. 421 do Código Civil Brasileiro estabelece: «A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato».

Se para o Direito a complexidade fica claramente estampada, economicamente o contrato pode ser analisado sob outra ótica.

No último terço do século XX, a economia é marcada pela constante tensão entre as correntes neoclássicas (focadas no capitalismo liberal) e correntes críticas de tendências diversas. Até meados dos anos 1970 a corrente econômica dominante concebia a Economia formada por um sistema de mercados interdependentes (Teoria do Equilíbrio Geral). Seu foco de análise seria a demonstração da existência da lei da oferta e da procura, baseando-se na hipótese de concorrência perfeita (nenhum indivíduo isoladamente poderia manipular o preço) e na hipótese de racionalidade instrumental (homo economicus: capacidade de o indivíduo fixar um preço de acordo com a utilidade das coisas). As mudanças econômicas ocorridas nos anos 70 acabam alterando apenas o foco de análise, da mercadoria para o contrato, mas não os seus pressupostos.⁹

8 GOMES, Orlando. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, 2.^a Ed., p. 72.

9 FAVEREAU, Olivier. «Qu'est-ce qu'un contrat? La difficile réponse de l'économie». In Christophe Jamin (Direc.). *Droit et économie des contrats*. Paris: LGDJ, 2008, pp. 21-39.

Em síntese, a teoria do equilíbrio econômico busca demonstrar: (i) a existência de um sistema de preço no qual a oferta e a demanda seriam iguais em cada mercado analisado isoladamente; (ii) que o sistema de preços produz uma alocação ótima de recursos. Porém, a grande dificuldade que se pode imputar à prevalência da teoria reside na aceitação absoluta da racionalidade nas relações de cunho egoístico como geradora de um previsível comportamento econômico global¹⁰.

O reconhecimento da interação de diversos fatores numa complexa organização social conduz não só à aceitação do protagonismo na economia de fatores para além da mercadoria e do contrato, desvelando-se o papel das instituições e das organizações, como também a influência dos fatores econômicos nas instituições, e, dentre elas, no Direito.

Na interação entre Economia e Direito, a teoria do law and economics é especialmente interessante: recupera alguns conceitos ricos à economia e relaciona-os ao Direito, com ênfase — mas não de forma exclusiva — na eficiência dos institutos. No campo dos contratos, por exemplo, a sanção pelo inadimplemento pode ser encarada como alternativa aos contratantes, permitindo-se a violação do contrato dentro da lógica do custo/benefício.

Abre-se, portanto, um espaço para questionamentos sobre os princípios aplicáveis ao contrato e sua compatibilização, como por exemplo, a função social do contrato em cotejo com a eficiência contratual.

4. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS E EFICIÊNCIA

Toulemon (1937) demonstra uma extrema inquietação em relação ao papel do contrato como acordo soberano de vontades e seu estrito cumprimento como forma de assegurar a moralidade e o desenvolvimento de uma sociedade. É uma visão de equilíbrio econômico pautado nas premissas de igualdade e liberdade. Em outros termos, representa a lógica liberal. Assim, enxerga a intervenção no contrato como algo pernicioso, condenando a flexibilização do vínculo contratual. O autor refuta as situações em que o Poder Judiciário se imiscua em assuntos Legislativos, especialmente quando relacionadas aos contratos.

A mudança da forma de vida em sociedade e a massificação das relações econômicas, no entanto, conduziram no decorrer do tempo a um repensar do papel do contrato. Não há como manter-se imune à velocidade das relações no mercado de consumo e até mesmo à situação de relativa fragilidade dos consumidores diante das imposições que são criadas pelo próprio mercado, fazendo com que se fizessem consagrar teorias e

10 POSTEL, Nicolas. Contrat, coercion et institution: un regard d'économiste. In Sandrine Chassagnard-Pinet y David Hiez (Direc.). *Approche critique de la contractualisation*. Paris: LGDJ, 2007, pp. 69-93.

normativas que buscam a readequação dos contratos de forma a suprir a desigualdade entre as partes. Sejam estas desigualdades na seara do conhecimento ou econômica. Aqui enquadram-se os sistemas de defesa dos consumidores e suas normas impositivas de proteção do consumidor, ou do aderente, no contrato de adesão.

Logo, aceita-se a interferência nos contratos e na livre manifestação de vontade, sem que se possa considerar, por esta razão e deste modo comprometida a forma de vida numa sociedade organizada.

A ação de reenquadramento contratual aparece ou pela via da Lei (caso no Brasil do já mencionado Código de Defesa do Consumidor, como um de seus exemplos) ou pela intervenção do Poder Judiciário, por meio de decisões que a título de interpretação dos contratos, modificam a sua estrutura originária, afastando deliberações ou suprimindo omissões do contrato.

No entanto, a grande questão a ser posta, no que se refere à ingerência no poder de disposição dos contratos privados, reside nos impactos desta postura em relação aos contratos firmados entre empresas. Nos contratos empresariais, há como se pressupor serem fruto do exercício de atividade profissional, ou seja, seus subscritores titulam, em princípio, condições de compreensão plena do teor dos pactos assinados e capacidade de suportar os seus efeitos.

Nos contratos empresariais é natural que uma das partes tenha resultado economicamente superior à outra, fruto da habilidade pessoal do beneficiado, assim como resultado da natureza da relação empresarial que necessariamente envolve risco para as partes. Neste caso, nem a Lei nem o Poder Judiciário devem interferir num contrato empresarial de forma a afastar a mais valia que decorre do acerto daquele que melhor se organizou ou se informou, para fins de definição do texto de um contrato empresarial. Interferir nos resultados, seria apagar algo de essencial aos contratos de índole profissional, inseridos num sistema de liberdade de concorrência (imperfeito, mas que permite o acesso de competidores e a escolha das estratégias), que premia o agente mais competente.

Vale dizer, o Estado, quer seja por meio de Leis ou de julgamentos, não deve atribuir um tratamento diferenciado a competidores, de forma a caracterizar hipótese de concorrência desleal, até porque, não existe a possibilidade, nos dias atuais e em sistemas democráticos, de perfeita substituição da iniciativa privada pelo Estado, financiando e dando suporte a atividades mal gerenciadas que não tenham condições de manutenção no mercado por seus próprios méritos.

No Brasil, ganharam notoriedade casos relacionados ao plantio de laranjas e de soja¹¹, envolvendo contratos que eram firmados há mais de

11 Com relação a contratos relacionados à venda de laranja: COMPRA E VENDA. Laranja. Preço. Modificação substancial do mercado. O contrato de compra e venda celebrado para o fornecimento futuro de frutas cítricas (laranja) não pode lançar des-

vinte anos entre os produtores e as agroindústrias que realizavam a revenda dos produtos no mercado internacional. Em ambos os casos, a empresa financiava a safra, pagando um preço estabelecido pelo produto no pé, disciplinando os deveres da outra parte relativamente ao plantio e colheita. Tais contratos eram considerados eficientes e adequados para ambos os contratantes, até que o preço de revenda, num determinado ano, ultrapassou em muito o preço que havia sido pago pelo produto no pé, gerando um descontentamento dos produtores, muitos dos quais procuraram o Poder Judiciário de forma a ver declarada a abusividade dos termos dos contratos firmados e um direito ressarcitório. A sucessão de decisões favoráveis aos produtores, gerou o exercício do direito de ação por parte de um grande número de produtores e várias hipóteses de condenação da agroindústria. Depois disto, a maior parte delas deixou de operar com este tipo de contrato, o que obrigou os produtores a buscar financiamentos muito mais onerosos para o plantio, reduzindo sua margem de lucro.

Tal exemplo é uma clara demonstração de que a interferência em contratos empresariais pode gerar resultados bastante superiores ao simples acerto dos direitos envolvidos (são as chamadas externalidades contratuais) e até mesmo o comprometimento de um determinado sistema produtivo.

Esta potencialidade não deve ser desconsiderada nem pelo legislador nem pelo julgador sob pena de, sob o pressuposto do benefício geral ou social da interferência, produzir-se maior dano do que benefício.

Portanto, ao se sopesar um princípio aparentemente tão atrativo quanto a função social de um contrato e de se pensar o contrato como forma de distribuição de benefícios gerais e de minimização das desigualdades, não se deve fugir a considerações sobre a natureza do contrato, a natureza dos contratantes e os potenciais impactos da decisão interventiva que se perfaz em nome do princípio.

Esta é uma das propostas que a ferramenta da análise econômica do Direito torna disponível ao jurista que não quer fugir de suas reais responsabilidades, ocultando-se por detrás de expressões e princípios muito simpáticos à opinião pública, mas que apenas mascaram ações que precisam ser tomadas no âmbito das políticas públicas e não dos contratos.

5. PROPOSTA DE CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS

Todo critério de classificação deve permitir seja atingida a natureza jurídica do contrato em questão, e, conseqüentemente, possam ser de

pesas à conta de uma das partes, o produtor, deixando a critério da compradora a fixação do preço. Modificação substancial do mercado que deveria ser suportada pelas duas partes, de acordo com a boa-fé objetiva (art. 131 do CC Comercial). Recurso conhecido e provido. STJ, Rec. Especial n.º 256.456-SP, rel. Min Ruy Rosado de Aguiar, publicado em 07.05.2001.

antemão conhecidos os seus efeitos, e, se a situação exigir, possibilitar a utilização dos mesmos critérios de interpretação, na avaliação de suas consequências.¹²

Com a modificação na utilização dos contratos, a partir da alteração das situações que visa regular, também novas categorias se impõem com base: 1. na extensão atribuída à autonomia privada quando da elaboração do contrato; 2. na natureza das obrigações que instrumentalizam; 3. na extensão de suas externalidades. Todas as especialidades que conduzem à nova proposta de classificação, ora apresentada, estão relacionadas à prática econômica.

5.1. Contratos negociados, formulário e de adesão

Os contratos negociados são os que se enquadram na categoria clássica dos contratos, fruto da manifestação da autonomia da vontade, cuja liberdade de estabelecimento de conteúdo encontra limitações exclusivamente derivadas da ordem jurídica. Os formulários, são contratos de conteúdo fixo, que, porém, admitem algum grau de manifestação de vontade do contratante, e que não está necessariamente ligado há contratação em massa, por exemplo, um contrato de construção civil, cujo modelo é apresentado pela empresa construtora, mas que é sujeito a algumas adaptações em atendimento ao interesse do contratante. Já, os contratos de adesão, como se sabe, não admitem qualquer modificação em suas condições, cabendo ao contratante exclusivamente o direito de se filiar ou não aos exatos termos do documento.

Esta classificação relaciona-se diretamente aos critérios de identificação da possibilidade de relativização dos efeitos dos contratos, especialmente pela invocação da função social. Quanto maior o grau de manifestação de vontade, menor a possibilidade de interferência do Poder Judiciário na avaliação de seus efeitos. Manifestação de vontade tomada no sentido real, vale dizer, derivada da aptidão do sujeito de conhecer os efeitos a que se está sujeitando em razão dos termos do contrato, tomando-se por base a habitualidade na categoria à qual pertence o sujeito. Desta forma, contratos negociados entre empresários não estarão sujeitos às mesmas normativas gerais de interpretação de um contrato entre um empresário e um consumidor eventual.

Nos contratos formulário e de adesão, menor será a identificação da negociabilidade, e, seguindo-se a mesma lógica, maior a possibilidade de interferência, principalmente pelo estabelecimento de normas específicas, aplicáveis a tais contratos. É o caso do 423 do Código Civil Brasileiro, que de plano estabelece a condição de interpretação das cláusulas contratuais

12 Estes e vários outros conceitos expressos no presente tópico foram extraídos do livro *Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica*, de autoria de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, Editora Elsevier, 2009.

dúbias, para os contratos de adesão, de forma semelhante àquela prevista para as relações de consumos, prevalecendo aquela que favoreça ao aderente. Não sendo hipótese de dubiedade, se provocada pelas partes, a base será a imprevisão e a onerosidade excessiva. Porém, como tais contratos comumente estão associados à prática repetitiva, as externalidades de seus efeitos são fatores adicionais a serem considerados quando da intervenção. Se o contrato foi realizado entre empresários, mais uma vez se justifica a consideração do grau de compreensão a partir do meio no qual se processa a negociação e as externalidades. Com relação às últimas é que o princípio da função social do contrato ganha importância.

5.2. Contratos de subordinação e contratos empresariais

Pelo segundo critério, considerando-se a natureza da obrigação que instrumentalizam, opta-se pela adoção de duas subespécies, os contratos de subordinação e os empresariais.

Enquadram-se nesta classificação os contratos cuja especificidade da condição do sujeito justifica um tratamento diferenciado, considerando-se a disciplina geral dos contratos. São os contratos entre consumidor e fornecedor; entre empregador e empregado; entre empresários e não-empresário; e, entre empresários.

O ponto de partida desta classificação reside na identificação normativa da condição do sujeito como fator de atribuição de tratamento diferenciado, fruto das transformações econômicas, especialmente pela facilitação da comunicação e acessibilidade aos bens e produtos e pelo caráter alimentar, em relação ao contrato de trabalho.

Os contratos de subordinação podem ou não ter um empresário num de seus polos, usualmente terá, porém, o que o caracteriza é funcionar na instrumentalização de uma relação jurídica de subordinação provocada pela condição das partes. Seriam aqui alocados os contratos associados à relação de consumo e o contrato de trabalho. A existência de disciplina específica interfere de forma fundamental já no estabelecimento do conteúdo de tais contratos, assim como na interpretação a que ficam sujeitos no Direito Brasileiro – basta observar, por exemplo, que na disciplina do consumidor a teoria da imprevisão é tratada de forma diferente daquela do Direito comum, por se dissociar da comprovação da onerosidade excessiva. Quanto à consideração das externalidades, é inversamente proporcional à predefinição normativa dos efeitos gerados por tais contratos, por consequência há pouco ou nenhum espaço à invocação do princípio da função social do contrato.

Nos contratos empresariais, tomados no sentido de contratos utilizados pelos agentes econômicos no exercício de sua atividade profissional, de forma essencial à consecução do objeto da empresa, e, que apresentem nos dois polos empresários, a existência de normativa hermenêutica específica é ínfima, ganhando destaque a potencialidade de interferência mais ampla do Poder Judiciário em sua interpretação, por aplicação dos

princípios gerais do direito contratual. Em tais contratos, em regra, as partes serão tidas como em igualdade de condições quanto à capacidade de expressar sua vontade, e, fruto de sua especificidade, o risco é um elemento indissociável de sua conformação. A existência do fator risco distancia a aplicação da imprevisão e da onerosidade excessiva como fatores justificadores de alterabilidade de suas cláusulas, salvo situações absolutamente excepcionais. Quanto às externalidades e à consequente possibilidade de invocação da função social, ganham relevância em tais contratos como decorrência da vinculação deles ao exercício da prática econômica.

Se, de um lado a função social do contrato pode ser invocada de forma mais corrente — pois seus efeitos irradiam na sociedade humana — por outro, a afastabilidade ou não do poder de vinculação do contrato, com base em sua funcionalização, precisa considerar as externalidades em suas mais variadas formas para que o adjetivo social não fique esvaziado de significado ou confundido com individual.

5.3. Externalidades significativas e não-significativas

Ainda que se considere superado o princípio da relatividade dos efeitos dos direitos, especialmente o de propriedade e os decorrentes dos contratos, há contratos nos quais as externalidades são ponderáveis e deverão intervir na tarefa de interpretação do contrato e outros em que deverão ser desconsideradas, ou porque inexistentes ou porque desprezíveis.

Nos contratos de externalidades não-significativas, a possibilidade de alteração de suas condições entre as partes não foge à invocação da imprevisão e da onerosidade excessiva. O princípio da boa-fé objetiva pode socorrer às partes contratantes se diante de uma hipótese de alteração das condições de fato que venha a afastar a possibilidade de se obter pelo contrato os efeitos socialmente reconhecidos a sua utilização. O princípio da função social do contrato não encontrará espaço de aplicação. Não que o contrato não tenha uma função em relação à sociedade humana, apenas que, em razão da inexistência ou por serem desprezíveis seus efeitos externos, ninguém estará habilitado, e por consequência, não haverá legitimados, a sua invocação. Tome-se como exemplo um contrato de prestação de serviços de jardinagem num imóvel residencial.

Nos contratos de externalidades significativas enquadram-se preferencialmente os contratos utilizados na prática empresarial. Sua natureza vinculada ao exercício da empresa, a repetição do objeto da empresa, e o encadeamento que se estabelece a partir de sua utilização, formam o campo propício à percepção do significado das externalidades. Nestas circunstâncias a função social dos contratos de tal categoria já vem pontuada na valoração legislativa, não havendo espaço à invocação da funcionalização para outros fins, que não o disposto na Lei. Para as hipóteses de contratos empresariais cujos efeitos não sejam tratados de modo especial pelo ordenamento jurídico em benefício específico de uma das partes ou

de terceiros, há o recurso ao Poder Judiciário para que identifique o cabimento ou não da relativização do contrato com base num princípio geral dos contratos.

Nestas circunstâncias surgirá o inevitável impasse entra a confirmação da vinculação contratual e a expectativa de realização da justiça no caso concreto.

Seguindo-se o encaminhamento proposto a invocação da função social nos contratos empresarias que produzam externalidades significativas em defesa dos direitos das partes do contrato representa uma impropriedade. Porém, eventualmente o efeito que se pretende obter ou coibir mediante interferência do judiciário no contrato é que pode estender-se, adquirindo uma conotação de interesse público ou social. Veja-se o exemplo comentado dos contratos de soja e de laranja e os impactos das decisões no mercado. Se as partes chegarem num acordo fica afastada a produção de efeitos negativos do contrato para as partes ou em sua externalidade, se uma das partes recorre ao judiciário instala-se uma situação de provocação para interferência na definição dos direitos e deveres estabelecidos no contrato.

Em síntese, ainda que não seja a tarefa mais simples esta de julgar um contrato que produza externalidades significativas, não menos difícil é a busca de um conceito concreto para a função social do contrato empresarial. Porém, o uso inadequado deste princípio pode se mostrar extremamente nocivo para justamente o bem que pretende proteger, ou seja, para o interesse social acompanhar a formação e a execução de um contrato.

6. CONCLUSÕES

As inquietações de Toulemon, no século passado, com relação à estabilidade das relações contratuais e a consequência das ações interventivas nos contratos não perderam sua importância. A complexidade da sociedade em que os contratos são realizados e a desigualdade entre os contratantes, aliadas às correntes que apregoam o afastamento do Estado em relação ao mercado, fizeram surgir teorias e leis que imputam aos contratos um papel que vai bem além da satisfação das vontades da parte e que, sinteticamente, podem ser resumidos pela expressão função social do contrato.

Paralelamente, a definição do que seja função social é uma tarefa árdua, especialmente quando se pretende distinguir o que é interesse coletivo do interesse dos grupos que se expressam em nome da coletividade. E, ainda, a categoria contrato não pode ser tomada como um todo, pelo que se propõe uma classificação que possa servir de base para a interpretação dos contratos, inclusive quanto à extensão de sua função.

A diversificação dos contratos não apenas em razão de sua tipificação ou como decorrência da liberdade de contratar, significa modernamente mais do que se utilizar uma modalidade contratual conhecida

ou criada, significa a aceitação de diversos enquadramentos contratuais nos quais os elementos neles reconhecíveis são diferentes não apenas na forma ou nome, mas sobretudo em sua causa e sua função.

A aceitação dos contratos formulários ou de adesão, associados às necessidades que decorrem da estrutura econômica na qual serão utilizados como instrumento de aproximação de interesses, e, eventualmente, de sua harmonização, faz com que hoje haja condições para a utilização de contratos tradicionais, nos quais as partes efetivamente encontraram espaço para manifestação de seus interesses e vontades, e contratos standardizados, considerados criados pela mera presunção a partir de condutas valoradas pelo ordenamento jurídico como aptas a gerar vínculo obrigacional.

Também a natureza da relação jurídica matriz do contrato, e a condição das partes, além da finalidade de contrato, não podem ser desconsiderados na atividade hermenêutica, já que podem ser utilizados como critério de enquadramento dos contratos e servir de linha comum de interpretação.

A categorização dos contratos, especialmente ao se privilegiar o último dos critérios apontados, qual seja, como e para que finalidade foram os contratos adotados, a partir do reconhecimento que lhes é atribuído pela ordem jurídica, em face de sua aceitação social, torna-se indispensável à tarefa de interpretação do contrato na hipótese de diversidade de reivindicações a partir de um só contrato e em detrimento da literalidade do pacto assumido pelas partes. Nesta análise a consideração das externalidades, como expressão mais palpável do princípio da função social do contrato, desponta como elemento essencial à prestação da justiça.

A utilização da classificação dos contratos é um instrumento - não único, porém importante instrumental - de sua interpretação, assim como a percepção da ferramenta da análise econômica, utilizada em proveito da eficiência econômica indispensável a que se atinja a desejada eficiência social.

LA TRANSACCIÓN COMO CONVENCIÓN DE FIJACIÓN DE CERTEZA*

Benjamín Moisés**

SUMARIO: 1. Concepto. — 2. Elementos. — 3. Naturaleza jurídica. — 4. Metodología. — 5. Caracteres. — 6. Clasificación. — 7. Requisitos. — 8. Efectos. — 9. Nulidad. — 10. Conclusiones.

1. CONCEPTO

En los términos del artículo 832 del Código Civil argentino: «La transacción es un acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas».

* Publicado en Revista Jurídica *La Ley*, Buenos Aires, 15 de agosto de 2011, tomo 2011-D, año LXXV, n.º 154.

** Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Juez de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial Común del Centro Judicial de la Capital de la Provincia de Tucumán (Argentina). Ex Juez de la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste de la Provincia del Chubut (Argentina). Premio «Dalmacio Vélez Sársfield» (Tesis Sobresalientes 2003), otorgado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Premio «Facultad» (Medalla de Oro), otorgado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán al egresado con mejor promedio de la carrera de Abogacía (Argentina) Secretario del Instituto de la Región Noroeste Argentino de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Profesor internacional invitado del Doctorado y de la Maestría en Derecho de la Universidad de Medellín (Colombia). Académico Correspondiente de la Academia Ecuatoriana de Derecho Societario (Ecuador).

Esta definición legal, aunque superior a la del artículo 2044 del Código francés,¹ no deja de ser imprecisa e incompleta: por un lado, porque lo decisivo en la transacción no es extinguir obligaciones, aunque a veces así lo haga, sino poner fin a la incertidumbre sobre relaciones jurídicas litigiosas o dudosas; por otro, porque su campo de acción no se limita a las relaciones jurídicas obligacionales sino que se extiende a los derechos reales, intelectuales e incluso a ciertos derechos extrapatrimoniales (*v. gr.*, artículo. 843).

Precisando el concepto, *transacción*² es una convención específica que se define por el *fin* perseguido y por los *medios* escogidos para alcanzarlo: el *fin*, dar certeza a una relación jurídica litigiosa o dudosa; los *medios*, concesiones recíprocas entre las partes.³ Podemos decir, entonces, que *la transacción es una convención, por la cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, dan certeza a relaciones jurídicas dudosas o litigiosas, previniendo*

1 Artículo 2044. «La transacción es un contrato por el cual las partes ponen fin a un litigio ya existente, o previenen un litigio futuro. Este contrato debe ser redactado por escrito».

Artículo 2044. «La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître.

Ce contrat doit être rédigé par écrit».

Paul Pont, continuador de la obra de Víctor Marcadé, observa: «Esta definición, extraída del proyecto propuesto por el Tribunal de casación, que la tomó de la definición de Domat, es incompleta y no debe ser tomada al pie de la letra. Ella es demasiado amplia; ella carece de precisión, en cuanto deja en el olvido los caracteres propios de la transacción, y no hace conocer los elementos por los cuales este contrato se distingue de otras operaciones que, tales como la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, pueden igualmente conducir sea a prevenir, sea a terminar un proceso. Es en consecuencia necesario ampliar la definición de la ley y completarla. Se está generalmente de acuerdo sobre el punto; y, por nuestra parte, definimos a la transacción como: 'un contrato por el cual las partes, *tratando sobre derechos litigiosos*, ponen fin a un litigio ya existente o previenen un litigio futuro, *por medio de concesiones o de sacrificios recíprocos*'» (Pont, Paul, en Marcadé, Victor Napoléon - Pont, Paul, *Explication théorique et pratique du code civil*, 2ª ed., t. IX, p. 244, n.º 457, Delamotte, Paris, France, 1878).

2 Etimológicamente, según nos informa Joan Coromines, la palabra transacción aparece en nuestra lengua hacia 1597, proviniendo del latín *transactio*, -onis, derivado de *transactus*, participio de *transigere*; de la pronunciación vulgar *transacción* se ha sacado en América el verbo *transar* por *transigir* (COROMINES, Joan. *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, p. 551, lema «transigir», Del Nuevo Extremo - Gredos, Buenos Aires, Argentina, 2009).

El Nuevo Valbuena, con cita de Ulpiano, define *transactio*, -onis como ajustamiento, convención entre los litigantes sobre una cosa dudosa y no definida; a continuación, en una segunda acepción, esta vez con cita de Tertuliano, nos dice que es el fin o conclusión de un negocio (SALVÁ, Vicente. *Nuevo Valbuena o diccionario latino-español formado sobre el de don Manuel Valbuena por don Vicente Salvá*, 14.ª Ed., p. 862, lema «transactio, -onis». París: Garnier, 1868).

3 Cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Tratado de derecho civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1987, tomo III, n.º 1804, pp. 71 y ss.

litigios futuros o poniendo fin a los ya existentes entre ellas. Cabe destacar, asimismo, que con las concesiones recíprocas se pueden crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas distintas de aquellas que han formado el objeto de la controversia entre las partes.⁴

2. ELEMENTOS⁵

4 El Código Civil italiano, tomado como base para la definición propuesta, dice: Artículo 1965.- Noción. «La transacción es el contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a una *litis* ya iniciada o previenen una *litis* que puede surgir entre ellas.

Con las recíprocas concesiones se puede crear, modificar o extinguir también relaciones diversas de aquellas que han formado el objeto de la pretensión y de la contestación de las partes».

Artículo 1965.- Nozione. «La transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro.

Con le reciproche concessioni si possono creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti».

5 Generalizando las enseñanzas de Pothier con respecto al contrato, en todo acto jurídico podemos distinguir tres clases de elementos: 1.º) los elementos esenciales (*essentialia negotii*), es decir, aquéllos sin los cuales el acto no puede existir (*essentialia communia*), o es otro acto (*essentialia propria*); 2.º) los elementos naturales (*naturalia negotii*), es decir, aquéllos que sin ser de la esencia del acto, en caso de silencio de las partes, esto es, no incluidos ni excluidos de un modo expreso por ellas, forman parte de él por pertenecer a su naturaleza; y 3.º) los elementos accidentales (*accidentalita negotii*), es decir, aquéllos que, no siendo de la naturaleza del acto, son incorporados por las partes mediante una cláusula especial (cfr. POTHIER, Robert Joseph. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Heliasta, 1993, n.º 5 y ss., pp. 14 y ss., versión directa del *Traité des obligations*, según la edición francesa de 1824, publicada bajo la dirección de M. Dupin, corregida y revisada por M. C. de las Cuevas. En igual sentido, puede verse Mackeldey, Ferdinand, *Manuel de droit romain*, p. 97 y s., § 160, Société Typographique Belge, Bruxelles, Belgique, 1841, traduit de l'allemand par Jules Beving; o en español, *Elementos del derecho romano*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Literaria y Tipográfica, 1844, pp. 98 y ss., § 166, tr. anónima).

La precedente tripartición, común entre varios juristas del siglo XVI, según lo destaca Pothier en el lugar citado, sería el producto de una interpolación a un texto del Digesto (XIX, I, 11, § 1), como lo hace notar López de Zavalía (LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo. *Teoría de los contratos*. Zavalía: Buenos Aires, 1997, 4.ª Ed., tomo I, pp. 70 y ss., nota 1).

Según Savigny, en toda declaración de voluntad o negocio jurídico deben tenerse en cuenta tres elementos: la voluntad en sí misma, su declaración y la conformidad entre ambas. A ello falta agregar el fin inmediato de engendrar o destruir una relación de derecho, lo que distingue el negocio jurídico del simple acto libre (cfr. VON SAVIGNY, Friedrich Karl. *Sistema del derecho romano actual*. Madrid: F. Góngora y Cía., 1879, tomo II, p. 213, § CXIV, traducido del alemán por Guenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley).

Concebido, entonces, el acto jurídico (negocio jurídico) como el hecho voluntario lícito que tiene como fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas

Sin perjuicio de los *elementos esenciales comunes* a todo acto jurídico — sujeto, objeto, causa final y forma —, de la definición propuesta resulta que para que exista transacción son indispensables tres *elementos esenciales propios*, a saber: a) un acuerdo de partes; b) una relación jurídica litigiosa o dudosa; y c) concesiones recíprocas.

2.1. Acuerdo de partes

La transacción como especie del género convención, esto es, como acto jurídico bilateral, requiere para su existencia un acuerdo de voluntades entre las partes —o, como dice el artículo 946, el «consentimiento unánime de dos o más personas»— con una finalidad jurídica específica, en el caso, poner fin a la incertidumbre sobre relaciones jurídicas dudosas o litigiosas. Sin acuerdo de partes no hay transacción, sin perjuicio de que pueda haber un acto jurídico unilateral como, por ejemplo, un reconocimiento, una ratificación, una confirmación o un desistimiento —en este último caso, en los supuestos en que es unilateral: desistimiento del derecho o desistimiento del proceso antes de notificada la demanda—. ⁶

2.2. Relación jurídica litigiosa o dudosa (*res dubia*)

Una relación jurídica litigiosa o dudosa (*res dubia*) es una condición esencial para la existencia de la transacción, pues, como dice Ulpiano: «El que transige, transige como sobre cosa dudosa y litis incierta y no terminada». ⁷ La duda puede recaer sobre la existencia de un derecho, sobre su nacimiento (*v. gr.*, sobre el acaecimiento de una condición), sobre su extensión, etc. Una transacción hecha sobre derechos que no tienen absolutamente nada de dudosos, o sobre pretensiones evidentemente sin ningún fundamento, deben ser consideradas, sea como carentes de *objeto*, sea como desprovistas de *causa*, y por consiguiente como sin valor. Pero el temor razonable de un proceso todavía no entablado, o la menor duda sobre el resultado de un proceso ya iniciado, es suficiente para servir de causa a una transacción, aunque las partes no hayan tenido motivos suficientes para creer que las pretensiones o los derechos de una de ellas, pudieran ser contestados o demandados, con alguna esperanza de éxito. ⁸

(artículo 944), para nosotros los *elementos esenciales comunes* a todo acto de esta especie son cuatro: sujeto (persona), objeto (fin inmediato: operación jurídica — *intentio iuris* —), causa final o finalidad (fin mediato: razón determinante, tanto objetiva o abstracta como subjetiva o concreta — *intentio facti* —) y forma (exteriorización de la voluntad).

6 Cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1809, t. III, pp. 81 y ss.

7 «Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit» (Ulpiano, Digesto, II, XV, 1).

8 AUBRY, Charles et RAU, Charles. *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacha-*

Es decir que, para la validez de la transacción, es suficiente que el derecho sea dudoso en el pensamiento de las partes que transigen, aunque el mismo no presentara ese carácter a los ojos de un tercero desinteresado o de un especialista. En otros términos, la cuestión de saber si el derecho que hace al objeto de la transacción es o no dudoso, debe ser apreciada de una manera totalmente subjetiva. De ahí que se hable de una *duda subjetiva* por oposición a una *duda objetiva*, entendiéndose por esta última la que resulta para todo el mundo, para un juez o para un jurisconsulto.⁹

Por lo demás, el trato hecho sobre derechos que no tienen absolutamente nada de dudosos, puede, aunque ineficaz como transacción, valer, según las circunstancias, como una simple renuncia.¹⁰

2.3. Concesiones recíprocas

Las concesiones recíprocas son quizá el requisito más característico de la transacción como tal, permitiendo distinguirla de otras figuras jurídicas como el reconocimiento y la renuncia. Esta exigencia se remonta al *Codex*, según el cual: «En manera alguna se verifica la transacción sin que nada se dé, se retenga o se prometa».¹¹ Además de la referida fuente romana, Vélez Sársfield en la nota al artículo 832: en primer término, cita el § 418 de Aubry y Rau, donde las concesiones recíprocas aparecen como una condición esencial de la transacción;¹² luego, se refiere a los códigos de Prusia¹³ y de Austria¹⁴ para justificar el requisito en su definición; y finalmente, aunque guarde silencio al respecto, casi con seguridad podríamos afirmar que también tuvo presente lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 1201 del *Esboço* de Freitas,¹⁵ guía permanente de nuestro codificador.

riae. París: Marchal et Billard, 1920, 5.ª Ed., t. VI, p. 191, § 418. En la 3.ª Ed., que es la seguida por nuestro codificador, véase igual parágrafo en el t. III, pp. 475 y ss.

9 BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel et Wahl, Albert. *Traité théorique et pratique de droit civil*. París: Larose & Tenin, 1907, t. XXIV, p. 634, n.º 1202.

10 AUBRY, Charles et Rau, Charles. *Op. cit.*, 5.ª Ed., t. VI, p. 192, § 418.

11 «Transactio, nullo dato vel retento seu promisso, minime procedit» (Diocleciano y Maximiano, *Codex*, II, IV, 38).

12 AUBRY, Charles et Rau, Charles. *Cours de droit civil français d'après l'ouvrage de C. S. Zachariae*. París: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence, 1856, 3.ª Ed., t. III, pp. 476 y ss., § 418.

13 Véase el § 405 de la Sección 8, del Título XVI, de la Parte I del Código General Territorial para los Estados de Prusia (1794).

14 Véase el § 1380 del Código Civil austriaco, en el que la transacción es considerada como una especie de novación.

15 Artículo 1201.- «No habrá transacción:... 2.º Cuando se renunciare derechos, sin que de la otra parte haya también alguna renuncia, o haya alguna prestación. Una renuncia sin recompensa es una *remisión*, y no una transacción».

Artículo 1201.- «Não haverá transacção:... 2.º Quando se renunciar direitos, sem que da outra parte haja também alguma renuncia, ou haja alguma prestação. Uma re-

En nuestro derecho positivo no deben confundirse las *concesiones recíprocas*, exigidas por la naturaleza de la transacción, con las obligaciones recíprocas, pues, mientras éstas son siempre patrimoniales, aquéllas pueden ser además extrapatrimoniales (artículo 843).¹⁶

3. NATURALEZA JURÍDICA

Sobre la naturaleza jurídica de la transacción existen básicamente dos posiciones en la doctrina nacional, a las que nosotros agregamos una tercera:¹⁷ una primera postura considera que la transacción es una *conven-*

nuncia sem recompensa é uma remissão, e não uma transacção». (FREITAS, Augusto Teixeira. Código Civil. Esboço. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert, 1860, pp. 527 y ss.).

16 Véase *infra*, nota 53.

17 Para poder pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de la *transacción*, previamente resulta imprescindible que hagamos lo propio con la naturaleza del *contrato* y de la *convención*. Sobre esta cuestión, ya clásica entre los civilistas, la doctrina básicamente se encuentra dividida en tres posiciones que tradicionalmente han sido identificadas como tesis amplia, tesis restringida y tesis intermedia.

La *tesis amplia* —por todos, López de Zavalía—, mayoritaria entre nosotros, afirma que son contratos todos los *actos jurídicos bilaterales patrimoniales*, cualquiera sea el efecto que persigan (crear, modificar, transferir, extinguir) y cualquiera sea la clase de derechos patrimoniales sobre los que incidan (personales, reales, intelectuales). El campo de las convenciones queda reducido así a los actos jurídicos bilaterales extrapatrimoniales.

La *tesis restrictiva* —por todos, Lafailleu circunscribe el uso del término contrato a los *actos jurídicos bilaterales creadores de obligaciones*, denominando a los demás convenciones.

La *tesis intermedia* —por todos, Llambías—, a la que nosotros adherimos, coincide con la amplia en cuanto a la variedad de efectos del contrato (crear, modificar, transferir, extinguir), pero circunscribe su campo de acción al *obligacional*. Entiéndase bien que ello de ningún modo implica negar la participación del contrato en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos reales, sino simplemente afirmar que, por sí solo, no puede producir esos efectos: en el sistema de nuestro Código, por regla general, se requiere además la *tradición* de la cosa para que el contrato pueda producir efectos reales.

Para justificar su adhesión a la tesis amplia, López de Zavalía argumenta con la amplitud de la letra del artículo 1137 y estima que, para definir el contrato, no son decisivos ni la etimología, ni la ubicación metodológica del instituto, ni las expresiones vertidas en la nota al referido artículo.

Por nuestra parte, a diferencia del recordado comprovinciano y distinguido maestro tucumano, consideramos que, al respecto, más que la letra de un artículo, resulta determinante el sistema adoptado por nuestro Código con relación a la transmisión de los derechos reales (artículo 577), que no es otro que el clásico romano del *título* y el *modo*. Por lo tanto, una concepción tan amplia del concepto de contrato, que le atribuya efectos reales, lleva inevitablemente a confundir el título —contrato— con el modo —tradición— de la transmisión de los derechos reales, y de alguna manera también a confundir estos derechos con los personales.

Además, como bien lo destaca Llambías, mientras en los derechos creditorios, salvo el orden público y los intereses de terceros (artículos 21 y 953), predomina el principio de la *autonomía de la voluntad* (artículos 53, 910 y 1197); por el contrario, en los

ción extintiva; otra, ampliamente mayoritaria, entiende que la transacción es un *contrato*; por nuestra parte, por las razones que daremos a continua-

derechos reales y en los derechos de familia, salvo algunas excepciones relacionadas con los primeros (*v. gr.*, artículos 3000, 3019 y 2952), predomina un *régimen estatutario* fundado en el orden público (artículo 2502).

En la cuarta edición de su *Teoría de los contratos*, anticipándose sagazmente a la crítica de que «los textos no se leen aislados», López de Zavalía hábilmente invierte la carga de la prueba y sostiene que quienes —como nosotros— pretenden negar la amplitud de la letra del artículo 1137 deben demostrar sus aserciones.

No obstante la indiscutida autoridad de nuestro ilustre maestro, respetuosamente observamos que: a) el artículo 577 y su nota no dejan duda sobre el sistema adoptado por nuestro código —título y modo— para la transmisión de los derechos reales; y b) el sistema de un código no se juzga ni se compromete por cuestiones *accesorias* —*v. gr.*, derechos reales de garantía de un crédito, como la hipoteca—, *excepcionales* —*v. gr.*, artículos 3000, 3019 y 2952— o por sus *inconsecuencias terminológicas* —*v. gr.*, artículo 3135—.

Particularmente, en cuanto a la tradición, como especie del género pago que permite convertir un *ius ad rem* en un *ius in re* (artículo 577), estamos convencidos de que no es un contrato sino una convención —o mero acto jurídico bilateral— patrimonial por las siguientes razones: a) el contrato es un acto jurídico bilateral patrimonial de contenido normativo —«acuerdo» y «ley»— (artículos 1137 y 1197), mientras el pago es un acto jurídico bilateral patrimonial de cumplimiento, limitándose a una actividad positiva o negativa (*arg.* artículos 725 y 945); y b) el contrato es regido por el principio de voluntariedad —los contratantes, en principio, son libres de contratar o no— (artículo 897), mientras el pago está dominado por el principio de obligatoriedad —el deudor está obligado a pagar al acreedor— (artículo 505). Por lo demás, específicamente con relación a la tradición, no basta el simple acuerdo de voluntades para perfeccionarla, sino que la materialidad del acto de entrega hace a su esencia.

Quizá las apreciaciones del gran maestro tucumano sean válidas dentro del *consensualismo* francés o italiano, pero, definitivamente, no dentro de un sistema de *neto corte romano* como el nuestro que, aun después de la reforma de la Ley n.º 17.711, requiere de la tradición para que se opere la transmisión de los derechos reales. Obsérvese, por lo demás, que el sistema alemán, tan elogiado por su buena técnica, mantiene el requisito de la tradición respecto de las cosas muebles, aunque en materia de inmuebles lo haya reemplazado por la inscripción registral constitutiva.

En suma, con respecto a los principales supuestos que se han prestado a polémica en la doctrina, para nosotros, ni el matrimonio —actualmente ya no hay discrepancias sobre el punto—, ni el pago, ni la tradición, son contratos: en el primer caso, estamos en presencia de un acto jurídico complejo —convención extrapatrimonial más intervención del funcionario público a cargo del Registro Civil—; en los últimos, en presencia de convenciones patrimoniales que no son contratos. El interés de la distinción radica en la aplicabilidad o no de la exigencia probatoria establecida por el artículo 1193 para los contratos de más de \$10.000, hoy la ridiculez de \$0,000000001, según el signo monetario vigente y por efecto de la exorbitante inflación padecida en nuestro país desde 1968, año en que fue modificado el artículo por la Ley n.º 17.711. La cuestión no es menor si se tiene en cuenta que, en los hechos, por la circunstancia apuntada, en la actualidad todos los contratos deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos.

Sobre todo lo precedente, véase: LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo. *Op. cit.*, t. I, pp. 9 y ss.; LLAMBLAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, t. I, p. 74, n.º 52, nota 2, y t. III, p. 77, n.º 1807, nota 183; BUSSO, Eduardo B. *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Ediar, 1955, n.º 72, t. V, p. 296.

ción, estimamos que la transacción no es un contrato sino una *convención de fijación de certeza (negozio di accertamento)*.

3.1. Convención extintiva o liberatoria

Un importante sector de nuestra doctrina,¹⁸ influenciado por lo preceptuado en el artículo 1101 del Código de Napoleón¹⁹ y por la opinión de sus primeros comentaristas,²⁰ reserva el nombre de *contrato* para las convenciones que *crean* obligaciones; y, por lo tanto, como la *transacción*

18 Por todos, LAFAILLE, Héctor. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Ediar, 1947, n.º 475, t. I, pp. 399 y ss.

19 Artículo 1101.- «El contrato es una convención por la cual una o varias personas se obligan, con una o varias otras, a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa».

Artículo 1101.- «Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose».

20 Ya Marcadé, críticamente, explica que la definición que este artículo da de contrato, y que le era conveniente (poco más o menos) en otro tiempo, es profundamente inexacta y demasiado estrecha en el sistema del Código de Napoleón, que ha ensanchado singularmente el sentido de la palabra contrato, y la ha hecho volverse sinónimo de la palabra convención.

Los objetos posibles de una convención — continúa el autor francés — varían hasta el infinito; pero ellos entran todos en un muy reducido número de categorías. Antaño eran dos, a las que el Código ha añadido una tercera. En el derecho romano y en la antigua jurisprudencia, la convención ha tenido siempre por objeto: 1.º) crear obligaciones, o 2.º) extinguir obligaciones preexistentes. Pero hoy en día, la convención puede, además, tener por objeto, y por efecto inmediato, 3.º) transferir la propiedad (artículo 1138, Cód. Civ. francés).

Las convenciones son así, en el derecho galo, o 1.º) creadoras de obligaciones, o 2.º) extintivas de obligaciones, o 3.º) traslativas de la propiedad o de los desmembramientos de la propiedad. De estas tres clases de convenciones, sólo la primera debería, rigurosamente, recibir el nombre de contrato; ya que siempre por contratar se ha entendido obligarse, imponerse un vínculo, someterse a una obligación; de suerte que el contrato era la convención obligatoria, la convención que produce obligación. Pero el Código francés, en el lenguaje nuevo que él adopta, confunde el contrato con la convención. Por ello, todas las convenciones son contratos, y como confunde además el contrato con la obligación que de él deriva, se sigue que la obligación, el contrato y la convención devienen frecuentemente en sus textos expresiones sinónimas que representan una sola y misma idea.

De acuerdo, entonces, a esta confusa terminología del Código de Napoleón se puede admitir sin ningún peligro que contrato y convención sean expresiones sinónimas; y se tendrá en consecuencia tres clases de contratos: los contratos productores de obligaciones, los contratos extintivos de obligaciones y los contratos traslativos de la propiedad.

Pero, concluye Marcadé, desde el momento en que se amplía así la antigua naturaleza del contrato, está claro que él necesita ampliar también su definición a aquellos casos que antes eran de convención. Esto es lo que los redactores, en su marcha ilógica y sin método, no han comprendido (MARCADÉ, Victor Napoléon. *Explication théorique et pratique du code civil*. París: Delamotte, 1892, 8.ª Ed., n.º 383, t. IV, p. 351).

no crea las obligaciones a las que se refiere, considera que no es un contrato sino un acto jurídico extintivo de obligaciones, esto es, una *convención extintiva o liberatoria*.

Sin embargo, olvidan estos autores que el mismo Código francés, invocado para sostener su postura, define a la transacción como un contrato (artículo 2044),²¹ y que, metodológicamente, legisla sobre ella como un tipo especial de contrato.

3.2. Contrato

Otra tendencia, notoriamente dominante en nuestro país, sosteniendo un concepto amplísimo de *contrato*, en concordancia con el artículo 1321 del Código Civil italiano,²² considera que la *transacción* encuadra dentro de la categoría por adecuarse a la letra del artículo 1137 de nuestro Código Civil, en la cual quedaría comprendido todo acto jurídico bilateral patrimonial.²³

Pero, lógicamente, basta con que la definición no abarque a uno solo de los individuos del conjunto que pretende englobar para que ya no se trate de esa especie, sino de otra más amplia y comprensiva de todos. Por lo tanto, ni positiva ni dogmáticamente, la transacción puede ser un contrato, incluso entendido éste en su sentido más amplio: positivamente, el artículo 843 contempla el caso de una transacción que, al carecer de contenido patrimonial, excede la definición de contrato;²⁴ dogmáticamente — más allá de las regulaciones positivas —, la transacción, al tener como finalidad dar certeza a relaciones jurídicas dudosas o ya litigiosas, tiene *vocación universalista*, es decir, tiende a comprender todas las relaciones jurídicas dudosas o litigiosas, sean éstas patrimoniales o extrapatrimoniales, siempre que no se encuentre comprometido el orden público.

3.3. Convención de fijación o declarativa de certeza. Nuestra opinión

Para nosotros, coincidiendo con Llambías, *acto jurídico*, *convención* y *contrato*, son expresiones de la voluntad que están en una línea progre-

21 Véase *supra*, nota 1.

22 Artículo 1321.- Noción. «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial». Artículo 1321.- Nozione. «Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale».

23 Véase *supra*, nota 17.

24 Artículo 843.- «No se puede transigir sobre cuestiones de validez o nulidad de matrimonio, a no ser que la transacción sea a favor del matrimonio». Piénsese en el caso en que uno de los cónyuges demande al otro por divorcio y éste, a su vez, reconvenga a aquél por nulidad del matrimonio, transigiéndose el litigio a favor de la validez del matrimonio mediante el desistimiento recíproco de las acciones. Al no tener contenido patrimonial, tal transacción no puede ser un contrato. El precedente ejemplo, ocurrentemente, fue propuesto por nuestro amigo Fernando López de Zavalía (h), en ocasión de un intercambio de ideas sobre la cuestión.

siva de especificación. Así: el concepto más amplio es el de *acto jurídico*, que se refiere al hecho voluntario lícito efectuado con el fin inmediato de establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar, o aniquilar derechos (artículo 944); dentro de este género, la especie *convención* abarca los actos jurídicos bilaterales (artículo 946); y finalmente, dentro de esta especie, los *contratos* son una subespecie caracterizada por su contenido obligacional, es decir, son convenciones que crean, modifican o extinguen obligaciones, tomada esta última expresión en su sentido técnico. Además, por la teoría del título y del modo, los contratos participan en la constitución y transmisión de derechos reales, pero quedando bien en claro que sus efectos son meramente obligacionales. Nos parece que ésta es la posición que mejor concilia con el sistema de nuestro código.²⁵

Sentado lo precedente, lo decisivo para sostener que la transacción no es un contrato sino una *convención* es la posibilidad, si bien excepcionalísima, de que su objeto pueda ser extrapatrimonial (artículo 843). Consecuentemente, si la definición de contrato le queda estrecha, no hay otra alternativa que encuadrar la transacción dentro de su género próximo, esto es, dentro de la convención o acto jurídico bilateral (artículo 946).

Ahora bien, establecido ya que la transacción es una convención, nos resta entonces determinar su especie dentro de ese género, y para esto debemos recurrir a su finalidad. Atendiendo a ella, la transacción es para nosotros una *convención de fijación de certeza*, esto es, una especie de lo que en la doctrina italiana se conoce como *negozio di accertamento*. Carnelutti, a quien seguimos sobre esta cuestión, distingue tres tipos de estos negocios: renuncia, reconocimiento y transacción.²⁶ El medio empleado para obtener la finalidad, esto es, las *concesiones recíprocas* entre las partes, es lo que permite distinguir la transacción de las otras dos especies, sin perjuicio de que, además, el reconocimiento es un acto jurídico unilateral a diferencia de la transacción que es bilateral.

Alguien podría decir que la cuestión carece de interés práctico, sobre todo en nuestro derecho positivo en el que la transacción es asimilada a un contrato (artículo 833); sin embargo, para quienes intentamos de alguna manera hacer ciencia, nos basta con el estímulo del interés teórico, pues, a la corta o a la larga, la teoría termina repercutiendo sobre la práctica y viceversa.

25 Véase *supra*, nota 17.

26 CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: E.J.E.A, 1959, tomo I, pp. 110 y ss., n.º 60, tr. Santiago Sentís Melendo.

4. METODOLOGÍA

En líneas generales, la gran mayoría de los códigos del mundo, no apartándose en esto de la tradición francesa, han tratado la transacción como si fuera un tipo especial de contrato. Nuestro Código civil, siguiendo al *Esboço* de Freitas, lo ha hecho al considerar las obligaciones en general, específicamente en la sección que se ocupa de la extinción de las obligaciones, lo cual ya representa un gran avance con relación al método precedente. Empero, de acuerdo con lo que diremos seguidamente, nos parece más apropiado que la transacción sea ubicada metodológicamente entre los *actos jurídicos*, como un modo *modificar* cualquier tipo de relación jurídica dudosa o litigiosa, sacándola de su incertidumbre.

4.1. Tipo especial de contrato

El Código Civil francés, a pesar de su concepto restringido de contrato (artículo 1101),²⁷ considera a la transacción como si se tratara de un tipo especial de esta figura (artículo 2044 y ss.).²⁸ El Código italiano adopta idéntica solución (artículo 1965 y ss.),²⁹ aunque siendo en esto más consecuente que su par francés si se tiene en cuenta su amplísima definición de contrato (artículo 1321).³⁰ No es distinto el método del Código Civil alemán,³¹ llamando la atención la parquedad de su regulación: un solo párrafo comprende la definición de transacción y trata del error sobre las bases del negocio (§ 779).³²

Como hemos dicho ya, la transacción no es un contrato, por lo que

27 Véase *supra*, nota 19.

28 Libro III, Título XV.

29 Libro IV, Título III, Capítulo XXV.

30 Véase *supra*, nota 22.

31 Libro II, Sección 8, Título 21.

32 § 779. Noción de transacción, error sobre la base de la transacción. «(1) Un contrato, por el cual un litigio o incertidumbre de las partes concerniente a una relación jurídica es resuelta por medio de concesiones recíprocas (transacción), es ineficaz, cuando el estado de cosas tomado como base según el contenido del contrato no corresponde a la realidad, y el litigio o la incertidumbre no hubiera tenido lugar si las partes hubieran conocido tal estado de cosas.

(2) A la incertidumbre concerniente a una relación jurídica, debe asimilarse el caso de una demanda poco segura».

§ 779. Begriff des Vergleichs, Irrtum über die Vergleichsgrundlage. «(1) Ein Vertrag, durch den der Streit oder die Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege gegenseitigen Nachgebens beseitigt wird (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalt des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde.

(2) Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist».

metodológicamente resulta inapropiado tratarla en el lugar destinado a ellos. Aun admitiéndose por vía de hipótesis que la transacción fuera un contrato, su ubicación entre los tipos especiales de contratos es incorrecta, pues se trata de una figura proteica que, como parte de las concesiones recíprocas que la caracterizan, puede combinar elementos propios de distintos tipos contractuales.

4.2. Modo de extinción de las obligaciones

El Código Civil argentino al tratar de la transacción entre los modos de extinguir las obligaciones (artículo 832 y ss.),³³ en lo cual ha seguido el *Esboço* de Freitas (artículo 1196 y ss.),³⁴ ha avanzado significativamente con respecto al método instaurado por el *Code Napoléon*, pues, para una convención de objeto tan amplio como es la transacción, la teoría general de la obligación es una ubicación más acorde que la de los contratos en particular.

Sin embargo, al extenderse el objeto de la transacción a los derechos reales, intelectuales e incluso a los derechos de familia, lo que excede ampliamente el ámbito obligacional, el método de nuestro Código resulta todavía defectuoso.

4.3. Actos jurídicos. Nuestra opinión

Teniendo la transacción por finalidad terminar con la incertidumbre de cualquier relación jurídica dudosa o litigiosa, en concordancia con el Anteproyecto de 1954, nos parece que el lugar apropiado para su tratamiento es dentro de la *teoría de los hechos y actos jurídicos*, pues ellos son la causa de toda relación jurídica. Pero, nuestra coincidencia no es absoluta con el referido proyecto, ya que la transacción no es para nosotros un modo de *extinción* sino de *modificación* de la relación jurídica, por el cual ésta pasa de una situación de incertidumbre —duda o litigio— a una de certeza.³⁵

5. CARACTERES

La transacción, dentro de nuestro derecho positivo, es: a) indivisible; b) de interpretación restrictiva; y c) declarativa.

5.1. Indivisibilidad

Según el artículo 834, las diferentes cláusulas de una transacción

33 Libro II, Sección 1.ª, Parte 2ª, Título XIX.

34 Libro II, Sección I, Título 4, Capítulo 5.

35 El Anteproyecto de 1954 trata de la transacción en su Libro I («Parte general»), Sección 3ª («De los hechos y actos jurídicos»), Título XIII («De la extinción de las relaciones jurídicas»), Capítulo I («De la transacción»).

son indivisibles, de manera que la nulidad de cualquiera de ellas deja sin efecto todo el acto, pues, se entiende que en una transacción, caracterizada por las concesiones recíprocas entre las partes, éstas han querido el negocio en su conjunto y no una parte aislada de él. No obstante, tratándose de una materia dominada por la autonomía de la voluntad, nada impide que las partes puedan pactar libremente la divisibilidad de la transacción, pues, la indivisibilidad hace a su naturaleza pero no a su esencia.

Una aplicación de este principio encontramos en el artículo 847, cuando establece: «Si la transacción fuese simultánea sobre los intereses pecuniarios y sobre el estado de la persona, será de ningún valor, háyase dado un solo precio, o una sola cosa, o bien un precio y una cosa distinta por la renuncia del estado, y por el abandono de los derechos pecuniarios».

5.2. Interpretación restrictiva

En virtud de que las concesiones recíprocas que las caracterizan implican ciertos renunciamentos de las partes, el artículo 835 dispone que las transacciones deben interpretarse estrictamente. Pesan en ello las mismas razones que en la interpretación restrictiva establecida por el artículo 874 con relación a la renuncia.³⁶ Por lo demás, si la finalidad de la transacción es poner fin a la falta de certeza sobre derechos litigiosos o dudosos, es razonable que se proscriban las interpretaciones extensivas que podrían dar lugar a nuevas desavenencias.

5.3. Declarativa

Finalmente, el carácter declarativo de la transacción, resultante de lo dispuesto por el artículo 836, debe ser correctamente entendido en el sentido de que se refiere exclusivamente a los derechos litigiosos o dudosos que constituyen la causa original de la transacción, y no a aquellos otros derechos que se crean o transfieren como contraprestación para facilitar el acuerdo y hacer cesar la incertidumbre que pesa sobre los primeros. Volveremos sobre la cuestión más adelante, al ocuparnos de los efectos de la transacción.³⁷

6. CLASIFICACIÓN

Las transacciones básicamente pueden ser clasificadas: a) según sean o no concluidas en el curso de una instancia judicial; y b) según su alcance se limite a los derechos controvertidos (*res dubia*) o se extienda a otros derechos indiscutidos.

36 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Zavalia, 2004, t. III, pp. 109 y ss.

37 Véase *infra*, punto 8, c).

6.1. Transacciones judiciales y extrajudiciales

Las transacciones son *judiciales* o *extrajudiciales*, según sean o no concluidas en el curso de una instancia judicial, es decir, según tengan por objeto derechos ya litigiosos o simplemente dudosos. Estas dos especies de transacciones están, en general, regidas por los mismos principios y producen los mismos efectos.³⁸ De ahí que no haya un mayor interés en esta clasificación, salvo, como veremos, en lo que se refiere a las exigencias formales de la transacción judicial.³⁹

6.2. Transacciones simples y complejas

Moisset de Espanés atinadamente llama la atención sobre esta clasificación, distinguiendo las transacciones que versan sobre los mismos derechos ya discutidos, a las que denominaremos *simples*, de aquellas otras en las que para posibilitar el acuerdo transaccional las partes crean, modifican, transfieren o extinguen derechos distintos de los controvertidos originalmente, a las que llamaremos *complejas*. Como bien lo destaca nuestro maestro cordobés, es muy importante tener en cuenta esta distinción ya que tiene fecunda aplicación, como lo veremos luego,⁴⁰ con respecto al efecto declarativo de las transacciones, sobre todo en lo que respecta a la garantía de evicción y al justo título para usucapir.⁴¹

7. REQUISITOS⁴²

La transacción, como especie del género, se encuentra sujeta en cuanto a su validez y eficacia a los mismos requisitos exigidos con respecto a los elementos esenciales de todo acto jurídico, esto es, con relación al sujeto, al objeto, a la causa final y a la forma. Además, nuestro codificador en el artículo 833 ha asimilado las transacciones a los contratos, al disponer que les son aplicables todas las disposiciones generales de estos últimos, con las excepciones y modificaciones establecidas especialmente para las primeras. Ello torna redundantes y reiterativos, por lo menos: el artículo 837, respecto de la forma y la prueba; el artículo 849, respecto del objeto; el artículo 851, respecto de los efectos; y el artículo 857, respecto de la nulidad de las transacciones.

38 AUBRY, Charles et Rau, Charles. *Op. cit.*, 5.ª Ed., t. VI, p. 193, § 419; BAUDRY-LACANTINIERE, Gabriel et Wahl, Albert. *Op. cit.*, n.º 1209, t. XXIV, p. 640.

39 Véase *infra*, punto 7, d).

40 Véase *infra*, punto 8, c).

41 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op. cit.*, t. III, pp. 105 y ss.

42 Mientras los elementos hacen a la *existencia*, los requisitos hacen a la *validez y eficacia* del acto jurídico. Se trata de las condiciones que deben reunir los elementos para que el acto jurídico sea válido y produzca sus efectos propios, lo que permite distinguir cuatro clases de requisitos: subjetivos (aptitud del sujeto), objetivos (idoneidad del objeto), causales (existencia, veracidad y licitud de la finalidad) y formales (forma legal). Véase *supra*, nota 5.

En cuanto a los requisitos especiales que exige nuestro Código con relación a la transacción, la mayoría de ellos también reiteraciones innecesarias de otras previsiones genéricas, pueden ser sistematizados según los elementos esenciales de todo acto jurídico en: a) subjetivos; b) objetivos; c) causales; y d) formales.

7.1. Requisitos subjetivos

Bajo el epígrafe «De los que pueden transigir», el Código trata de dos requisitos relativos a los sujetos de la transacción que no deben ser confundidos: 1) capacidad de las partes; y 2) poderes de los representantes.

7.1.1. Capacidad de las partes

a) Principio general

Según el artículo 840, no puede transigir quien no puede disponer de los bienes objeto de la transacción, con lo cual, para poder celebrar una transacción, las partes requieren plena capacidad civil, la cual comprende, de acuerdo con las reglas generales, no solamente la facultad de administrar sino también la de disponer de sus bienes.

La explicación de esta norma la da el propio Vélez en la nota al referido artículo: «Aunque la transacción sea más bien, como se ha establecido, un reconocimiento que una traslación de la propiedad en cuanto ella tiene, principalmente, por objeto reconocer un derecho preexistente, más bien que crear un derecho que no existe; sin embargo, como por ella se hace el abandono de una pretensión o de un derecho que se creía tener, importa por esto una disposición o una enajenación de este derecho. En este sentido únicamente es que se dice que el que transige, enajena, y que transigir es enajenar».

b) Incapacidades y limitaciones de hecho

Recordando las referidas reglas generales, cabe distinguir: a) la situación de los incapaces absolutos (artículo 54); b) la situación de los incapaces relativos (artículos 55 y 128); c) las limitaciones para disponer de sus bienes previstas con respecto a los emancipados (artículo 135); y d) las limitaciones para disponer de sus bienes que tienen los inhabilitados (artículo 152 bis).

Luego de la reforma introducida por la Ley n.º 17.711 al artículo 135, se hace necesario compatibilizar el nuevo texto con la prohibición para transigir establecida por el inciso 7 del artículo 841. En ese sentido, entendemos que el régimen resultante es el siguiente: a) en principio, al tener capacidad para administrar y disponer de sus bienes, los menores emancipados ahora pueden hacer transacciones; y b) por excepción, al tener sólo la administración de los bienes adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, los menores emancipados no pueden transigir sobre ellos.

Para poder disponer y, en consecuencia, hacer transacciones sobre sus bienes adquiridos por título gratuito, los menores emancipados requieren de autorización judicial, salvo que medie acuerdo de ambos cónyuges y uno de ellos fuere mayor de edad (arg. artículo 135, *in fine*). Sin embargo, si se hubieran casado sin autorización, no tendrán hasta la mayoría de edad la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, ni podrán por lo tanto hacer transacciones sobre los mismos, continuando con respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores (arg. artículo 131, párr. 2.º, texto según ley 26.579). Después de las reformas de la Ley n.º 26.579 a los artículos 128, 131 y 166, inciso 5, al haber desaparecido la emancipación por habilitación de edad y adquirir tanto el varón como la mujer aptitud nupcial a los 18 años, el régimen precedente sólo tiene interés para las reducidísimas hipótesis de matrimonios de menores con dispensa judicial (artículo 167).

c) Incapacidades de derecho

En cuanto a las incapacidades de derecho, en medio de una extensa casuística en la que se entremezclan supuestos de incapacidad y de falta de personería, aparece la incapacidad de los tutores para transar con sus pupilos que se emanciparen, sobre las cuentas de la tutela, aunque media-re autorización del juez (artículo 841, inciso 5), disposición sobreabundante en consideración a lo dispuesto en el artículo 134, inciso 1.⁴³

7.1.2. Poderes de los representantes

Considerada la transacción como un acto de disposición en virtud de los renunciamentos que implican las concesiones recíprocas, es lógico que los representantes requieran de un poder especial para su celebración. Así resulta de la doctrina que da fundamento a los artículos 1880 y 1881. Concretamente, el inciso 3 de este último artículo exige poderes especiales para poder transigir, lo cual torna superflua la previsión del artículo 839.⁴⁴

Por lo demás, también resulta inútil la repetición casuística del artículo 841 de supuestos de representación ya comprendidos en las normas generales sobre la materia: a) los incisos 1 y 2, por el artículo 1870, inciso 1; b) el inciso 3, por el artículo 1870, inciso 2; c) el inciso 4, por el artículo 1870, inciso 7; y d) el inciso 6, por el artículo 1870, inciso 4.⁴⁵

a) Requisitos objetivos

Asimismo, con respecto al objeto, casi todos los preceptos especiales

43 Cfr. LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, n.º 478, p. 403.

44 *Idem*, n.º 477, p. 401.

45 *Idem*, n.º 478, pp. 402 y ss., COLMO, Alfredo. *De las obligaciones en general*, n.º 822, pp. 579 y ss., MENÉNDEZ, Jesús. Buenos Aires, 1920.

previstos están de más y no pasan de ser una mera superfetación contraria a exigencias elementales de una buena técnica legislativa.⁴⁶

Principio general

De conformidad con el artículo 849, salvo las excepciones previstas, se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen subordinados a una condición.

Acertadamente se ha observado que el precepto sobra, pues nada nuevo aporta a la regulación de las transacciones, pues, el principio de la libertad de las acciones, garantizado por el artículo 19 de la Constitución Nacional, está consagrado en el artículo 53 del Código Civil y reconoce sus límites en los artículos 21 y 953.⁴⁷

Excepciones

En cuanto a los casos particulares de excepción previstos en los artículos 842 a 847 (acciones penales, cosas fuera del comercio, derechos no susceptibles de convención, cuestiones de familia, acciones de estado, derechos sucesorios no deferidos y alimentos futuros), todos ellos encuentran su justificación en razones de orden público, lo cual nos exime de mayores desarrollos que los que haremos a continuación.

Cosas fuera del comercio y derechos no susceptibles de convención

Según el artículo 844, no pueden ser objeto de transacción las cosas que están fuera del comercio ni los derechos no susceptibles de ser materia de convención. Como se advertirá, se trata de una de las tantas disposiciones redundantes a las que ya hemos hecho referencia, pues, siendo la convención y la transacción especie y subespecie respectivamente del género acto jurídico, nada de lo que no puede ser objeto de éste (artículo 953) puede ser objeto de aquéllas. Sin perjuicio de ello, nos parece conveniente recordar aquí que, respecto de las *res extra commercium*, la prohibición se limita solamente a los actos enajenación (artículos 2337 y 2338) y no se extiende a los actos de mera administración (*v. gr.*, concesión, permiso, etc.).⁴⁸

Acciones penales

El orden público que domina el Derecho Penal justifica la prohibición de transigir sobre acciones penales dispuesta por el artículo 842; sin embargo, al estar dicha prohibición claramente comprendida dentro de la genérica del artículo 21, la norma era innecesaria. Por lo demás, el artículo 842 no deja duda de que la prohibición se limita a las acciones penales y no alcanza a las

46 Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op. cit.*, t. III, p. 123.

47 Cfr. COLMO, Alfredo. *Op. cit.*, n.º 824, p. 581. Puede verse también, de nuestra autoría, *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*. Buenos Aires: Zavallia, 2005, n.º 17, pp. 67 y ss.

48 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1829, p. 106.

acciones civiles por indemnización del daño derivado de los delitos, campo en el que impera soberana la autonomía de la voluntad (artículo 1197).⁴⁹

Sin embargo, en coincidencia con Borda, no vemos motivo alguno para que no pueda transigirse sobre acciones penales privadas (doct. artículo 1097).⁵⁰ Vélez Sársfield en la nota al artículo 842 rechaza esta posibilidad con respecto al adulterio; pero, más allá de la actual despenalización de esa conducta, no creemos que existan con relación a las demás acciones penales privadas (calumnia e injurias, violación de secretos, concurrencia desleal e incumplimiento de los deberes de asistencia familiar)⁵¹ las mismas razones, de moral y buenas costumbres, que llevaron al codificador a proscribir la transacción sobre el adulterio. Por el contrario, en el mundo de hoy, nos parece conveniente alentar soluciones alternativas de conflictos, como la transacción, que contribuyan a apaciguar los ánimos y a descongestionar los saturados tribunales.

Validez y nulidad del matrimonio

Las cuestiones sobre validez o nulidad del matrimonio hacen al estado de las personas y al orden público familiar, siendo por lo tanto indisponibles; sin perjuicio de ello, Vélez Sársfield sabiamente previó una salvedad a esa indisponibilidad cuando la transacción es a favor de la validez del matrimonio (artículo 843). Correctamente interpretada, la norma supone un matrimonio existente, aunque viciado en su validez por una nulidad relativa (*v. gr.*, vicio de la voluntad): lo primero, un matrimonio existente, porque, siendo un acto jurídico complejo en el que interviene un funcionario público, los particulares no tienen el poder de convertir en matrimonio cualquier unión (*v. gr.*, concubinato); lo segundo, una nulidad relativa, porque la nulidad absoluta (*v. gr.*, impedimento de parentesco en grado prohibido) no es susceptible de confirmación (artículo 1047).

Creemos que un matrimonio válido es la sólida base para cimentar la familia ideal, constituida por padre, madre e hijos, lo cual justifica la solución del codificador que permite evitar la incertidumbre de los contrayentes durante el tiempo que sería necesario para que opere la prescripción de la acción de nulidad.⁵²

Es cierto que el supuesto legal examinado no es usual en la práctica; pero, a tal punto no puede descartarse la posibilidad de su ocurrencia que

49 Cfr. COLMO, Alfredo. *Op. cit.*, n.º 827, p. 583.

50 Cfr. BORDA, Guillermo Antonio. *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1967, n.º 934, t. I, pp. 601 y ss.

51 Artículo 73 del Código Penal (texto según Ley n.º 24.453). «Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos: 1. Calumnias e injurias; 2. Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157; 3. Concurrencia desleal, prevista en el artículo 159; 4. Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge».

52 Cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, t. III, n.º 1834, p. 111.

el artículo 843 reconoce como fuente indirecta un caso real, en el que le tocó opinar a Troplong como Abogado General de la Corte Real de Bastia.⁵³

53 Aunque salvo la cita de las *Siete Partidas* el codificador guarda silencio con respecto a otras fuentes del artículo 843, el tenor de su texto y de su nota no deja duda sobre que su fuente directa fue el texto y la nota del artículo 1720 del Proyecto de García Goyena. En particular, nos parece decisivo el párrafo en el que García Goyena sostiene que: «Se puede transigir sobre las causas matrimoniales en favor, no en contra, del matrimonio, de modo que éste se impida o resuelva» (García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del [Proyecto del] Código Civil español*, t. IV, p. 152, Sociedad Tipográfica-Editorial, Madrid, España, 1852).

A su vez, el artículo 843 reconoce como fuente indirecta una tesis de Troplong, desarrollada sobre la base de una opinión que le tocó dar como Abogado General de la Corte Real de Bastia, esto es, como órgano del ministerio público. El caso llegado en apelación a la Corte trataba sobre un matrimonio celebrado el 26 de julio de 1819 en la comuna de Giocatojo entre el Sr. Guerini y Stella-Marie Pietri. Un año después, es decir el 1º de julio de 1820, sin que haya habido cohabitación alguna entre los esposos, sin que la ceremonia religiosa fuera celebrada para sellar el acto, Guerini denuncia el matrimonio como falso al procurador del rey; él pretende en su planteo que ha sido sorprendido al firmar como esposo un acta de matrimonio en la cual él creía asistir como testigo.

Esta acusación era grave; ella generaba problemas entre las dos familias, o, mejor dicho, ella agravaba los odios ya existentes entre ellas. La demanda es rechazada. Ante tal estado de cosas, el 29 de septiembre de 1821, Guerini hace con Stella-Marie y el señor Pietri una transacción en la que reconoce su matrimonio como válido y bien celebrado; sin embargo, en ella se estipula que los esposos serán provisoriamente separados de cuerpos hasta que mejores circunstancias les viniesen a reunir; que la esposa vivirá en la casa de sus padres y que no podrá pretender ningún alimento de su marido.

Pronto Guerini siente la necesidad de recobrar toda su libertad; él acciona en consecuencia contra Stella-Marie procurando que su matrimonio sea anulado por causa de sorpresa y por defecto de publicidad. Stella-Marie opone la autoridad de la cosa juzgada resultante del rechazo de la demanda anterior y la autoridad de la transacción del 29 de septiembre de 1821. En primera instancia, se rechazan ambas excepciones: un fallo de la *chambre de mises en accusation* no tiene el carácter de la cosa juzgada, dice el tribunal; de otro lado, tampoco puede progresar la excepción de transacción, pues, ella es nula, ya que Guerini no puede transigir sobre una materia de orden público, sobre su propio estado, sobre su matrimonio; sus confesiones y sus reconocimientos no le pueden obligar.

Como se ve, esta decisión ataca la cuestión de frente y la resuelve de la manera más radical. Stella-Marie interpone, entonces, apelación ante la Corte Real de Bastia. Esto le da la posibilidad a Troplong, como representante del ministerio público, de postular su tesis de la procedencia de la transacción cuando es a favor de la validez del matrimonio, la cual es precisada en los siguientes términos:

«Un primer punto es cierto: cuando el matrimonio existe, ninguna transacción lo puede anular. La voluntad de las partes no puede disolver lo que es indisoluble.

Hace falta asimismo añadir que ninguna transacción podría debilitar ese vínculo sagrado; y, por ejemplo, no se tendría en ninguna consideración la transacción por la cual los esposos estipularen su separación de cuerpos.

¿Pero en esto, son lo mismo las transacciones que, en lugar de destruir el matrimonio o de debilitar el vínculo, tienden a convalidarlo?

Para precisar bien nuestro pensamiento, es necesaria una distinción.

Si el matrimonio no existe, si ningún acta de celebración lo acredita, nosotros decimos que una transacción por la cual un hombre y una mujer consienten en considerarse como esposos no tiene valor. El matrimonio requiere esencialmente el concurso de la autoridad pública. Sin ese concurso, no hay sino un concubinato; y la sociedad no reconoce la indisolubilidad de ese contrato.

Derechos sucesorios no deferidos

La prohibición de transigir sobre derechos sucesorios no deferidos (artículo 848) reconoce el mismo fundamento que la prohibición de contratar sobre herencia futura (artículo 1175), esto es, la moral y las buenas costumbres. Se trata, en consecuencia, de una directiva innecesaria que no hace sino reiterar lo dicho en el artículo 1175.⁵⁴

Alimentos futuros

De acuerdo al artículo 374 el deber de prestar alimentos no puede ser objeto de transacción, lo cual se funda en el hecho que, si se admitiera negociar sobre este deber asistencial, quedaría desvirtuada su finalidad humanitaria. Nada impide, sin embargo, que se pueda transigir sobre cuotas atrasadas de alimentos ya devengados (doct. artículo 1453).⁵⁵

*b) Requisitos causales*⁵⁶

Si el matrimonio existe, si un acta de celebración lo acredita, una subdistinción es necesaria: O el acta de matrimonio constata la prueba de uno de esos vicios que hacen enrojecer la moral, o bien ella no está manchada sino por vicios que no ofenden en nada la honestidad.

En el primer caso, la transacción para convalidar el matrimonio será nula; en el segundo, ella será válida.

Supongamos que un matrimonio incestuoso sea celebrado. ¿Cuál sería el efecto de la transacción que le convalidaría, si esto no es sino perpetuar el ultraje hecho a la moral y agravar el atentado por una reincidencia?

Pero si ella se hace sobre un vicio que tiene el consentimiento, o un defecto de publicidad, o una violación de las formas requeridas, ningún motivo de honestidad pública se opone a una ratificación; y el acuerdo de los esposos es tanto más favorable que la ley se muestra más propensa a multiplicar sus fines que a rechazar su admisibilidad en esta materia» (TROPLONG, Raymond Théodore. *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du code. Du cautionnement et des transactions*, n.º 71 y ss., t. XVII, pp. 601 y ss. — en especial, 80-82 —. París: Charles Hingray, 1846).

54 Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op. cit.*, t. III, p. 123.

55 Cfr. LAFAILLE, Héctor. *Op. cit.*, n.º 487, pp. 408 y ss.

56 Desde una posición sincrética, estamos convencidos de que tanto la teoría objetiva (clásica) como la teoría subjetiva (neocausalista) sobre la causa final son parciales y solamente explican un aspecto de la cuestión. Por lo tanto, no siendo contradictorias ni incompatibles entre sí, entendemos que deben complementarse.

No debe confundirse la *finalidad* —preferimos esta expresión a la de *causa* para evitar equívocos, aunque por su arraigo mantenemos también el uso de la segunda— con el *objeto* del acto jurídico, consistente este último en la operación jurídica que el sujeto —las partes, en el caso de las convenciones— ha tenido en mira al actuar. Muchas veces no será fácil distinguir el objeto de la finalidad objetiva del acto, por lo que proponemos como recurso práctico a tal fin formular las siguientes preguntas: ¿qué quiere el sujeto? y ¿para qué lo quiere? La respuesta al primer interrogante nos llevará al objeto; la respuesta al segundo, a la finalidad.

Obsérvese asimismo que, en el caso de las convenciones, mientras el objeto responde a la intención común de las partes, la finalidad lo hace con respecto a la intención propia de cada una de ellas: en el objeto la valoración es conjunta; en la finalidad es individual.

Para la validez y eficacia de una transacción es necesaria una causa final existente, verdadera y lícita (doct. artículos 500 a 502), esto es, derechos dudosos o litigiosos (*res dubia*) sobre los cuales se pueda disponer lícitamente. La nulidad del acto jurídico antecedente de la transacción (artículo 858), o la falta de derecho sobre el objeto litigioso (artículo 859), o la inexistencia de incertidumbre sobre los derechos por haber recaído sentencia firme (artículo 860), vician de nulidad la transacción como veremos más adelante.⁵⁷

c) Requisitos formales. Prueba

La transacción como todo acto jurídico no es ajena al principio de la libertad de formas, consagrado por el artículo 974 en los siguientes términos: «Cuando por este Código, o por las leyes especiales no se designe forma para algún acto jurídico, los interesados pueden usar de las formas que juzgaren convenientes». El principio es ratificado por el artículo 837 de un modo concluyente; sin embargo, existen dos excepciones en las que se exige una forma específica: 1) la transacción sobre bienes inmuebles; y 2) la transacción sobre derechos litigiosos.

Transacción sobre bienes inmuebles

Según el inciso 8) del artículo 1184, las transacciones sobre inmuebles deben ser hechas en escritura pública —forma *ad solemnitatem relativa*—. Aquí, la sanción es la nulidad de la transacción como tal, pero no como un contrato en que las partes se obligan a hacer la escritura pública (artículo 1185). Se trata de un caso de nulidad no plena sino efectual.⁵⁸

Transacción sobre derechos litigiosos

El artículo 838 dispone que: «Si la transacción versare sobre derechos ya litigiosos no se podrá hacer válidamente sino presentándola al juez de la causa, firmada por los interesados. Antes que las partes se presenten al juez exponiendo la transacción que hubiesen hecho, o antes que acompañen la escritura en que ella conste, la transacción no se tendrá por concluida, y los interesados podrán desistir de ella».

Así resulta que la presentación de la transacción ante el juez de la causa es un requisito formal de validez —forma *ad solemnitatem absolu-*

Por último, no debe incurrirse en el error de considerarse *objeto del contrato* lo que en realidad es *objeto de la obligación*, como lo hace el Código de Napoleón (artículos 1126 a 1130) y todos los que se inspiraron en él (artículos 1167 a 1179, Cód. Civ. Arg.). Véase: MOISÁ, Benjamín - Luis MOISSET DE ESPANÉS. *Un curioso caso de pago por consignación (nota a fallo)*, DJ 2007-II, 607 - LA LEY 2007-D, 700; MOISÁ, Benjamín. *Las obligaciones y el contrato, objeto, causa y finalidad*, DJ 2007-III, 1; POTHIER, Robert Joseph. *Op. cit.*, pp. 32 y ss., n.º 42 y ss. Sobre el tema de la causa, con mucho provecho puede verse también LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo. *Op. cit.*, t. I, c. V, § 22 y ss.

57 Véase *infra*, punto 9, a).

58 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo. *Op. cit.*, t. I, p. 318, § 19, n.º 6.

ta—. En este caso la sanción de nulidad es plena. Por lo demás, la homologación no es un requisito sustancial sino procesal para poner fin al litigio. En suma, hasta el momento de la presentación en el juicio no hay transacción y las partes pueden retractarse de lo previamente acordado; obviamente, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran incurrir por tal actitud.⁵⁹

En cuanto al momento a partir del cual la transacción judicial produce sus efectos, no es la fecha de su presentación en el juicio, pues ése es un requisito puramente formal, sino la fecha del documento en que se encuentra instrumentada para las partes, y la fecha cierta que ese documento adquiera con respecto a los terceros (artículos 994 y 1035).⁶⁰

Prueba

Si bien la prueba, en principio, es una cuestión procesal, desde el punto de vista sustancial se encuentra vinculada a la forma de los actos jurídicos, lo cual justifica su tratamiento en este lugar.

Al respecto el Código no trae disposiciones especiales, limitándose el artículo 837, en su parte final, a aclarar sobreabundantemente, a tenor de lo normado en el artículo 833, que las pruebas de las transacciones «están subordinadas a las disposiciones sobre las pruebas de los contratos».⁶¹

Consecuentemente, las transacciones cuyo objeto supere el valor de \$10.000 (Pesos Moneda Nacional) deben hacerse por escrito y no pueden ser probadas por testigos (artículo 1193). En teoría, las transacciones por un valor inferior al expresado podrían ser acreditadas por cualquier medio; sin embargo, en la práctica todas deben ser hechas y probarse por escrito, pues, por efecto de los exorbitantes procesos inflacionarios sufridos en nuestro país, el límite fijado por el referido artículo que data de 1968 (Ley n.º 17.711) ha quedado reducido a la ridícula suma de \$0,000000001 (Peso, Decreto n.º 2128/91, signo monetario vigente).⁶²

8. EFECTOS

Tradicionalmente, se suelen enunciar tres efectos como comunes a cualquier clase de transacción, a saber: vinculante, extintivo y declarativo. De ellos nos ocuparemos a continuación.

59 Cfr. LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1812, pp. 86 y ss..

60 *Ibidem*.

61 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1814, t. III, pp. 92 y ss.

62 Véase al respecto la interesante *Nota del editor*, Ricardo de Zavalía, al Código publicado por su editorial, en *Código Civil*. Buenos Aires: Zavalía, 2011, pp. 5 y ss.

8.1. Efecto vinculante

Preferimos hablar de *efecto vinculante* y no de *fuerza obligatoria*, como lo hacen algunos, puesto que la transacción, como especie de convención, ya lo hemos dicho en varias oportunidades a lo largo del presente, excede el campo de las obligaciones. Consecuentemente, cabe destacar que, más allá de la genérica remisión a las disposiciones de los contratos contenida en el artículo 833, lo cual hace aplicable a las transacciones el artículo 1197, el poder normativo de la voluntad de las partes en las convenciones, aunque no existiese la referida remisión, igualmente produce como efecto la creación de una norma particular autónoma (arg. artículos 944 y 946).⁶³

Nos detendremos para ocuparnos de tres cuestiones sobre el punto: 1) efecto relativo; 2) obligaciones indivisibles; y 3) obligaciones solidarias.

8.2. Efecto relativo

El artículo 851 no es sino la reproducción innecesaria de la regla establecida de un modo general por los artículos 1195 y 1199, según la cual los efectos de los contratos —y, en general, agregamos nosotros, de todos los actos jurídicos— se producen entre las partes, no pudiendo perjudicar ni beneficiar a los terceros (*res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*).⁶⁴

Tanto la parte final del artículo 851, cuando dice «aun cuando las obligaciones sean indivisibles», como lo establecido en el artículo 853, nos impone efectuar ciertas precisiones con respecto a las transacciones sobre obligaciones indivisibles y obligaciones solidarias. Antes de ello nos parece conveniente recordar que, mientras el fenómeno de la indivisibilidad es una imposición de la naturaleza no fraccionable del objeto de la obligación, la solidaridad es una virtualidad resultante de la causa fuente de la obligación, sea ésta voluntaria o legal.⁶⁵

8.3. Obligaciones indivisibles

La circunstancia apuntada hace que la aclaración final del artículo 851 sea innecesaria, al igual que el resto de la norma, pues, como bien se ha observado, entre los interesados —deudores o acreedores— en una obligación indivisible —no solidaria— no hay más vínculo que el de lo externo y accidental de lo no fraccionable de la prestación, por lo cual son sujetos obligacionales independientes entre sí.⁶⁶

63 Sobre la cuestión puede verse, de nuestra autoría, *La autonomía de la voluntad...*, c. V, n.º 36 y ss., pp. 153 y ss.

64 Para comprender cabalmente el sentido de la regla enunciada, véase LÓPEZ DE ZAVALLA, Fernando Justo. *Op. cit.*, t. I, pp. 483 y ss., § 28.

65 Cfr. MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op. cit.*, t. II, p. 54.

66 Cfr. COLMO, Alfredo. *Op. cit.*, n.º 829, pp. 583 y ss.

Sobre el punto no existen mayores discrepancias en la doctrina.

8.4. Obligaciones solidarias

Distinta es la situación de la transacción sobre obligaciones solidarias, pues, en tal caso existe una vinculación asociativa entre los sujetos — deudores o acreedores — resultante de la causa fuente, lo cual hace que la solución no sea tan sencilla. Al respecto, el artículo 853 dispone: «La transacción hecha con uno de los deudores solidarios aprovecha a los otros, pero no puede serles opuesta: y recíprocamente, la transacción concluida con uno de los acreedores solidarios puede ser invocada por los otros, mas no serles opuesta sino por su parte [la del acreedor que ha transigido] en el crédito».⁶⁷

La interpretación adecuada del artículo 853 nos parece la siguiente: *en principio*, la transacción consentida por uno de los acreedores solidarios no rige para los demás. No obstante, la regla reconoce *dos excepciones*: 1.º los otros acreedores no comprometidos por la transacción pueden optar por ella, rigiendo entonces también la transacción con respecto a ellos, tanto en sus ventajas como desventajas; 2.º el deudor puede oponer la transacción a los acreedores ajenos a ella, aunque sólo por la parte del acreedor que transigió.⁶⁸

Si bien la solución adoptada no condice con lo normado en el artículo 707, en contra de lo sostenido mayoritariamente por la doctrina, compartimos la opinión de Llambías en el sentido que fue un acierto del codificador haberse inclinado por la solución clásica del derecho francés.⁶⁹

En efecto: «En la obligación solidaria, no todo lo obrado por el coacreedor o codeudor ha de imputarse a los demás acreedores o deudores. Cuadra esa ‘propagación’ de efectos de uno a otro sujeto, cuando refiriéndose al *único* objeto debido, corresponden al *dinamismo normal* de la obligación: es lo que ocurre con motivo del pago u otros equivalentes del

67 Observa Llambías que: «El transcripto artículo 853 tiene una parte final que puede originar equívocos: es la que dice, ‘...mas no serles opuesta sino por su parte en el crédito’. ¿A quién se refiere el texto cuando habla de ‘su parte’? ¿Al acreedor ajeno a la transacción que le opone el deudor, o al acreedor que hizo la transacción? Aunque gramaticalmente el aludido es aquél, jurídicamente es este último, y el precepto debe ser entendido como si dijera: ‘mas no serles opuesta sino por la parte de aquél en el crédito’» (LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, t. II-A, n.º 1213, p. 517).

68 LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, t. II-A, n.º 1213, pp. 517 y ss.

69 Cfr. AUBRY, Charles et RAU, Charles. *Op. cit.*, 3.ª Ed., t. III, pp. 482 y s., § 421, texto y nota 4, quienes argumentan con los artículos, 1198, 2.º párr., y 1365, 2.º párr., del Código Civil francés.

La solución del artículo 853 ha sido criticada por varios autores, entre ellos: Lafaille, Colmo, Machado, Busso, Segovia, De Gásperi. En cambio, no la desapruaban: Salvat, Borda y Bibiloni (cfr. LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, t. IV-A, n.º 1213, p. 517, nota 92).

pago, como la dación en pago, la novación y la compensación. En esos casos, la razón justificante de la propagación de efectos reside en que a mérito del *interés comunitario* que late en la obligación solidaria —si no existiera tal interés carecería de sentido la institución convencional o legal de la solidaridad— es dable concebir a cada sujeto como *representante* de ese interés en su *actuación relativa al funcionamiento normal* de la obligación. En lo que excede esa órbita de actuación, ya no hay razón suficiente para propagar los efectos de los actos cumplidos, de uno a otro sujeto.

La transacción es un acto que excede aquella órbita de actuación, puesto que implica una renuncia de las pretensiones de quien transige (arg. 'haciéndose concesiones recíprocas', artículo 832). Se pueden sacrificar los derechos propios, no los ajenos: eso basta para que la transacción hecha por un acreedor solidario no se impute automáticamente a los demás, que están al margen de los sacrificios hechos por aquél. Sólo si ratificaran la transacción, se extendería la regulación de ésta a todos los interesados que la ratificasen».⁷⁰

8.5. Efecto extintivo

El artículo 850 dispone: «La transacción extingue los derechos y obligaciones que las partes hubiesen renunciado, y tiene para con ellas la autoridad de la cosa juzgada».

Es posible mantener la terminología tradicional y hablar de *efecto extintivo*, a condición de que se entienda bien que lo que se extingue no es la relación jurídica dudosa o litigiosa sino la incertidumbre que pesa sobre ella. Con esa finalidad es que las concesiones recíprocas que caracterizan a la transacción pueden, no solamente extinguir, sino también crear, modificar o transferir cualquier tipo de derechos, siempre claro está que sean disponibles (artículo 849). Así, la transacción puede recaer tanto sobre derechos obligacionales como reales, intelectuales y aun sobre ciertos derechos extrapatrimoniales en la medida en que no se encuentre comprometido el orden público (*v. gr.*, validez del matrimonio o acciones penales privadas).

Por ello, lo preceptuado en el artículo 850 debe entenderse en sus justos términos, esto es, que la transacción exclusivamente extingue los derechos y obligaciones a los que las partes hubiesen renunciado, no otros.

Nos ocuparemos a continuación de tres situaciones concretas: 1) cosa juzgada; 2) fianza; y 3) derecho nuevo.

8.5.1. Cosa juzgada

Aubry y Rau, comentando el artículo 2052 del código galo,⁷¹ fuente

70 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, t. IV-A, n.º 1213, p. 517, nota 92.

71 Artículo 2052.- «Las transacciones tienen, entre las partes, la autoridad de la cosa juzgada en última instancia.

de nuestro artículo 850, explican que las transacciones tienen, entre las partes y sus sucesores, la autoridad de la cosa juzgada en última instancia, en el sentido que ellas engendran entre esas personas una excepción análoga a la de la cosa juzgada: *Exceptio litis per transactionem finitae*. Esta excepción no existe, al igual que la de cosa juzgada, si no se presenta la consabida triple identidad entre sujetos, objeto y causa.⁷²

De este modo los autores franceses, para explicar el efecto extintivo de la transacción, recurren a la idea de *cosa juzgada*, la cual reconoce su antecedente remoto en el derecho romano.⁷³ Sin embargo, no debe pensarse por eso que la transacción tenga una autoridad idéntica a la de la sentencia definitiva, pues, si bien se asemejan en que ambas ponen fin al pleito e impiden la renovación de las acciones por las partes o sus sucesores, hay entre ellas diferencias esenciales que el mismo Vélez se encarga de destacar en la nota al artículo 850.⁷⁴

Por lo demás, en rigor, se trata de una asimilación que sólo corresponde efectuar cuando se trata de una transacción judicial y siempre que haya recibido la correspondiente homologación por parte del magistrado interviniente.⁷⁵

8.5.2. Fianza

Dice el artículo 852: «La transacción entre el acreedor y el deudor extingue la obligación del fiador, aunque éste estuviera ya condenado al pago por sentencia pasada en cosa juzgada». Esto sencillamente porque,

Ellas no puedes ser atacadas por causa de error de derecho, ni por causa de lesión». Artículo 2052.- «Les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort.

Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion».

72 Esta triple identidad es exigida por el art. 1351 del *Code Napoléon* con respecto a la cosa juzgada.

73 «Es conforme a la justa razón que la autoridad de las transacciones no sea menor que la de las cosas juzgadas, pues, nada conviene tanto a la fidelidad de los hombres como que se guarde lo que habían pactado» (Diocleciano y Maximiano, *Codex*, II, IV, 20).

74 «Sin embargo, debe decirse que las transacciones difieren de las sentencias en que ellas en sus cláusulas forman un todo indivisible y no pueden ser anuladas en parte, mientras que las sentencias que hubiesen decidido muchos puntos litigiosos, son susceptibles de ser reformadas en algunos de estos puntos, y confirmadas o llevadas a efecto en cuanto a los otros. Se ha observado también con razón, que no había una perfecta analogía entre la autoridad de las transacciones y la autoridad de las sentencias. Las transacciones tienen muchas veces más fuerza que las sentencias y en otras menos, pues que ellas no pueden ser atacadas por los mismos medios que las sentencias; y por otra parte, están sujetas a causas de nulidad por las cuales las sentencias pasadas en cosa juzgada no pueden ser atacadas. Véase sobre estas consideraciones, Zachariae, § 768. Aubry y Rau § 421. Troplong, números 129 y ss.» (nota al artículo 850; cfr. BORDA, Guillermo Antonio. *Op. cit.*, t. I, n.º 939, p. 604).

75 Cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1841, t. III, p. 120.

como bien lo señala el codificador, siempre y en todo caso la obligación del fiador es una obligación accesorio, que no puede continuar faltando la obligación principal (cfr. artículos 525 y 2042).⁷⁶

8.5.3. Derecho nuevo

El efecto extintivo de la transacción no alcanza a los derechos que las partes adquieren con posterioridad a ella. Así resulta del artículo 856 cuando dispone que: «Si una de las partes en la transacción adquiriere un nuevo derecho sobre la cosa renunciada o transferida a la otra que se juzgaba con derecho a ella, la transacción no impedirá el ejercicio del nuevo derecho adquirido». Se trata de una solución lógica porque se está en presencia de un derecho derivado de una nueva causa y, por lo tanto, no alcanzada por la transacción.

Por lo demás, resulta criticable la calificación «transferida» empleada por la norma con respecto a la cosa sobre la cual versa la transacción, pues, el efecto declarativo y no traslativo de ese acto se opone a que pueda haber alguna transferencia de derechos entre los transigentes sobre lo que es materia de transacción.⁷⁷

Con la claridad que lo caracteriza, Guillermo Borda explica que el supuesto legal es el siguiente: «después de haber celebrado una transacción una de las partes adquiere por otro título un nuevo derecho sobre la cosa a la cual había renunciado; puede entonces ejercer el nuevo derecho, sin que la transacción sea obstáculo para ello. Ejemplo: A y B tienen un pleito relativo a la propiedad de una cosa; lo transan, reconociendo A que B es el propietario, a cambio de una suma de dinero. Luego, aparece una tercera persona que alega mejores derechos sobre la cosa y A la hereda o le compra esos derechos; puede demandar nuevamente a B en base a este título, sin que B pueda oponerle la transacción anterior».⁷⁸

8.6. Efecto declarativo

Según el artículo 836: «Por la transacción no se transmiten, sino que se declaran o reconocen derechos que hacen el objeto de las diferencias sobre las que ella interviene. La declaración o reconocimiento de esos derechos no obliga al que la hace a garantizarlos, ni le impone responsabilidad alguna en caso de evicción, ni forma un título propio en qué fundar la prescripción».

De ahí que, como lo hemos expresado más arriba,⁷⁹ en principio, la transacción no tiene efecto traslativo sino declarativo de los derechos dudosos o litigiosos a los que ella se refiere. Esto significa que cuando

76 Nota al artículo 852. Cfr. BORDA, Alejandro. *El contrato de fianza. Límites de la responsabilidad del fiador*. Buenos Aires: La Ley, 2009, pp. 234 y ss.

77 LLAMBLAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1839, t. III, p. 117.

78 BORDA, Guillermo Antonio. *Op. cit.*, n.º 943, t. I, p. 606.

79 Véase *supra*, punto 5, c).

una de las partes transigentes reconoce el derecho de la otra parte no se considera que lo ha transmitido, sino que ese derecho ha existido desde antes y directamente en cabeza de quien lo tiene luego de la transacción.⁸⁰

De este efecto, como el propio artículo 836 lo indica, derivan dos consecuencias importantes: 1) en materia de evicción; y 2) en materia de usucapión.⁸¹

8.6.1. Evicción

Como consecuencia del efecto declarativo de la transacción, la evicción de la cosa renunciada por una de las partes en favor de la otra que se juzgaba con derecho a ella no invalida la transacción, ni da lugar a la restitución de lo que por ella se hubiese recibido (artículo 854).

Sin embargo, existen ciertas transacciones complejas, que contienen no solamente una renuncia o reconocimiento por una parte de derechos dudosos o litigiosos en favor de la otra, sino también la transmisión por parte de ésta en favor de aquélla, como contraprestación, de una cosa o bien cuya pertenencia está fuera de toda discusión. En tal caso hay responsabilidad por evicción; no obstante, la evicción sucedida no hace revivir la obligación extinguida por la transacción (artículo 855). En otras palabras, la transacción sigue en pie, sólo que quien transmitió el bien debe responder por los daños y perjuicios sufridos por la otra parte.⁸²

Como bien lo hace notar Segovia, los artículos 854, 855 y 2115 (2117 en Segovia, por ser anterior a la Ley n.º 1196) se explican y complementan recíprocamente. Con el propósito de evitar inútiles repeticiones, para una misma disposición bastaba un solo artículo. En tal sentido, el artículo 2115 presenta mejor la extensión y efectos de la evicción en este caso, al disponer: «En las transacciones, la evicción tendrá los mismos efectos que entre comprador y vendedor respecto a los derechos no comprendidos en la cuestión, sobre la cual se transigió; pero no en cuanto a los derechos litigiosos o dudosos que una de las partes reconoció en favor de la otra».⁸³

80 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1840, t. III, p. 118.

81 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Op. cit.*, t. III, p. 134.

82 Piénsese, por ejemplo, en un pleito referente a la partición de una herencia, los herederos llegan a una transacción por la cual uno debe entregar al otro valores por \$1.000.000. Entre los bienes sucesorios hay un campo que vale \$1.500.000; para no dividirlo, lo que podría ser económicamente inconveniente, un heredero le entrega al otro un inmueble de su propiedad que vale la cantidad convenida (BORDA, Guillermo Antonio. *Op. cit.*, n.º 942, t. I, pp. 605 y ss.).

83 Cfr. SEGOVIA, Lisandro. *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*. Buenos Aires: Pablo E. Coni, t. I, pp. 223 y ss., nota 18 y ss., 1881.

8.6.2. Prescripción

Con respecto a la usucapión, del referido efecto declarativo de la transacción, resulta que el título emanado de la transacción a favor del transigente cuyo derecho fue reconocido por el otro no forma un «título propio» sobre el cual fundar la prescripción (artículo 836 *in fine*). Esto, como consecuencia de que la transacción no cambia la causa de ese derecho, que subsiste tal como era. De ahí que quien transige queda en la misma situación precedente a la transacción, ya sea que cuente o no con justo título para adquirir un inmueble por la prescripción adquisitiva breve o decenal (*cfr.* artículos 3999 y 4010).⁸⁴

9. NULIDAD

La transacción, como especie dentro del género, se encuentra sometida a las mismas reglas generales que rigen las nulidades de los actos jurídicos, las cuales tienen origen en los distintos vicios y defectos que pueden afectar los elementos esenciales de estos últimos (*cfr.* artículo 857).

Sin perjuicio de ello, específicamente con respecto a la transacción, nuestro Código contempla algunos casos particulares cuya interpretación ha generado ciertas dificultades. En un esfuerzo de sistematización, entre estos supuestos, cabe distinguir dos grupos según los vicios que los afectan: a) casos de falta de causa; y b) casos de error.

Antes de ocuparnos de ellos, cabe una precisión terminológica, pues en este capítulo,⁸⁵ lamentablemente, Vélez Sársfield no ha sido muy prolijo ni consecuente con lo expresado en la nota al título correspondiente a las nulidades de los actos jurídicos,⁸⁶ por lo cual muchas veces dice *rescindible* cuando debió decir *anulable*, y otras, habla de *nulidad* cuando en realidad se trata de supuestos de *anulabilidad*. Habrá, entonces, que estar atentos en cada caso.

9.1. Casos de falta de causa

Cuando nos referimos a la *falta de causa* para calificar este grupo

84 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1840, t. III, p. 118.

85 Capítulo 4 del Título 19 de la Parte 2.ª de la Sección 1.ª del Libro 2º del Código Civil.

86 «Usamos en este título de la palabra *anulable* en lugar de *rescindible*, porque como observa Savigny, la palabra *rescindere* en el derecho, expresa ordinariamente la nulidad, pero no la nulidad inmediata, sino la que posteriormente sobreviene, como sucedía en los testamentos, por el nacimiento del hijo póstumo. En algunos casos, sin embargo, *rescindere* designa la nulidad inmediata. Otras veces declaran las leyes nulos los actos, y sin embargo, los hacen sólo rescindibles, por medio de una acción revocatoria. El autor citado al tratar de la nulidad de los actos jurídicos en el tomo 4 del *Derecho Romano*, § 202, los divide en actos nulos y actos atacables. A estos últimos es a los que llamamos anulables» (Nota al Título 6 de la Sección 2.ª del Libro 2.º del Código Civil).

de casos, obviamente hacemos referencia a la *causa final* como elemento de todo acto jurídico, el cual a su vez, conviene recordarlo, como especie del género hecho jurídico, es *causa eficiente* de la más amplia variedad de derechos y relaciones jurídicas.⁸⁷

Hecha esta previa y necesaria aclaración, las hipótesis contempladas son tres: 1) nulidad del acto jurídico antecedente de la transacción (artículo 858); 2) falta de derechos sobre el objeto litigioso (artículo 859); y 3) sentencia firme sobre los derechos litigiosos (artículo 860).

9.1.1 Nulidad del acto jurídico antecedente de la transacción

El artículo 858 dispone que: «La transacción es rescindible cuando ha tenido por objeto la ejecución de un título nulo, o de reglar los efectos de derechos que no tenían otro principio que el título nulo que los había constituido, hayan o no las partes conocido la nulidad del título, o lo hayan supuesto válido por error de hecho o por error de derecho. En tal caso la transacción podrá sólo ser mantenida, cuando expresamente se hubiese tratado de la nulidad del título».

Quizá sea éste el más interesante de los casos enunciados y, sin duda, el que mayores dificultades ha dado a la doctrina en su interpretación. Todo parte de dos fallas de base: primero, no tener claros los conceptos de *causa eficiente* y de *causa final*;⁸⁸ y segundo, haber olvidado que el artículo en cuestión es una *positivación* de un texto doctrinario.

En la tercera edición de su *Cours*, a propósito del artículo 2054⁸⁹ del Código francés, Aubry y Rau enseñan que: «Finalmente, la transacción es anulable por defecto de causa, cuando ella ha sido hecha en ejecución de un título nulo, es decir, cuando ella ha tenido por objeto regular los efectos de derechos privados de toda existencia, en razón de la nulidad del título que les había constituido. Importa poco, a este respecto, que las partes hayan o no conocido la nulidad del título, y mucho menos todavía que ellas le hayan supuesto válido por error de hecho, o por error de derecho. La transacción no puede, en tal caso, ser mantenida sino cuando se haya expresamente tratado sobre la nulidad».⁹⁰ Sin mayor esfuerzo, se

87 Véase la nota a la Sección 2.ª del Libro 2.º del Código Civil.

88 Véase *supra*, nota 56.

89 Artículo 2054.- «Hay igualmente lugar a la acción de rescisión contra una transacción cuando ella ha sido hecha en ejecución de un título nulo, a menos que las partes hayan expresamente tratado sobre la nulidad».

Artículo 2054.- «Il y a également lieu à l'action en rescision contre une transaction lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, à moins que les parties n'aient expressément traité sur la nullité».

90 «Enfin, la transaction est annulable pour défaut de cause, lorsqu'elle a été faite en exécution d'un titre nul, c'est-à-dire, lorsqu'elle a eu pour objet de régler les effets de droits dénués de tout principe d'existence, en raison de la nullité du titre qui les avait constitués. Il importe peu, à cet égard, que les parties aient ou non connu la nullité du

advierte la identidad del texto legal (artículo 858) con el doctrinario, no obstante la deficiente traducción de nuestro codificador que, apartándose desafortunadamente de la fuente que tuvo en cuenta, dice «rescindible» en lugar de «anulable».

Así las cosas, la interpretación del artículo 858 de nuestro Código no puede ser otra que la de su fuente, pues, en ese entendimiento es que la norma fue primero proyectada y luego sancionada a libro cerrado. Trasponiendo, entonces, las enseñanzas de los distinguidos juristas franceses a nuestro derecho, la transacción en el caso bajo examen es anulable por *falta de causa final*. En este sentido, Borda concluyentemente expresa: «Adviértase que la nulidad no se funda en el error (sea de hecho o de derecho), sino en la falta de causa. La disposición es clara en este punto porque dispone la nulidad *hayan o no conocido las partes* la nulidad del título, lo que significa que el error es en realidad indiferente. Ejemplo: creyéndome, por un error de derecho, heredero de una persona fallecida, llevo a una transacción con uno de sus acreedores. El acto será nulo porque en realidad yo nada debía; la obligación que yo he contraído carece de causa».⁹¹

Aubry y Rau precisan que la palabra *título* es empleada para designar el *acto jurídico* sobre el que se fundan las pretensiones que forman el objeto de una transacción, aclarando que la nulidad del instrumento que constata una convención o una disposición no da lugar a la aplicación de este artículo, en tanto que la validez de la disposición o de la convención no esté ella misma subordinada a la validez del instrumento en el que se encuentra consignada.⁹²

Está claro, entonces, que al ser nulo el acto jurídico originario falta la *causa eficiente* de los derechos dudosos o litigiosos, los cuales, a su vez, constituyen la *causa final* de las partes en la transacción. En otras palabras, si el acto jurídico es nulo, no puede nacer de él ningún derecho; y si no hay derecho dudoso o litigioso, no puede haber transacción por falta de causa final.

La última parte del artículo 858 implica que el mero conocimiento de la *nulidad del título* no es suficiente para convalidar la transacción, sino que es necesaria la confirmación expresa de aquél, siempre, claro está, que se trate de una nulidad relativa.⁹³

Para concluir, si bien es cierto que Aubry y Rau en ediciones pos-

titre, et bien moins encore qu'elles l'aient supposé valable par erreur de fait, ou par erreur de droit. La transaction ne peut, en pareil cas, être maintenue que lorsqu'il a été expressément traité sur la nullité» (AUBRY, Charles et Rau, Charles. *Op. cit.*, 3.^a Ed., t. III, pp. 487 y ss., § 422).

91 BORDA, Guillermo Antonio. *Op. cit.*, n.º 947, t. I, p. 607.

92 AUBRY, Charles et Rau, Charles. *Op. cit.*, 3.^a Ed., t. III, pp. 487 y ss., § 422, nota 9.

93 Cfr. BORDA, Guillermo Antonio. *Op. cit.*, t. I, n.º 948, p. 608.

teriores modificaron su postura, no es menos cierto que lo hicieron para compatibilizar su interpretación del artículo 2054 con la de los artículos 1338 y 2052, especialmente con respecto al segundo párrafo de este último en cuanto prohíbe que las transacciones puedan ser atacadas por error de derecho.⁹⁴ Pero, a nuestro criterio, ello en nada cambia la interpretación que hemos propuesto para el artículo 858, puesto que lo que en el derecho francés era doctrina, en el nuestro es ley.

9.1.2. Falta de derechos sobre el objeto litigioso

El artículo 859 dice: «La transacción puede ser rescindida por el descubrimiento de documentos de que no se tuvo conocimiento al tiempo de hacerla, cuando resulta de ellos que una de las partes no tenía ningún derecho sobre el objeto litigioso».

El fundamento es también aquí la ausencia de *causa final*. Por lo demás, obsérvese que es preciso que de los nuevos documentos resulte que una de las partes no tenía ningún derecho sobre la cosa litigiosa, pues, si sólo resulta que la parte tenía *menos* de lo que creyó tener no hay nulidad, sin perjuicio de que exista *error* o *dolo*, según el caso.⁹⁵

9.1.3. Sentencia firme sobre los derechos litigiosos

De acuerdo con el artículo 860: «Es también rescindible la transacción sobre un pleito que estuviese ya decidido por sentencia pasada en cosa juzgada, en el caso que la parte que pidiese la rescisión de la transacción hubiese ignorado la sentencia que había concluido el pleito. Si la sentencia admitiese algún recurso, no se podrá por ella anular la transacción».

Al igual que en los anteriores, el fundamento de la nulidad en este caso es la falta de *causa final*, pues la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, esto es firme, ha venido a eliminar la incertidumbre que existía acerca de los derechos litigiosos sobre los que recae, con lo cual la transacción se ha quedado sin causa.

9.2. Casos de error

Los casos propiamente de error regulados específicamente por el Código con respecto a la transacción son dos: 1) falsedad de documentos; y 2) error de cálculo.

9.2.1. Falsedad de documentos

El artículo 857 enumera la *falsedad de documentos* entre los vicios que pueden dar lugar a la nulidad de las transacciones; sin embargo, está claro que no se trata de un vicio independiente del error o del dolo, sino de un

94 Cfr. AUBRY, Charles et Rau, Charles. *Op. cit.*, 5.^a Ed., t. VI, pp. 211 y ss., § 422, nota 5.

95 BORDA, Guillermo Antonio. *Op. cit.*, n.º 949, t. I, p. 608.

medio instrumental de tales vicios. Entendemos que la norma conceptualmente se refiere tanto a la *falsedad material* (falsificación, adulteración o supresión) como a la *falsedad ideológica* (falsedad propiamente dicha) de documentos públicos o privados, aun cuando no llegasen a configurar un delito penal.⁹⁶

Cuando el documento falso hubiese sido usado para inducir a error y conseguir el consentimiento para transigir (artículo 931), el acto estará viciado por *dolo*, siempre que se reúnan los requisitos exigidos en el artículo 932.⁹⁷

Cuando las partes fuesen inocentes o no se reúnan los requisitos del artículo 932, la transacción estará viciada de *error*, cuando siendo excusable (artículo 929), el error haya sido la causa principal de dicho acto (artículo 926).⁹⁸

Finalmente, si la falsedad era conocida al tiempo de consentir la transacción, el acto es válido pues está exento de los vicios de error o de dolo.⁹⁹

9.2.2. Error aritmético o de cálculo

«La transacción sobre una cuenta litigiosa no podrá ser rescindida [anulada] por descubrirse en ésta errores aritméticos. Las partes pueden demandar su rectificación, cuando hubiese error en lo dado, o cuando se hubiese dado la parte determinada de una suma, en la cual había un error aritmético de cálculo» (artículo 861).

Como tantas otras veces ya vistas, se trata de un precepto superfluo, pues, estamos siempre dentro de los principios generales. Indudablemente el error aritmético o de cálculo es un error accidental que no da lugar a nulidad alguna (arg. artículo 928). En efecto, en una transacción este tipo de error no es determinante del consentimiento, ya que lo esencial ha sido eliminar la incertidumbre existente sobre una cuenta dudosa o litigiosa, por lo cual bastará con rectificarlo de buena fe (artículo 1198).¹⁰⁰

Y si, abusivamente, alguna de las partes se hubiera atendido a la materialidad de una cifra incorrecta obligando a la otra a satisfacer una cantidad injustificada, siempre el *solvens* puede repetir el pago de esa diferencia, por tratarse de un pago sin causa, que no da derecho al *accipiens* para retenerlo «haya sido o no hecho por error» (artículo 792).¹⁰¹

96 Cfr. SOLER, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: T.E.A., 1951, t. V, p. 371.

97 Cfr. LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1845, p. 127.

98 *Ibidem*.

99 *Ibidem*.

100 Cfr. COLMO, Alfredo. *Op. cit.*, n.º 838, p. 588.

101 LLAMBIAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, n.º 1849, t. III, p. 134.

Por lo demás, no es indispensable que la cuenta sea precisamente *litigiosa*, como señala el artículo, puesto que en todo caso, aun siendo simplemente *dudosa*, habría acción para repetir el exceso pagado indebidamente (artículo 784).¹⁰²

9.3. Efectos de la nulidad

Como ya lo hemos dicho, uno de los caracteres de la transacción es su indivisibilidad. De ahí que el artículo 834 disponga que: «Las diferentes cláusulas de una transacción son indivisibles, y cualquiera de ellas que fuese nula, o que se anulase, deja sin efecto todo el acto de la transacción».

De esta manera el referido artículo viene a excepcionar la regla general establecida por el artículo 1039, segunda parte, en materia de nulidades de los actos jurídicos, según la cual: «La nulidad parcial de una disposición en el acto, no perjudica a las otras disposiciones válidas, siempre que sean separables».

La ley ha supuesto, en el caso de las transacciones, que las partes han entendido que las concesiones de una son la condición de las hechas por la otra, y que en consecuencia no pueden subsistir separadamente.¹⁰³

Sin embargo, no encontrándose comprometido el orden público, entendemos que se trata de una norma supletoria, la cual, por lo tanto, puede ser dejada sin efecto por la voluntad expresa y precisa de las partes.¹⁰⁴

10. CONCLUSIONES

1. La transacción es una convención, por la cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, dan certeza a relaciones jurídicas dudosas o litigiosas, previniendo litigios futuros o poniendo fin a los ya existentes entre ellas.
2. Los elementos esenciales propios de la transacción son tres: a) acuerdo de partes; b) relación jurídica litigiosa o dudosa (*res dubia*); y c) concesiones recíprocas.
3. En cuanto a su naturaleza jurídica, la transacción es una convención de fijación de certeza.
4. Desde el punto del método, el lugar apropiado de la transacción es dentro de la teoría de los hechos y actos jurídicos, como un modo de modificación de las relaciones jurídicas, por el cual éstas pasan de una situación de incertidumbre —duda o litigio— a una de certeza.

102 SEGOVIA, Lisandro. *Op. cit.*, t. I, p. 861, nota 26.

103 SALVAT, Raymundo M. —Galli, Enrique V., actualizador—. *Tratado de Derecho Civil argentino. Obligaciones en general*. Buenos Aires: T.E.A., 1956, n.º 1945, t. III, p. 289.

104 *Idem*, n.º 1946.

5. Los caracteres de la transacción son tres: a) indivisibilidad; b) interpretación restrictiva; y c) eficacia declarativa.
6. Las transacciones pueden ser clasificadas: a) según se trate de una relación jurídica litigiosa o meramente dudosa, en judiciales y extrajudiciales; b) según versen exclusivamente sobre los bienes controlados o incorporen otros bienes, en simples y complejas.
7. Como todos los actos jurídicos, las transacciones deben reunir cuatro requisitos: a) aptitud del sujeto; b) idoneidad del objeto; c) existencia, veracidad y licitud de la finalidad o causa final (objetivo-subjetiva); y d) forma legal.
8. Los efectos de las transacciones son tres: a) vinculante; b) extintivo; y c) declarativo.
9. Al igual que todos los actos jurídicos, las transacciones están sujetas a causales de nulidad por vicios que afecten cualquiera de sus cuatro elementos esenciales comunes: sujeto, objeto, finalidad y forma.
10. Los supuestos particulares, contemplados en el capítulo destinado a la nulidad de las transacciones, pueden ser sistematizados en dos grupos según los vicios que los afecten: a) casos de falta de causa: 1) nulidad del acto jurídico antecedente de la transacción (artículo 858), 2) falta de derechos sobre el objeto litigioso (artículo 859) y 3) sentencia firme sobre los derechos litigiosos (artículo 860); y b) casos de error: 1) falsedad de documentos (artículo 857) y 2) error aritmético o de cálculo.

Garantías en títulos valores

Héctor Enrique Lama More*

SUMARIO: 1. *Las garantías en general.* – 1.1. *Garantías respecto de los bienes del deudor.* – 1.2. *Garantías respecto de los bienes de un tercero.* – 2.1. *Fideicomiso de garantía.* – 2.2. *Características generales de las garantías de los títulos valores.* – 2.3. *Garantías personales.* – 2.3.1. *Aval cambiario.* – 2.3.2. *Responsabilidad del aval.* – 2.3.3. *Subrogación del aval.* – 2.3.4. *Alcances del aval cambiario.* – 2.4. *La fianza.* – 2.4.1. *Responsabilidad del fiador.* – 2.5. *Garantías reales.* – 3. *Conclusiones.*

1. LAS GARANTÍAS EN GENERAL

Las garantías, en términos generales, constituyen un medio o instrumento de seguridad a las personas; con ellas se pone a buen recaudo sus derechos o sus bienes; proporciona la tranquilidad necesaria a los titulares de tales derechos o bienes, frente a la amenaza o eventual afectación originada por la conducta indebida o inapropiada, adoptada — consciente o inconscientemente — por otra persona.

Reflexionando acerca de la idea que se tiene comúnmente sobre las garantías, podemos señalar que éstas pueden identificarse, incluso, como aquéllas que sirven para la

* Profesor universitario —en la UNMSM, en la USMP y en la PUCP— y de la Academia de la Magistratura —AMAG—. Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios concluidos de Doctorado en Derecho por la UNMSM. Magistrado Superior Titular del Poder Judicial.

protección de bienes jurídicos de relevante importancia en nuestro ordenamiento jurídico, y que tienen connotación extrapatrimonial.

Así, por ejemplo, la Constitución Política del Estado prevé medios idóneos que constituyen garantías que permiten asegurar y proteger los derechos fundamentales de las personas, frente a la amenaza de violación o a la violación misma de los referidos derechos, sea por los particulares o por el Estado; a éstas se les conoce como garantías constitucionales.

En el presente trabajo circunscribiremos nuestra atención a las garantías en las relaciones jurídicas patrimoniales; es decir, en las relaciones jurídicas obligatorias o creditorias; en ellas se identifican a dos partes o sujetos; de un lado tenemos al sujeto activo, a quien se le denomina acreedor o titular de un derecho de crédito, y por el otro se identifica al sujeto pasivo, denominado deudor u obligado frente al primero.

Ante la posibilidad de incumplimiento del deber u obligación impuesta o asumida por el sujeto pasivo —deudor—, la garantía constituye la esperanza de que tal obligación se cumpla y el acreedor, llegado el momento, vea satisfecho su crédito. Se puede afirmar, entonces, que la garantía permite al acreedor la seguridad de la satisfacción de su interés y la adecuada protección a su derecho de crédito; es decir, la garantía cubre el riesgo de un eventual incumplimiento de la obligación asumida por el deudor.

1.1. Garantías respecto de los bienes del deudor

Las garantías, como una seguridad de orden patrimonial, proporcionada a los acreedores, ha tenido una significativa evolución. En sus orígenes encontramos, según lo refiere Peña Guzmán,¹ la figura conocida en el Derecho romano —Ley de las XII Tabas— como el *nexum*, en virtud del cual el deudor, para garantizar el cumplimiento de la obligación, se auto mancipaba al acreedor mediante el típico procedimiento del cobre y la balanza, sometándose con su propia persona al acreedor —*manus*— de la misma forma como se sometían quienes se encontraban culpables por delitos por ellos cometidos.

Se conoce que esta figura desapareció en el año 326 de nuestra era, al sancionarse en Roma la *Ley Paetelia Papiria*, que dispuso que el deudor, en adelante, sólo respondería con sus propios bienes por las obligaciones que contrajera, siendo suficiente el juramento del deudor para pagar, de ser el caso, con sus bienes.

Efectivamente, en términos generales se reconoce por el derecho —desde Roma— que «los bienes del deudor son “prenda” común de los acreedores», es decir, que cuando una persona contrae una obligación o asume una deuda, automáticamente todo su patrimonio queda afectado

1 PEÑA GUZMÁN, Luis Alberto. Derecho Civil. Derechos reales. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1975, 1.ª Ed. y 1.ª reimpresión, tomo III, p. 288.

jurídicamente a favor del acreedor, de tal manera que si el deudor se desprende de sus bienes, enajenándolos o gravándolos, perjudicando con ello el derecho del acreedor de ver satisfecho su interés con la realización de dichos bienes, éste se encuentra legitimado para impugnar —vía acción pauliana— dicha enajenación o gravamen con el objeto de que el órgano jurisdiccional declare su ineficacia respecto de su persona. Por ello, existiendo deuda pendiente de ser satisfecha, el deudor no tiene total libertad para disponer de su patrimonio, pues éste es precisamente la garantía o la seguridad que tiene el acreedor en caso de que, llegado el momento, se incumpla la obligación.

Siendo que los bienes del deudor pueden ser dispuestos sin que el acreedor, por alguna razón, tenga la oportunidad de impedir ello, surge, para tranquilidad del acreedor, la figura de la garantía sobre determinados bienes —muebles o inmuebles— del deudor a favor del acreedor; inicialmente dichos bienes, claramente identificados, eran entregados físicamente al acreedor o a un tercero —depositario— apareciendo la figura de la prenda o *pignus* para el caso de los muebles. En el caso de inmuebles se utilizó la *anticresis* o la *hypotheca*, apareciendo de esta forma las denominadas garantías reales, constituida sobre bienes del propio deudor.

Hoy en nuestro ordenamiento jurídico se reconocen, en lugar de la prenda, las denominadas garantías mobiliarias, subsistiendo, con sus particularidades, la anticresis y la hipoteca.

1.2. Garantías respecto de los bienes de un tercero

Sin embargo, ante la eventualidad de que los bienes del deudor resultaren insuficientes para responder por sus deudas, los acreedores ven reforzada la seguridad de su derecho al admitirse que un tercero, ajeno a la relación jurídica existente entre ellos, para que respondiera de la misma forma que el deudor, es decir, con su patrimonio —o con determinados bienes claramente identificados— por las obligaciones asumidas por éste. El tercero puede constituirse como garante del deudor respondiendo con su patrimonio o puede afectar jurídicamente determinados bienes de su propiedad; en el primer caso se presenta la llamada garantía personal, como es el caso de la fianza, mientras que en el segundo se está ante una garantía real, como es el caso de la garantía mobiliaria —nuestro ordenamiento reconocía a la prenda— o la hipoteca.

Refiriéndose a la garantía —en el sentido patrimonial— Díez-Picazo,² con aguda precisión, señala que por ésta se entiende toda medida de refuerzo que se añade a un derecho de crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades. Se puede afirmar, sin duda, que esta garantía proporciona

2 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, 5.^a Ed., vol. III, 4.^a reimpresión, p. 496.

al acreedor la posibilidad de atacar, no sólo el patrimonio del deudor, sino además el del que constituyó la garantía.

Si la finalidad de la garantía es dar seguridad al titular de un crédito, es fácil deducir que la garantía constituye, en estricto, un elemento accesorio a la relación jurídica de crédito. Su existencia sólo se justifica frente a la existencia de una relación jurídica obligatoria. En realidad, estamos frente a dos relaciones jurídicas; una es la que existe entre el acreedor y el deudor y otra es la que se presenta entre el acreedor y el garante. La primera de ellas es la relación jurídica principal y la segunda es una relación jurídica accesoria.

Los contratos de seguros, en virtud de la cual se cubren riesgos por actividad profesional o industrial o por daños causados a terceros por responsabilidad extracontractual, cumplen el rol de garantías en favor de los eventuales afectados o acreedores, pues agregan a la obligación que le corresponde al autor directo, la de otra persona, a efectos de asegurar la compensación económica respectiva.

En los daños causados directamente por el chofer de un vehículo en un accidente de tránsito, el dueño del vehículo — cuando es persona distinta del chofer — asume el rol similar al de garante del conductor frente al dañado, en la medida en que cubre con su patrimonio la obligación que le corresponde al autor directo. Sucede algo similar con el empleador o principal respecto de los daños ocasionados directamente por el subordinado o dependiente en el ejercicio de sus funciones o del encargo.

En los procesos judiciales, la contracautela — personal o real — ofrecida por el beneficiado — o por un tercero — de una medida cautelar concedida por el juez, constituye una garantía frente a los eventuales daños que pudiera generar su ejecución, si la medida dictada resultara ser innecesaria.

En materia civil y mercantil, nuestro ordenamiento reconoce las garantías personales, como la fianza y el aval. En cuanto a las garantías reales, se identifican a la garantía mobiliaria, la hipoteca, el derecho de retención y la anticresis. Se agrega ahora como una garantía real *sui generis*, aquélla constituida en mérito de una resolución judicial que admite la contracautela real en garantía de los eventuales perjuicios que pudieran generar la ejecución de una medida cautelar.

2. GARANTÍAS PERSONALES, GARANTÍAS REALES Y FIDEICOMISO EN GARANTÍA

El artículo 56 de la actual Ley de Títulos Valores (La Ley) distingue las garantías personales de las reales. Como se ha indicado líneas arriba, en términos generales, se afirma que por las primeras de las nombradas, el garante responde con todo su patrimonio hasta por el monto de la obligación, el que queda afectado jurídicamente desde la constitución de la garantía a favor del acreedor garantizado; mientras que por la otra, el ga-

rante afecta jurídicamente determinados bienes, claramente identificados, en favor del acreedor.

El artículo 56.1 de La Ley, establece que el cumplimiento de las obligaciones que representan los títulos valores puede estar garantizado total o parcialmente por cualquier garantía personal y/o real u otras formas de aseguramiento que permita la ley, inclusive por fideicomisos de garantía.

Nos detendremos ahora, brevemente, en la figura del fideicomiso, para luego analizar las otras formas de aseguramiento; es decir, las garantías personales y las reales.

2.1. Fideicomiso de garantía

Esta forma de aseguramiento —fideicomiso de garantía— guarda relación con lo previsto en el numeral 56.5 de La Ley, en la medida en que regula la constitución y ejecución de garantías de valores mobiliarios y de valores con representación por anotación en cuenta. Esta norma señala que en ese caso deberán observarse, además, las disposiciones especiales que señalen las leyes de la materia.

En principio, diremos que con relación al uso del fideicomiso³ como una forma de aseguramiento de obligaciones, debemos entenderlo como aquél que constituye una persona denominada fideicomitente —deudor— quien transfiere bienes en fideicomiso, con la finalidad de asegurar con dichos bienes —o con sus provechos— las obligaciones o deudas por él asumidas, pudiendo los mismos ser realizados por el fiduciario con el objeto de resarcir, de ser el caso, el crédito incumplido, en la forma prevista en el contrato a favor del fideicomisario u otro acreedor.

Según Martorell⁴ el *fideicomiso de garantía* es el fideicomiso por el cual se transfiere al fiduciario bienes para garantizar con ellos o con su producto, el cumplimiento de ciertas obligaciones a su cargo o a cargo de terceros, designando como beneficiario al acreedor o a un tercero en cuyo favor, en caso

3 El artículo 241 de la Ley de Bancos —Ley n.º 26702— establece que el *fideicomiso* es una relación jurídica por la cual el *fideicomitente* transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada *fiduciario*, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o de un tercero denominado *fideicomisario*; agrega la citada norma que el patrimonio fideicometido es distinto del patrimonio del fideicomitente, del fiduciario o del fideicomisario, y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes.

4 MARTORELL, Ernesto Eduardo. *Tratado de los contratos de empresa. Contratos bancarios*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, 2.ª Ed. ampliada y actualizada, tomo II, pp. 1024-1025. Sostiene este autor que es probable que esta especie de fideicomiso —en garantía— reemplace en algunos supuestos la hipoteca en razón de ciertas ventajas que primarán sobre ella; por ejemplo, al evitarse el proceso judicial, ello repercutirá en la valorización del bien como objeto de la garantía, ya que los costos y el tiempo de recupero de la inversión en caso de incumplimiento serán menores.

de incumplimiento, se pagará una vez realizados los bienes, el valor de la obligación o el saldo insoluto de ella, conforme a lo previsto en el contrato.

Refiere este autor que se trata de un sustituto práctico del tradicional sistema de garantías reales; la diferencia sustancial que existe con éstas, es que si bien se trata de la efectivización de la garantía en caso de incumplimiento, la venta fiduciaria no es una ejecución forzada, sino simple cumplimiento de una obligación alternativa.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce dos supuestos en los que interviene la figura del *fideicomiso de garantía*. Uno de ellos es cuando se constituye como respaldo o aseguramiento de créditos concedidos por una empresa del sistema financiero y de seguros, en cuyo caso, de incumplirse el crédito se procederá a la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en la ley o en el contrato. El otro es cuando se constituye en respaldo a los derechos incorporados en valores mobiliarios.

El artículo 274 de la Ley n.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley de Bancos) ha regulado la figura conocida como *fideicomiso en garantía*,⁵ aplicable sólo a empresas del sistema financiero y de seguros. Esta norma prohíbe que el *fiduciario* sea al mismo tiempo el acreedor. Es el primer supuesto indicado en el párrafo anterior.

Por su parte, con relación al segundo supuesto, el artículo 260 de la Ley de Bancos, ha establecido que la emisión de valores mobiliarios con respaldo de un patrimonio fideicometido, se sujeta a lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores.

El artículo 301 del Texto Único Ordenado de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Decreto Supremo n.º 093-2002-EF, establece que en el *fideicomiso de titulación* una persona denominada *fideicomitente*, se obliga a efectuar la transferencia fiduciaria de un conjunto de activos a favor del *fiduciario* para la constitución de un patrimonio autónomo, denominado patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto a la finalidad específica de servir de respaldo a los derechos incorporados en valores cuya suscripción o adquisición concede a su titular la calidad de *fideicomisario*. Agrega la citada norma que únicamente las sociedades titulizadoras⁶ pueden ejercer las funciones propias del *fiduciario* en los *fideicomisos de titulación*.

5 El artículo 274 de la Ley de Bancos -Ley n.º 26792-, refiriéndose al «fideicomiso en garantía», señala: La empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando ésta se encuentre integrada por dinero dando cuenta, en este último caso, a la Superintendencia.

6 Según al Ley del Mercado de Valores la Sociedad Titulizadora es la sociedad anónima de duración indefinida cuyo objeto exclusivo es desempeñar la función de «fiduciario» en los procesos de titulación, pudiendo además dedicarse a la adquisición de activos con la finalidad de constituir patrimonios fideicometidos que respalden la emisión de valores.

Como se puede apreciar, los alcances del *fideicomiso en garantía* se encuentran limitados por la expresa regulación contenida en la Ley de Bancos y en la Ley del Mercado de Valores. Por ello, cuando la Ley de Títulos Valores alude al aseguramiento de las obligaciones contenidas en títulos valores vía *fideicomiso en garantía*, debe estarse a lo dispuesto en tales disposiciones legales.

2.2. Características generales de las garantías de los títulos valores

Los numerales 56.2, 56.3 y 56.4 de la Ley de Títulos Valores, establecen determinadas características respecto de las mencionadas garantías, que deben tenerse en cuenta.

En el primero de ellos se establece como requisito para que dichas garantías surtan efecto en favor de cualquier tenedor, el que deba dejarse constancia de ello en el mismo título o registro respectivo. Esto, como se sabe, es expresión del principio de literalidad regulado en el artículo 4 de la Ley de Títulos Valores; en él se establece que los alcances y modalidad de los derechos y obligaciones que emergen de los títulos valores, quedan determinados del texto del propio documento cambiario o en hoja adherida a él. Por lo tanto, no es posible la exigencia de cumplimiento de derechos u obligaciones que no consten en el propio texto del documento.

Tratándose de valores desmaterializados, con representación por anotación en cuenta, las garantías constituidas conforme a la ley de la materia deberán estar inscritas —bajo responsabilidad del emisor y, en su caso, de la Institución de Compensación y Liquidación de Valores— en los respectivos registros; esta garantía surte efecto desde su inscripción.

Por otro lado, el segundo dispositivo que se indica, establece que si no se señala a la persona garantizada, se presume que la garantía opera en respaldo del obligado principal. El garantizado puede ser cualquiera de los obligados en el título valor, contra los que pueden ejercerse acciones cambiarias directas, de regreso o ulterior regreso; en las garantías debe indicarse quién es el garantizado; no obstante, si esta garantía consta en un título valor, tal omisión no la invalida ni la hace ineficaz, pues se entiende que dicha garantía es a favor del obligado principal —aceptante en la cambial; emitente o girador en el pagaré y el cheque, etc.—; decisión idónea del legislador a efectos de asegurarle al tenedor del documento la mejor posibilidad de hacer eficaz la garantía.

Finalmente, el tercero de los supuestos previstos líneas arriba, establece que a falta de mención expresa del monto o límite de la garantía, se entiende que garantiza todas las obligaciones y el importe total que representa el título valor. Al igual que en el caso anterior, en términos generales debe entenderse que en las garantías deben indicarse con precisión, al momento de su constitución, la obligación garantizada, así como el monto o suma garantizada. No obstante, tratándose de una garantía que consta

en un título valor, en caso de omisión de tales datos, la garantía subsiste, con la precisión de que se aseguran todas las obligaciones que aparecen consignadas en el documento y por el monto total de ellas.

2.3. Garantías personales

Las garantías personales pueden consistir, como lo sostiene Vicent Chulia,⁷ en la asunción de una obligación propia, que se añade y refuerza la obligación principal o que, por el contrario, en la incorporación del garante como sujeto pasivo de la misma obligación preexistente.

Las garantías personales típicas en el Derecho Mercantil son el aval cambiario y la fianza.

2.3.1. Aval cambiario

En términos generales, se puede afirmar, como se reconoce en el Derecho comparado, que por el solo hecho de la firma, todo firmante de una letra —o título valor— garantiza su pago.⁸

En virtud del aval, el avalista interviene en el título valor con el objeto de garantizar el pago de la obligación contenida en él; no está pensado para ser parte o integrar ninguno de los negocios jurídicos que subyacen, tanto en la emisión del documento como en su circulación.

La doctrina concibe al aval cambiario como aquél mediante el cual una persona —denominada avalista— garantiza que uno de los obligados cambiarios pagará la obligación contenida en la letra de cambio o título valor. Sánchez Calero⁹ señala que algunas de las características del aval son: que debe constituirse por escrito; que el avalado ha de ser uno de los obligados cambiarios, es decir, el aceptante en la letra —o emitente en el pagaré— el librador o endosante.

El aval cambiario, según Vicent Chuliá, es la declaración cambiaria estampada por el avalista en el mismo título de la letra de cambio, pagaré

7 VICENT CHULIÁ, Francisco. Artículo: «Introducción al estudio de las garantías personales en el ordenamiento español», publicado en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*. Coordinación a cargo de Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez. Madrid: Editorial Cívitas, 1995, 1.ª Ed., Parte general y garantías personales, tomo I, p. 372.

8 GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Bogotá: Editorial Temis, 1987, Reimpresión de la 7.ª Ed., tomo II, p. 244. Refiriéndose al aval cambiario, el autor sostiene que el aval da por supuesta la existencia de un título ya creado y que nadie le obliga a firmar y en el que interviene espontáneamente para asegurar su buen fin.

9 SÁNCHEZ CALERO, Fernando. *Instituciones de Derecho Mercantil*. Valladolid: Editorial Clares, 1969, tomo II, p. 34. Este autor reconoce que el aval puede ser general y limitado; en el primer caso el avalista responde en los mismos casos y formas que la persona por la que salió garante, y en el segundo, cuando la garantía se limitare a tiempo, caso, cantidad o persona determinada, no producirá mas responsabilidad que la que nazca de los términos del aval.

o cheque, mediante la cual el avalista garantiza, solidariamente con el avalado —quien debe ser otro firmante u obligado cambiario— el pago de la totalidad o de parte del importe de la obligación cambiaria. La causa típica del aval es la garantía del pago y no de la aceptación.¹⁰

Refiriéndose a la influencia francesa y alemana en relación al concepto del aval, Uría¹¹ señala con magistral precisión que el Código de Comercio de su país, siguiendo el modelo francés de Código Napoleónico estableció que la función garantizadora que constituye la causa del aval, se deduce su indiscutible parentesco con la fianza; frente a la concepción alemana que siempre vio en el aval una asunción cumulativa de las obligaciones del avalado efectuada por el avalista y válida aun en el caso de ineficacia, inexistencia o inexigibilidad de vínculo obligatorio para el avalado, siempre que formalmente éste apareciera como obligado. La concepción alemana dejó establecida la desconexión entre aval y afianzamiento.

En la lógica citada líneas arriba, Escuti¹² señala que el avalista queda obligado hacia los portadores del título en una posición similar a la del avalado; asimismo, que el aval es en estricto un obligado cambiario y, por tanto, contrae una obligación literal, abstracta y sustancialmente autónoma que lo obliga solidariamente ante el portador del título, por lo que son inadmisibles los beneficios de excusión, división o interpelación.

En el artículo 57 de nuestra Ley de Títulos Valores, se define quiénes pueden otorgar aval en un título valor; señala que, con excepción del obligado principal, el aval puede ser otorgado por cualquiera de los que intervienen en el título valor o por un tercero. En el caso de ser uno de los intervinientes, éste debe señalar en modo expreso su adicional condición de avalista.

En esta norma se establece que para ser aval no es requisito ser, necesariamente, un tercero distinto a los obligados en el título valor; en realidad el aval puede ser también cualquier otro obligado cambiario —aceptante, emitente o librador o endosatario del título valor—; en cuyo caso el obligado debe indicar, además, su condición de avalista, indicando quién es el avalado; en caso de omisión, se entiende que el avalado es el obligado principal. Es obvio que el obligado principal no puede ser avalista, pues su situación en el documento cambiario no puede agravarse.

Los numerales 58.1, 58.2 y 58.3 del artículo 58 de la Ley de Títulos Valores, establecen algunas formalidades que se deben tener en cuenta,

10 VICENT CHULIÁ, Francisco. *Op cit.*, p. 383. Precisa el autor que el carácter especial del aval respecto de la fianza se manifiesta en los supuestos de conversión del mismo en fianza común, por virtud del principio de conservación del negocio jurídico.

11 URÍA Rodrigo, Aurelio MENÉNDEZ y Antonio PÉREZ DE LA CRUZ. *Curso de Derecho Mercantil. Estudio colectivo. Contratación mercantil, Derecho de los valores, Derecho concursal, Derecho de navegación*. Madrid: Editorial Cívitas, 2001, tomo II, p. 779.

12 ESCUTI, Ignacio A. *Títulos de Crédito, letra de cambio, pagaré y cheque*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1988, 2.ª Ed. actualizada y ampliada, p. 127.

en lo referente a la intervención del aval; el primero de ellos señala que el aval debe constar en el anverso o reverso del mismo título valor avalado o en hoja adherida a él, observando en este último caso las formalidades que la presente Ley establece. En esta norma se ratifica el elemento literalidad en los títulos valores; es decir, el aval debe constar por escrito en el propio documento cambiario; dicho en otras palabras, el avalista debe suscribirlo, caso contrario no existirá acción cambiaria contra dicho garante.

En relación al tema de que si el aval debe o no constar en el título, nuestra Ley de Títulos Valores se distingue de aval cambiario regulado en otros países, en las que se admite la posibilidad de que el aval conste por escrito fuera del título; así vemos, por ejemplo, en Argentina Escuti¹³ señala que el aval es un acto cambiario unilateral *no recepticio* de garantía, *otorgado por escrito en el título o fuera de él*, en conexión con una obligación cartular formalmente válida, que constituye al otorgante en responsable cambiario del pago. Por su parte, Sandoval,¹⁴ con similar criterio que el sostenido por Escuti, refiriéndose al derecho cambiario en Chile, señala que el aval es un acto escrito y firmado en la letra de cambio, *en una hoja de prolongación adherida a ésta, o en un documento separado*, por el cual el girador, un endosante o un tercero garantiza en todo o en parte el pago de ella.

Debe indicarse, además, la cláusula expresa de «aval» o «por aval», como lo precisa el segundo de los numerales citados en el párrafo precedente; se aplica al avalista la misma exigencia que a cualquiera que suscribe un título valor — artículo 6 de La Ley —; es decir, debe consignar su nombre, el número del documento oficial de identidad, su domicilio y su firma. Debe precisar, además, la persona avalada; claro está que en caso no se indique a quién se está garantizando, se entiende que el avalado es el obligado principal o, en su caso, el girador; así está establecido en el numeral 58.4 de La Ley.

Si la garantía consta en el anverso del documento, como lo precisa el numeral 58.3 de La Ley, podrá prescindirse de la cláusula «aval» o «por aval».

Con relación al domicilio del avalista, el numeral 58.5 de La Ley, señala que a falta de indicación del domicilio del avalista, se presume que domicilia para todos los fines de ley respecto al ejercicio de las acciones derivadas del título valor, en el mismo domicilio de su avalado o, en su caso, en el lugar de pago. La norma privilegia la subsistencia de la garantía —aval cambiario—, pues se asume que en caso de omisión en el señalamiento de su domicilio, debe entenderse que su domicilio es el

13 ESCUTI, Ignacio A. *Op. cit.*, p. 111.

14 SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Manual de derecho comercial*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 2.^a Ed. actualizada, tomo II, p. 122.

mismo que el del avalado o, en su caso, el del obligado principal — lugar de pago —.

Finalmente, como se ha indicado líneas arriba, tratándose de una garantía personal, como lo es el aval, debe indicarse el monto o la suma de dinero que está cubriendo el avalista. Si no se precisa tal detalle, se presume que es por el importe total del título valor; así lo prevé el numeral 58.6 de la Ley.

2.3.2. Responsabilidad del aval

El artículo 59 de La Ley establece la responsabilidad del aval. Veamos.

Como bien lo señala Escuti,¹⁵ una de las características más importantes de aval cambiario está referida a su desvinculación de la relación causal, en virtud de la cual queda establecido que la obligación del avalista subsiste aunque la obligación garantizada o el título sean nulos por cualquier causa sustancial; sin embargo, si el vicio que afecta al documento cambiario o título valor es meramente formal, tal hecho, por el contrario, hace caer la citada garantía.

En nuestro país, el artículo 59.1 de La Ley, incorpora la característica recogida en el derecho comparado y que es comentada en el párrafo precedente por el jurista argentino, al establecer que el avalista queda obligado de igual modo que aquél por quien prestó el aval; y, su responsabilidad subsiste, aunque la obligación causal del título valor avalado fuere nula; excepto si se trata de defecto de forma de dicho título.

Por otro lado, refiriéndose a la diferencia con la fianza, el mismo autor argentino sostiene, que mientras la obligación del fiador es siempre accesoria y puede o no ser solidaria, en el caso del avalista su obligación es siempre directa, independiente y solidaria.

Asimismo, el avalista cambiario no puede valerse de las excepciones personales del avalado, en razón de que su obligación es independiente y el derecho del tercero es autónomo, por su parte el fiador puede valerse de todas las defensas del deudor garantizado, aun contra la voluntad de éste.¹⁶

Con relación a esto último, el artículo 59.2 de La Ley, establece que el avalista no puede oponer al tenedor del título valor los medios de defensa personales de su avalado. Tal hecho, como se ha indicado, constituye una de las diferencias más importantes que existe entre el aval cambiario y la fianza.

Es posible que en el aval se establezca su vigencia en el tiempo; ello con el objeto de verificar o no su intervención en las renovaciones que se

15 ESCUTI, Ignacio A., *Op. cit.*, pp. 113-114.

16 ESCUTI, Ignacio A., *Op. cit.*, p. 114.

establezcan entre su avalado y el tenedor del título. El artículo 59.3 de La Ley, señala que el avalista puede asumir la obligación señalada en el primer párrafo en forma indefinida, en cuyo caso no será necesaria su intervención en las renovaciones que acuerde su avalado y el tenedor del título. La citada norma señala que en este caso, su aval deberá constar en modo expreso en el título mediante la cláusula «Aval Indefinido» o «Aval Permanente».

A contrario de lo regulado en la norma citada precedentemente, se puede establecer que el aval puede ser de naturaleza temporal. Uria¹⁷ señala que el aval temporal es aquél en que el avalista subordina su vinculación a que le sea requerido el pago de la letra dentro de unos determinados límites temporales; como por ejemplo: 30 ó 60 días después de la fecha del vencimiento; refiere el mencionado autor que se considerará nulo el aval que contenga una limitación temporal que lo haga caducar antes de que la letra venza.

La cláusula «aval indefinido» o «aval permanente», resulta innecesaria en aquellos títulos valores que contengan la cláusula de prórroga prevista en el artículo 49 de La Ley; así queda establecido en el numeral 59.4 de La Ley.

2.3.3. Subrogación del aval

El artículo 60 de La Ley regula la subrogación del aval.

En las relaciones que el aval tiene con los otros obligados en el título valor, el avalista que cumple con la obligación garantizada adquiere los derechos resultantes del título valor contra el avalado, y los obligados en favor de éste en virtud del título valor, y se subroga en todas las garantías y derechos que otorgue dicho título. Así lo establece categóricamente el artículo 60.1 de La Ley.

Similar criterio al que prevé la norma citada en el párrafo precedente, sucede en el derecho cambiario español. Sobre ello Uria¹⁸ indica que el avalista que pague adquirirá los derechos derivados de ella contra la persona avalada y contra los que sean responsables cambiariamente respecto de esta última; por ello, sostiene el citado autor que si el aval se dio por el aceptante, tenga acción contra éste, pero no acción de regreso contra nadie. Si salió el garante —aval— por el librador —en la letra—, tendrá acción contra éste y contra el aceptante y su avalista. Si avaló a un endosante, puede dirigirse contra su avalado, los endosantes anteriores, contra el librador —en la letra— contra el aceptante y contra el eventual avalista de cualquiera de ellos.

Por su parte, en el Derecho argentino, informa Escuti,¹⁹ se establece también que el avalista que cumple con la prestación a la que estaba

17 URÍA Rodrigo, Aurelio MENÉNDEZ, Antonio PÉREZ DE LA CRUZ. *Op cit.*, p. 783.

18 URÍA Rodrigo, Aurelio MENÉNDEZ Aurelio y Antonio PEREZ DE LA CRUZ. *Op cit.*, p. 785.

19 ESCUTI, Ignacio A.. *Op. cit.*, p. 132.

obligado en función de la garantía asumida tiene el derecho cartular de ir contra el avalado y de los que respondan ante éste; en otras palabras, goza de un derecho cambiario y, por tanto, es autónomo y originario, similar al que puede tener un endosante para ir en contra de los obligados mediante la acción de reembolso: el avalista no sucede ni se subroga en los derechos que tenía el portador del título a quien le efectuó el pago.

Finalmente, el artículo 60.2 de La Ley, establece que el avalista que cumpla con el pago el día del vencimiento o antes de que el título fuese protestado, acto del que se dejará constancia en el mismo título, no requerirá de la formalidad prevista en el segundo párrafo del artículo 70 para ejercitar los derechos cambiarios que le corresponda.

El segundo párrafo del artículo 70 de La Ley establece que en los títulos valores sujetos a protesto, el protesto o la formalidad sustitutoria que deben ser obtenidos dentro de los plazos previstos al efecto, constituyen formalidad necesaria para el ejercicio de las acciones cambiarias respectivas. De lo expuesto se desprende que el avalista se encuentra exonerado de la diligencia del protesto o formalidad sustitutoria, siempre y cuando pague la obligación garantizada el día del vencimiento o antes de que el título sea objeto del protesto; para ello se requiere que se deje constancia del pago en el propio documento cambiario.

2.3.4. Alcances del aval cambiario

Con relación a los alcances de las obligaciones que corresponden al aval, supongamos que en un título valor el avalado es el obligado principal, ¿si se acredita que la firma de éste es falsa, por ejemplo, del aceptante en una cambial, responderá el aval por la obligación contenida en el citado documento?

Algunos sostienen que si se acredita la falsedad de la firma del avalado puesta en un título valor, tal hecho invalidaría formalmente el documento, de lo que se concluye que, en tal supuesto el aval no respondería por la obligación asumida por su avalado.

No obstante, nuestro ordenamiento establece que el hecho de que se acredite la invalidez de la firma puesta por uno de los obligados en un título valor, dicha situación no invalida el documento cambiario, ello en razón de que la obligación será asumida por los otros que firmaron tal documento. Ello se deduce de lo previsto en el artículo 8 de la Ley. Por ello se puede afirmar que si la firma del avalado es inválida o falsa, el aval continúa siendo obligado respecto del crédito garantizado.

2.4. La fianza

La fianza se celebra entre el acreedor y el fiador; es decir, no se requiere de la intervención del deudor, se puede celebrar sin que el deudor sea citado o comunicado, e incluso contra la voluntad del propio deudor. En virtud de ella el fiador responde frente al acreedor por el incumplimiento de la obligación asumida o que le corresponde al deudor en la obligación principal.

De lo que se trata es de que el fiador asuma y responda por una obligación ajena. Nuestro Código Civil — en su artículo 1868 — acepta que la fianza puede constituirse no sólo a favor del deudor — en la obligación principal —, sino a favor también de otro fiador.

En materia civil queda establecido que cuando la fianza se establezca como solidaria, o que el deudor se encuentre en estado de quiebra, el fiador sólo puede ser intimado para pagar la obligación incumplida, cuando se haya producido la excusión de los bienes del deudor.

Siguiendo la idea descrita líneas arriba, en el derecho foral español, según Mellado,²⁰ la fianza es una obligación accesorio que en garantía de una deuda ajena, asume el fiador y debe cumplir subsidiariamente en defecto de cumplimiento de la obligación afianzada. Agrega el citado jurista que el carácter de *accesoriedad* de la fianza, supone la existencia de una obligación principal, de manera que si ésta no existe, tampoco existirá la fianza; otra característica de la fianza es la *subsidiaridad*, en virtud de la cual la obligación del fiador surge en el momento en que el deudor principal no ha cumplido; finalmente se conoce el carácter de *reintegrabilidad* del contrato de fianza, en virtud del cual el fiador actúa con ánimo de reintegrarse lo que tenga que pagar, y no con ánimo liberatorio.

Tales características de la fianza están recogidas en nuestro ordenamiento jurídico en materia civil. No obstante, cuando esta garantía consta en títulos valores, toman ciertas características particulares que la distinguen de la fianza puramente civil; pese a ello subsisten, en la fianza cambiaria, las características más importantes, lo que permite siempre una clara diferencia con la figura del aval cambiario.

Por ello, el artículo 62 de La Ley establece que son de aplicación a la fianza de que trata el artículo 61, en cuanto no resulten incompatibles con su naturaleza y con lo señalado en dicho artículo, las disposiciones referentes al aval. Veamos.

2.4.1. Responsabilidad del fiador

El artículo 61 de La Ley regula la responsabilidad del fiador.

El artículo 61.1 de La Ley, señala que, salvo que en modo expreso se haya señalado lo contrario, la fianza que conste en el mismo título valor o en el respectivo registro tiene carácter de solidaria y el fiador no goza del beneficio de excusión, aun cuando no se haya dejado constancia de ello en el título o en el respectivo registro del valor con representación por anotación en cuenta.

20 MELLADO RODRÍGUEZ, Manuel. Artículo: «La fianza en el derecho foral español. El derecho interregional», publicado en *Tratado de Garantías en la contratación mercantil*. Coordinación a cargo de Ubaldo Nieto Carol y José Ignacio Bonet Sánchez. Madrid: Editorial Cívitas, 1995, 1.ª Ed., Parte general y garantías personales, tomo I, pp. 178-179.

Efectivamente, cuando la fianza consta en un título valor, es sin beneficio de excusión; y, salvo pacto en contrario, tiene el carácter de solidaria.

En materia de títulos valores, refieren Beaumont y Castellares,²¹ la fianza toma distancia del concepto civilista, precisamente debido a la característica que se indica en el párrafo precedente; los citados autores nacionales, recogiendo lo que la doctrina ha establecido clásicamente, reconoce que la obligación del fiador, a diferencia de la del avalista, es siempre accesoria y puede o no ser solidaria; mientras que la del avalista es siempre directa, independiente y solidaria.

Por su parte el artículo 61.2 de La Ley, establece que el fiador queda sujeto a la acción cambiaria, del mismo modo, durante el mismo plazo y en los mismos términos que contra su afianzado. Asimismo, el numeral 61.3 de La Ley, prevé que el fiador puede oponer al tenedor del título valor los medios de defensa personales de su afianzado.

Como se puede apreciar, a diferencia del avalista, el fiador puede ejercer como su defensa, las mismas que le corresponde a su afianzado, incluidas las que se deriven de las relaciones personales de este último. Por el contrario en el aval, el avalista se encuentra impedido de ejercer tales defensas.

2.5. Garantías reales

A diferencia de las garantías personales, las garantías reales recaen sobre bienes específicamente determinados, y en virtud de ello quedan afectados jurídicamente por el propietario o persona autorizada o por mandato legal, con el objeto de asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, propia o de tercero. La obligación garantizada puede ser determinada o determinable, puede ser futura o eventual; el gravamen puede ser por suma determinable o determinada. Tratándose de la hipoteca, debe estar inscrita en el Registro de Propiedad inmueble respectivo.

Refiere Díez-Picazo²² que las garantías reales son las que recaen sobre cosas determinadas y tienen como uno de sus efectos la oponibilidad *erga omnes*. Su esencia se hace radicar tradicionalmente en que permiten al acreedor dirigirse contra la cosa gravada a fin de realizar su valor y de esta manera satisfacer su interés.

Nuestro ordenamiento civil reconoce la constitución de una garantía real para asegurar la obligación contenida en títulos transmisibles por endoso o al portador, es decir, títulos valores. Efectivamente, el artículo 1108 del Código Civil vigente, prevé la escritura pública de constitución

21 BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo y Rolando CASTELLARES AGUILAR. *Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores*. Análisis autorizado artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica, octubre 2000, 1.ª Ed., p. 281.

22 Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Op. cit.*, p. 496.

de hipoteca para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador; precisa la norma que en la escritura pública toda la información que permita identificar, por ejemplo, el número y valor de los títulos valores que se emitan y garanticen con la hipoteca; la serie o series que correspondan, la fecha o fechas de emisión; entre otras.

En el caso citado, se trata de la emisión de valores mobiliarios — títulos valores — que circularán en el mercado, y que se encontrarán garantizados con hipoteca. Se entiende que constituye un requisito de circulación la existencia de la hipoteca válidamente constituida. El documento que contiene la garantía debe contener, además, los datos suficientes para identificar los valores asegurados; y por su parte, en dichos valores mobiliarios deberán constar los datos de la inscripción registral de la hipoteca respectiva.

La figura descrita guarda similitud con la emisión de valores mobiliarios en el marco del *fideicomiso de titulización*, comentada líneas arriba, con la diferencia de que en este caso, la garantía o respaldo de las obligaciones contenidas en los referidos valores mobiliarios se encuentra en el *patrimonio fideicometido* y no con una hipoteca.

En consecuencia, tratándose de títulos valores asegurados con garantías reales, la garantía real constituida debe constar de modo expreso en ellos, de tal manera que al circular cualquier tenedor pueda advertir, del solo documento cambiario, de la existencia de tal garantía.

Así ha quedado establecido en el artículo 63.1 de La Ley, en el que se señala que además de las formalidades y requisitos que las respectivas disposiciones legales señalen para la constitución de garantías reales que respalden títulos valores, cuando dichas garantías aseguren el cumplimiento de las obligaciones frente a cualquier tenedor, debe señalarse en el mismo título o en el respectivo registro la existencia de tales garantías y, en su caso, las referencias de su inscripción registral.

Es del caso comentar que la Ley de Títulos Valores ha regulado en el artículo 240, el documento cambiario denominado *Título de Crédito Hipotecario Negociable* (TCHN). Se trata de un título valor que se emite por el Registrador Público, a petición expresa del propietario, en el que consta la inscripción de una hipoteca — constituida unilateralmente por el propietario — con el objeto de asegurar una obligación que constará, con posterioridad, en el propio documento; cuando se consigne la obligación garantizada, el propietario tenedor del título valor lo endosará al acreedor, quien verá su crédito asegurado con la citada garantía real. La norma establece que el documento cambiario deberá contener, entre otros datos: lugar y fecha de emisión del documento; la descripción resumida del bien afectado con el gravamen hipotecario, según aparece de la inscripción registral; el monto de la valorización del bien que será, además, el monto del gravamen.

Consignada la obligación en el documento y producido el primer endoso a favor de acreedor, estaremos frente a una obligación contenida en un título valor, asegurada con una hipoteca.

Finalmente, el artículo 63.2 de la Ley señala que en el caso citado líneas arriba, las transferencias del título no requieren del asentimiento del obligado ni, de ser el caso, del constituyente de la garantía, para que ésta tenga plena eficacia frente a cualquier tenedor del título valor.

3. CONCLUSIONES

1. La fianza y el aval son garantías personales que aseguran el cumplimiento del crédito contenido en un título valor. El fiador o aval puede garantizar al obligado principal del título valor o al endosante. Estos garantes aseguran el cumplimiento de la obligación con su patrimonio personal. Sin embargo, aseguran tal obligación de manera distinta.
2. A diferencia de la fianza, en el aval el garante no puede invocar como defensa las excepciones fundadas en las relaciones personales tenidas entre su avalado y su acreedor, y su obligación cambiaria subsistirá aun cuando se acredite la invalidez de la relación sustantiva que dio origen al título valor. Sólo quedará sin efecto la garantía constituida por el aval cuando se invalide el documento cambiario por razones de índole formal.
3. La fianza puesta en un título valor es siempre solidaria, salvo que modo expreso se haya señalado lo contrario. En este tipo de garantía el fiador puede oponer al tenedor del documento cambiario los medios de defensa personales de su afianzado.
4. Los títulos valores emitidos para que circulen en el mercado, están garantizados por garantías reales, de tal manera que los bienes dados en garantía constituyen el respaldo material en caso el obligado u obligados no cumplan con la obligación incorporada en tales documentos; en este caso los datos de la garantía, incluso su inscripción registral deben estar consignados en los valores mobiliarios.
5. En la emisión de valores mobiliarios para que se adquieran en el mercado, las obligaciones allí contenidas pueden estar aseguradas con fideicomiso en garantía. El uso de esta garantía es mucho más eficiente que la propia garantía real, en la medida en que el patrimonio fideicometido, que asegura materialmente la obligación, puede ser ejecutada por el fiduciario sin necesidad de recurrir a un proceso judicial.

Teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen económico familiar*

Enrique Varsi Rospigliosi**

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Denominación. — 3. Concepto. — 4. Definición. — 5. Estructura de la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen familiar. — 5.1. Sujetos. — 5.1.1. Defraudadores. — 5.1.1.1. Cónyuges. — 5.1.1.2. Convivientes. — 5.1.1.3. Padres. — 5.1.2. Defraudados. — 5.1.2.1. Cónyuge/Conviviente. — 5.1.2.2. Hijos. — 5.1.2.3. Terceras personas. — 5.2. Vehículo. — 5.2.1. Persona jurídica. — 5.3. Objeto. — 6. Interacción de la persona natural con la persona jurídica en el régimen familiar. — 7. Ámbito. — 7.1. Régimen de bienes. — 7.1.1. Liquidación de la sociedad de gananciales. — 7.2. Régimen de alimentos. — 8. Tipología de la desconsideración de la persona jurídica. — 8.1. Desconsideración inversa o indirecta. — 8.1.1. En cuanto a los sujetos. — 8.2. Desconsideración reversa o directa. — 8.2.1. En

* La redacción de este capítulo se inició con la colaboración de los alumnos de la Sección Doctoral de la Escuela de Post Grado de la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú), periodo 2011-II, cátedra Taller de Investigación dirigida por el profesor Enrique Varsi Rospigliosi, conformada por los doctorandos Luis Antonio Allende Macchiavello, Renzo Cayro Armejo, Natalia Lourdes Escudero Robles, Madeleyne Hurtado Vargas, José Miguel La Rosa Gómez de la Torre, Sara Esperanza Páucar Mendoza y María Vásquez Díaz. Además, fue revisado por la profesora Marianna Chaves.

** Dr. iur., Dr. h.c., Mg., Prof. hon. mult. Universidad de Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Universidad Particular San Martín de Porres. Comité Intergubernamental de Bioética UNESCO - PERÚ.

cuanto a los sujetos. — 9. Instituciones jurídicas que podrían solucionar el abuso de la persona jurídica. — 9.1. Ejercicio abusivo del derecho. — 9.2. Simulación. — 9.3. Fraude. — 9.3.1. Fraude en el matrimonio y en la unión estable. — 9.3.1.1. Fraude en el matrimonio. — 9.3.1.2. Fraude en la unión estable. — 9.4. Enriquecimiento sin causa. — 9.5. La desconsideración de la persona como herramienta eficaz. — 10. Afectación del tercero en el fraude de la persona jurídica. — 11. El delito de fraude en la administración de personas jurídicas y el fraude societario para perjudicar la comunidad de bienes y el régimen alimentario. — 12. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Tal como escribió el jurista argentino, el profesor Julio Dassen «es frecuente comprobar que personas humanas acerca de cuya inmensa fortuna nadie duda, no tienen a su nombre el automóvil que usan diariamente, ni siquiera acaso, su reloj pulsera. Una sociedad anónima es la dueña aparente de todos los bienes. Y de ese modo se burla a los acreedores, a la esposa que pide alimentos, o la liquidación de la sociedad conyugal».¹ Surge, en este contexto, la teoría de la desestimación de la persona jurídica, conocida como allanamiento, desestimación o inoponibilidad de la persona jurídica.

Esta teoría «consiste en la superación o el corrimiento de la forma jurídica para imputar las consecuencias del obrar de la sociedad o de los órganos sociales no sólo a ésta sino a sus socios o a quienes conformaron o impusieron la voluntad del ente para fines distintos».² Surge en la jurisprudencia anglosajona como un intento de solucionar los problemas generados por el uso abusivo de la personalidad jurídica.³ Lo cierto es que si una empresa posee bienes aportados por sus socios y que no son destinados a la explotación de la misma sino a la explotación comercial de bienes propios de sus integrantes, con el único fin de eludir obligaciones con terceros, ello implica un fraude que habilita a desenmascarar a sus autores.

La doctrina del *alter ego* se desarrolla al abrigo de la teoría del *disregard*⁴ considerando que los contratos no pueden perjudicar a terceros. El contrato social es válido, pero inoponible respecto de los afectados.

En las relaciones familiares la desestimación de la persona jurídica

1 Cit. por LÓPEZ MESA, Marcelo J. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades comerciales*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 2000, p. 101.

2 VERÓN, Alberto Víctor. «Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibilidad y responsabilidad». En *La Ley*, 10/08/2011, p. 1.

3 ARTIEDA ARAMBURÚ, Rafael. «La doctrina del levantamiento del velo societario y su aplicación en el Perú» En *Advocatus*. Lima, 2010, n.º 22, p. 219.

4 DI CHIAZZA, Iván G. y Pablo Augusto VAN THIENEN. «El Alter Ego en sociedades de capital». En *La Ley*, 2009-B, p. 633.

es aplicable en instituciones como la separación de cuerpos, divorcio, régimen de bienes y alimentos en razón que durante su desarrollo puede cometerse abusos de uno de los cónyuges/padres a través de la persona jurídica, conllevando a la afectación de los derechos de los cónyuges, convivientes, alimentistas o terceros acreedores. La sociedad *casco* o *aparente* es creada y utilizada para cometer fraudes. Ocultando su patrimonio en ella el cónyuge/conviviente/padre hace irrealizable sus responsabilidades económicas cuando le sean exigidas al carecer de patrimonio.

La persona jurídica se constituye con el ánimo de defraudar los intereses de «otro» sea el cónyuge, pareja, hijos o terceros. Es utilizada con la firme intención de perjudicar el patrimonio familiar sin cumplir su verdadera finalidad corporativa sino la de una *mera pantalla*. Se busca excluir a uno de los cónyuges o convivientes de la ganancia de los bienes que se aportan a una persona jurídica, así como disponer de los mismos sin contar con el consentimiento del defraudado. En estos casos quien maneja la persona jurídica no es necesariamente el cónyuge defraudador, bien podría ser un allegado u otro familiar.

La figura del fraude es elemento fundamental para que se configure el levantamiento del velo societario. A través de este mecanismo se nos permitirá ingresar a la sociedad —de la cual se ha valido el defraudador— dejando de lado al ente social que reviste a las personas y los bienes, con la finalidad de evitar el perjuicio de aquel cónyuge, conviviente, alimentista o tercero acreedor cuyo único error fue confiar en la buena voluntad de quien debía cumplir con ciertas obligaciones familiares.

Los doctrinarios brasileiros Farias y Rosenvald⁵ señalan que debe imponerse la aplicación de esta teoría levantando el velo societario cuando resultan evidentes las conductas practicadas por empresas para perjudicar, máxime cuando se trata de abuso practicado por el cónyuge, conviviente o progenitor en detrimento de los intereses legítimos de su contraparte familiar. La aplicación de esta doctrina debe estar presidida del principio de proporcionalidad en relación con los intereses que puedan vulnerarse tomando en cuenta, además, que no puede vaciarse de contenido a la sociedad mercantil por su importancia en la vida económica social. Es nuestra intención dar a conocer a nuestros magistrados la importancia que apliquen la doctrina del levantamiento del velo social de una forma amplia y real, cuando las pruebas así lo ameriten, a fin de evitar los abusos cometidos por medio de esta figura en perjuicio de las relaciones familiares y así poder garantizar la igualdad y seguridad jurídica que son la fuente de las relaciones humanas.

La pertinencia —teórica y práctica— de la *disregard of legal entity* es innegable. Se presta para impedir el uso de la empresa como un ver-

5 FARIAS, Cristiano Chaves de y Nelson ROSENVALD. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 2.^a Ed., tercer tiraje, p. 264.

dadero escudo para cubrir el fraude y las simulaciones patrimoniales. Y, teniendo en cuenta las numerosas formas de la transferencia de activos en las relaciones familiares y la sucesión, ya se puede ver que su aplicación en el Derecho de las Familias y Sucesiones buscaba, de hecho, más atención.⁶

2. DENOMINACIÓN

Llamada allanamiento, desestimación o inoponibilidad de la persona jurídica.

Regla de penetración, doctrina de la *instrumentality* o doctrina del *alter ego*, doctrina de la identidad, *lifting of veil* o *disregard of legal entity* [desatender o no hacer caso de la persona jurídica]; *piercing the corporate veil*, teoría de la impenetrabilidad, teoría de la penetración, rasgado del velo societario o levantamiento de la personalidad, levantamiento del velo societario,⁷ que proviene de la expresión inglesa *to lift the veil*. Espinoza Espinoza prefiere llamarlo principio de relatividad de la persona jurídica.⁸

3. CONCEPTO

La teoría de la penetración de las personas jurídicas es correr el velo de la personalidad con el objeto de determinar cuál es la realidad y quiénes son los verdaderos responsables de ciertos actos. Es decir, es quitar la máscara con la que pueden cubrirse quienes son dueños o controlan una persona jurídica a fin de analizar si dichos actos han sido utilizados por los propietarios como meros medios en beneficio exclusivamente propio o un detrimento de terceros. Esta teoría es un avance sobre las reglas generales del Derecho. Un remedio que puede utilizarse cuando existió abuso de derecho, abuso de la personalidad o inequidad y, por lo tanto, su aplicación tiene carácter restrictivo.

Debe considerarse a esta teoría, no como la regla general sino como una excepción a usarse en determinados casos en forma específica y ante la certeza de que tras la persona jurídica se encubren los verdaderos beneficiarios de la actividad de ésta. Es posible que una sociedad participe en otra — por ejemplo conformando un grupo económico — caso en el que deberá ponerse atención, no en este grupo económico sino en si existió o

6 En el mismo sentido, véase FARIAS, Cristiano Chaves de. «A Disregard Doctrine a Serviço da Proteção do Patrimônio Familiar e Sucessório - Resenha Bibliográfica». En *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 09, Abr/maio: Porto Alegre: Magister, pp. 126-128, 2009, p. 126.

7 GUERRA CERRÓN, María Elena: *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Lima, Grijley, 2009, p. 364.

8 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Lima, Rhodas, 2006, 5.ª Ed., p. 782.

no abuso de derecho, abuso de la personalidad o inequidad con el objetivo de poder penetrar en el grupo económico, puesto que de no darse alguno de estos tres supuestos las personas jurídicas como entes susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, deben ser respetadas en cuanto a sus atributos de la personalidad.⁹

La desconsideración de la persona jurídica es la superación de la personalidad jurídica y, dado que el ente colectivo y los socios tienen autonomía patrimonial, esta superación sólo debe ocurrir cuando se ha demostrado que el daño al acreedor es resultado del uso fraudulento o abusivo de la autonomía patrimonial.¹⁰ Este instituto tiene como finalidad autorizar la penetración en el núcleo de la personalidad. Se compone por una concesión legislativa a un ente jurídico que les permita encontrar a sus administradores para responsabilizarlos por los actos cometidos mediante el uso de la persona jurídica.¹¹

En una frase: «la aplicación de la doctrina de la *disregard* justamente tiene como objetivo dar a conocer la realidad que se oculta bajo el velo de formalismo legal, de manera que ése no prevalezca a expensas de los acreedores y los terceros de buena fe.

4. DEFINICIÓN

Para Guerra Cerrón «Es una práctica judicial por la cual se prescinde de la forma externa de la persona jurídica para desconocer la diferencia entre ella y sus titulares, de ahí se levanta el velo y se examinan los reales intereses que existen en su interior. Así se evitan y detienen los fraudes y abusos que se estén cometiendo».¹²

Implica, en la práctica, el desconocimiento de la persona jurídica como sujeto de derecho autónomo y distinto de los miembros que la componen atribuyendo responsabilidad a quienes actuaron en nombre excesivo de ella.

Ocurre en el derecho de las familias la desconsideración personalidad jurídica cuando el socio cónyuge o conviviente, a través del abuso de la sociedad conyugal, por medio de simulación o fraude, hace desvío de propiedad privada, bienes particulares, pertenecientes a la sociedad afectiva y los agrupa bajo el manto de una estructura corporativa ya existente o creada con el único propósito de defraudar al cónyuge o conviviente, o

9 GAJST, Ignacio Fabián. *Teoría de la penetración societaria*. La Ley, 1991-E, p. 1595.

10 Cf. MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 134.

11 Véase NAHAS, Thereza Christina. *Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 94.

12 GUERRA CERRÓN, María Elena: *El levantamiento del velo y la responsabilidad de las sociedades anónimas*. Lima, Grijley, 2009, p. 3624.

evitar el pago de los alimentos. Para utilizarse este instituto, sumados a los requisitos mencionados, debe caracterizarse la injusticia flagrante.¹³

5. ESTRUCTURA DE LA TEORÍA DE LA DESESTIMACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL RÉGIMEN FAMILIAR

Entendemos por estructura aquellos elementos relacionados entre sí que intervienen en la aplicación de la teoría de la desestimación de la persona jurídica en el régimen familiar. Estos elementos están compuestos por los sujetos que intervienen durante el desarrollo del aprovechamiento indebido del ente colectivo hasta la intervención de la misma. El objeto no es otro que el bien o derecho que se ve afectado.

5.1. Sujetos

5.1.1. Defraudadores

Es el familiar victimario.

El cónyuge/conviviente/padre es titular de un paquete accionario con amplios poderes de representación y disposición, incluso, el domicilio social coincide con el familiar cedido altruistamente por la empresa. El poder de decisión en la entidad mercantil está totalmente en manos de uno de los cónyuges quedando confundidas la persona física y la jurídica, lo que se aproxima a un supuesto de «acto de contratación consigo mismo».¹⁴

5.1.1.1. Cónyuges

Los cónyuges son los sujetos principales que participan dentro de la estructura de la teoría de la desestimación de la persona jurídica. Uno de ellos se vale de subterfugios para afectar los bienes de la sociedad conyugal a favor de una empresa —de la cual podría ser o no socio— con la finalidad de perjudicar al otro cónyuge.

Bajo este contexto nos encontramos ante un escenario en el que uno de los cónyuges será el defraudante y el otro el defraudado. El defraudante es aquél que transfiere los bienes de la sociedad conyugal a la persona jurídica respecto de la cual puede o no aparecer en su estructura accionaria con la finalidad de lesionar al otro cónyuge.

5.1.1.2. Convivientes

Los convivientes deben ser entendidos como los integrantes de las uniones estables propias con carácter de habitualidad y/o permanencia

13 Véase MARCANTÔNIO, Roberta. «Abuso no direito de família». En *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Abr/maio: Porto Alegre: Magister, pp. 51-85, 2010, vol. 15, p. 71.

14 LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y Ricardo EMILIO CANIZARES. «El levantamiento del velo en el Derecho de Familia». En www.latoga.es, n.º 146, enero/febrero 2004 [10/12/2011].

que tenga como efecto la constitución de una comunidad de bienes, la cual se regirá por las reglas de la sociedad de gananciales (artículo 326). Al igual que los cónyuges, los convivientes son sujetos quienes pueden intervenir en calidad de defraudante o defraudado toda vez que, bajo este contexto, uno de ellos transfiere algunos de los bienes de la comunidad a una sociedad con la finalidad de ocasionar perjuicio al otro.

5.1.1.3. *Padres*

Al ser los padres quienes ejercen la representatividad tienen la obligación de proveer de alimentos, los que pueden verse afectados con el proceder de uno de sus progenitores al transferir a una sociedad sus bienes con la finalidad de eludir su deber para con el alimentista.

Esta situación puede darse también en el caso de los cónyuges cuando entre sí se deben alimentos.

5.1.2. *Defraudados*

Es el familiar víctima.

Aquel miembro de la familia cónyuge/conviviente/hijo o hasta un tercero que se ve afectado por la utilización indebida de la persona jurídica en desmedro de las relaciones patrimoniales de la familia.

5.1.2.1. *Cónyuge/Conviviente*

Aquel que se ve afectado con la acción del cónyuge o pareja defraudante, puesto que, si bien el defraudado no figura en la estructura accionaria de la sociedad a la cual se transfirieron los bienes comunes, se ve afectado por las consecuencias irregulares en la disposición de los bienes realizadas por el otro.

5.1.2.2. *Hijos*

Los hijos por su condición de dependientes de los padres son considerados la parte más vulnerable en una relación jurídica familiar, siendo la teoría de la desestimación de la persona jurídica aquella que busca ofrecer protección.

5.1.2.3. *Terceras personas*

El tercero puede intervenir como afectado o beneficiario del acto fraudulento de disposición de bienes.

Podemos delimitar a los terceros en una sociedad comercial de la siguiente manera:

- La sociedad comercial se requiere la participación de dos socios como mínimo siendo el caso que la sociedad conyugal aparece uno de los cónyuges, el otro socio será un tercero diferente a la sociedad conyugal.
- La sociedad comercial, el gerente general o director no necesariamente son accionistas, por lo tanto, se requerirá de terceros para su integración.

- La sociedad comercial desarrolla una actividad donde requiere la contratación con terceros para su subsistencia (proveedores, clientes, etc.).
- La sociedad comercial realizada por una comunidad conyugal puede considerar como terceros a los hijos.

Es claro que, para nuestro tema de estudio algunos de estos terceros pueden tener una participación activa para los propósitos del cónyuge que busca defraudar a su consorte.

| Sujetos | |
|----------------------|--------------------|
| <u>Defraudadores</u> | <u>Defraudados</u> |
| Cónyuge | Cónyuges |
| Conviviente | Conviviente |
| Padre | Hijo |
| Cónyuge/conviviente | Tercero |

5.2. Vehículo

Es el medio o mecanismo a través del cual se lleva a cabo el acto.

5.2.1. *Persona jurídica*

Son las sociedades comerciales propiamente dichas.

La persona jurídica puede conformarse o usarse para ocultar bienes y cometer fraude sobre el patrimonio conyugal, cuando con ella se pretende privar de la administración o disposición de éstos a uno de los cónyuges. La persona jurídica termina siendo el testaferro del cónyuge/padre defraudador. Una figura societaria originada para armonizar una situación legal donde se le da la posibilidad al socio/cónyuge /padre intervenir directamente en la administración y manejar los intereses sociales ante terceras personas sin incurrir en responsabilidad ilimitada y solidaria por los actos que realicen en nombre de la sociedad.

La persona jurídica no es administrada necesariamente por uno de los cónyuges. Puede hacerse bajo un tercero que movilizaría los bienes de la sociedad conyugal o de la unión estable con el afán de afectarlos, siguiendo la voluntad de aquél que quiere defraudar a otro con el cual mantiene una relación familiar. Como dice López y Emilio¹⁵ el objetivo es establecer la confusión de personalidades y patrimonios en la estructura jurídica de la sociedad, sea por la falta de autonomía o la imposibilidad de distinguir aquello que es propiedad de la sociedad y aquello que es del cónyuge que pretende ocultar su patrimonio.

15 LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y Ricardo EMILIO CAÑIZARES. «El levantamiento del velo en el Derecho de Familia», en www.latoga.es, n.º 146, enero/febrero 2004 [10/12/2011].

Con la creación de la sociedad se precipita con mayor intensidad la insolvencia del cónyuge deudor, aparentando su descapitalización para afrontar las obligaciones económicas derivadas de un divorcio, liquidación de gananciales o alimentos. Este desplazamiento de propiedades del cónyuge a favor de la sociedad tiene un carácter aparente, careciendo el ente social de la titularidad real y efectiva sobre sus activos que, formalmente, se encuentran en dominio del cónyuge. La constitución de la sociedad tiene como objetivo aminorar o dejar sin efecto la responsabilidad patrimonial en clara actitud engañosa y contraria a la buena fe, siendo un cobijo para el timo. La persona jurídica actúa para aminorar o desafectar la responsabilidad económica de su accionista mayoritario y, a mayor sazón, único administrador, cuya contraparte termina siendo la familia afectada.

La persona jurídica finalmente será el ente que bajo la modalidad nace con un afán defraudador, en otras palabras, será el medio para la obtención de un fin ilícito.

Nada niega que puedan usarse entes no personificados o sociedades irregulares para estas prácticas.

5.3. Objeto

Son los bienes, los derechos e intereses de los cónyuges, concubinos, hijos y terceros.

Cuando hablamos de bienes conyugales nos referimos a aquéllos adquiridos dentro de la vigencia del matrimonio que están bajo la titularidad de la sociedad comercial con el efecto que haya un cónyuge, hijo o tercero perjudicado.

No podemos excluir a los bienes propios de cada cónyuge (al ser sus frutos sociales) que pueden ser aportados a la sociedad y luego ser parte de un perjuicio directamente a este cónyuge que cedió su derecho.

6. INTERACCIÓN DE LA PERSONA NATURAL CON LA PERSONA JURÍDICA EN EL RÉGIMEN FAMILIAR

La persona natural «es un ente —lo somos cada uno de los seres humanos— por lo que se constituye en el sujeto de derecho. Mientras que la personalidad vendría a ser tan sólo «la manifestación fenoménica de la persona, su exteriorización en el mundo, su peculiar *manera de ser*».¹⁶ Por su parte, la persona jurídica es un sujeto de derecho colectivo. Adquiere derechos y obligaciones autónomos siempre que esté inscrito en el registro respectivo. No es suficiente que las personas se unan para formar una colectividad, se requiere del reconocimiento del ordenamiento jurídico.

16 QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. «Teoría del levantamiento del velo societario: ¿Es aplicable en el Derecho peruano?», p. 2, <http://www.teleley.com>, 14/09/11.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 78 del Código, los bienes de la persona jurídica constituyen un patrimonio independiente, separado del de cada uno de sus miembros. Ante la exigencia de ejecución de una deuda contra alguno de ellos no puede imputarse ésta al patrimonio de la persona jurídica.

Si bien el artículo antes acotado señala que la persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros que la integran, debemos tener en cuenta que la persona natural puede utilizar a la jurídica abusando de los derechos que le son concedidos por ley. Ello con la finalidad de que el actor se aproveche de esta independencia en beneficio propio y en detrimento de terceros. La idea básica es que no cabe alegar la separación de patrimonios entre persona física y jurídica cuando tal separación es, en realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como por ejemplo, incumplir un contrato, eludir la responsabilidad extracontractual, aparentar insolvencia. La doctrina del levantamiento del velo es aplicada cuando está probado que la sociedad carece de funcionamiento real e independiente respecto del cónyuge que la controla, con lo que se convierte en simple instrumento para actuar en el tráfico mercantil sin voluntad, ni personalidad propia.¹⁷

En el caso de las relaciones familiares tenemos que es uno de los cónyuges o convivientes quien utiliza a la persona jurídica para cometer algún fraude o abuso que conlleva a la afectación del otro o, sea el caso, a los alimentistas o terceros acreedores.

A modo de ejemplo tenemos que el cónyuge «X» propietario de un inmueble, quien a su vez es socio de una empresa, tiene planes de divorciarse de «Y» por lo que, a fin de no incluir el bien en la repartición de la sociedad de gananciales, transfiere la propiedad del inmueble a la sociedad. En este contexto, a efectos de impedir el perjuicio de la otra parte, se procede a la desestimación de la persona jurídica, es decir, ingresamos a la sociedad con la finalidad de evitar el perjuicio del otro cónyuge.

Como ya se mencionó, las maniobras a través de la utilización indebida de la persona corporativa ha tenido gran eco en el derecho de las familias para evitar el pago de los alimentos y cometer fraude en la separación de bienes conyugales porque la incorporación de bienes a una sociedad mercantil o la simple retirada de la cónyuge de la estructura corporativa de la empresa conyugal es equivalente a su venta a terceros.¹⁸

7. ÁMBITO

Esta teoría, aplicada al Derecho de las familias ha tenido un interesante desarrollo en la doctrina brasileira a través del profesor Rolf Madale-

17 LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y Ricardo EMILIO CAÑIZARES. «El levantamiento del velo en el Derecho de Familia», en www.latoga.es, n.º 146, enero/febrero 2004 [10/12/2011].

18 MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro, Forense, 2011, 4.ª Ed., p. 799.

no¹⁹ quien considera que puede relacionarse con tema el de los regímenes de bienes y los alimentos.

En este contexto la teoría de la desconsideración de persona jurídica tiene una aplicación en las relaciones matrimoniales y uniones estables. Durante el matrimonio o unión estable ocurren efectos jurídicos que repercuten en el plano patrimonial del régimen de bienes. Como comunidad plena de vida, cuya base es la realización de la persona humana, el matrimonio y la unión estable generan variadas consecuencias jurídicas, sobre todo, patrimoniales.

En el campo del Derecho de las familias, la ocultación de los bienes matrimoniales bajo el manto de la persona jurídica se presta muy bien para evitar la partición de estos activos, así como para ocultar los verdaderos recursos efectivos y el *status* social del cónyuge socio en cuanto a la fijación de una pensión alimenticia a sus dependientes.²⁰

7.1. Régimen de bienes

Cuando el matrimonio o unión estable se disuelven suelen surgir controversias en torno al régimen de bienes donde, las partes, suelen cometer fraude o abuso bajo la sombra de una persona jurídica, afectando los derechos de su pareja, hijos o de terceros contratantes. Se presenta cuando los bienes comunes son retirados del ámbito familiar y colocados en sociedades válidamente constituidas o, en su defecto, en negocios simulados con el propósito de defraudar. La teoría de la desconsideración de la persona jurídica es perfectamente aplicable en estos casos con la finalidad de proteger el régimen de bienes.

En el caso de los bienes matrimoniales se busca, a través de la persona jurídica, dar espacio a fraudes intentando perjudicar al otro cónyuge que pretende participar del patrimonio en una disolución matrimonial, o del patrimonio sucesoral o para que el hijo no cobre una pensión de alimentos. Igual temor de estafa civil puede ser detectado en las uniones estables. El conviviente posee bienes inmuebles, adquiridos bajo la convivencia registrados solo a su nombre o comprados por ambos, los que son dispuestos en perjuicio del otro o de terceros de buena fe. La falta de una regulación de estas situaciones permite que un conviviente cometa fraude frente a un tercero al venderle un bien inmueble, omitiendo en la escritura pública la existencia de una unión estable.²¹

19 MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Río de Janeiro: Forense, 2009, 1.ª Ed.

20 Vid. MAMEDE, Gladston y Eduarda COTTA MAMEDE. *Divórcio, dissolução e fraude na partilha de bens: Simulações Empresariais e Societárias*. Sao Paulo: Atlas, 2010.

21 Álvaro Villaça de Azevedo señala «O maior perigo está na alienação unilateral de um bem por um dos companheiros, iaqueando a boa fé do terceiro, em prejuízo da cota ideal do outro convivente, omitindo ou falsamente declarando o seu estado

Los bienes conformantes de un patrimonio conyugal pueden ser desviados en virtud de negocios simulados o aparentes con la intención de causar un perjuicio al otro cónyuge. La persona jurídica es usada para ocultar bienes y cometer fraude sobre los bienes conyugales al privar de bienes, o de la administración o disposición de estos al otro. Se instrumentaliza a la persona colectiva para burlar normas de orden público del Derecho de familia afectando a uno de los cónyuges y al patrimonio conyugal. Sea constituyendo una o valiéndose de otra puede excluirse o limitarse la participación de un cónyuge en los bienes sociales de forma que la persona jurídica termina siendo un testaferro del cónyuge defraudante.

Este último no aparece en la estructura accionaria de la sociedad, se vale de substitutes, participa de forma mínima o, alegando ser socio de favor. El controlante de la persona jurídica podría ser un socio, amigo, pariente, amante, compañero o cualquiera cuya intención sea ayudar a sustraer a uno de los cónyuges los bienes comunes de la sociedad conyugal mediante su transferencia a la persona jurídica. Con ello, el cónyuge puede disponer de los bienes sin necesidad del consentimiento del otro, atentando contra la preservación del patrimonio de la conyugal.

En las relaciones de familia surge un extraño y perverso sentimiento vengativo utilizando a las personas jurídicas para dar espacio a fraudes dirigidos con una clara intención de perjudicar al ex cónyuge que, con derecho, pretende participar en el patrimonio frente a una disolución matrimonial. Cuando esto ocurre, la admisión de la teoría de la desconsideración de la personalidad jurídica surge como elemento neutralizador de fraudes y abusos ejecutados sobre un bien bajo la protección de persona jurídica.²² Se utiliza a la persona jurídica para eludir el régimen de gananciales, para defraudar a los terceros, para disimular patrimonio, en definitiva para llevar a cabo conductas a través de un medio legal para infringir la ley.²³

convivencial. Nesse caso, o companheiro faltoso poderá estar, conforme a situacao, se o bem do casal for alienando, a non domino, a parte pertencente ao outro, inocente». Cit. MADALENO, Rolf. *Curso de direito de Família*. Rio de Janeiro, Forense, 2011, 4.^a Ed., p. 808.

22 Cfr. DE FARIAS, Cristiano Chaves y Nelson ROSENVALD. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 2.^a Ed., tercer tiraje, p. 264.

23 La jurisprudencia argentina ha clasificado cinco casos en los cuales se debe prescindir de la persona jurídica para prevenir o impedir fraudes: 1) Violación a la legítima hereditaria (disposición de bienes por el causante en fraude a la legítima hereditaria o imposición de gravámenes a los mismos por largos años); 2) afectación de los derechos del cónyuge (al transferir bienes a una sociedad constituida); 3) afectación de derechos de terceros (insolvencia fraudulenta transfiriendo bienes a una persona jurídica para evitar embargos o acciones resarcitorias); 4) fraudes impositivo (evasión impositivas); y 5) Violación de prohibiciones (competencia desleal en el mercado al amparo de una persona jurídica). SIRO ZENCIC, Santiago. *Inoponibilidad de la persona jurídica*, pp. 54-55. En www.imgbiblio.vnec.ed.ar, 11/11/11.

En otras palabras, sintiendo el cónyuge o el compañero el fracaso del matrimonio o de la unión estable lleva a cabo el registro de bienes muebles y inmuebles en nombre de la empresa en la que participa. El socio, en la sombra del velo de la persona jurídica, compromete el patrimonio conyugal.²⁴

La aplicación de la teoría de la desconsideración de la persona jurídica en el régimen de bienes de la familia, como forma de evitar el fraude de uno de los interesados, resulta de especial interés al buscar proteger al cónyuge que es burlado de sus derechos sobre los gananciales a través de un uso irregular de la persona jurídica. Según el Tribunal de Familia, San José de Costa Rica. Voto 598 (8:15 horas, 15 de abril del 2009) sostuvo que:

[...] el presente proceso; que se aplique la Doctrina del Levantamiento del Velo Social y se proceda a la cuantificación de su derecho a gananciales, que hasta hoy ha hecho negatorio el demandado, el cual organizó el patrimonio de la sociedad, con el fin de burlar el derecho a gananciales de su esposa (...) porque lo importante es determinar que el demandado utilizó el velo social para efectuar de apariencia lícita y legítima un negocio, pero cuyo objetivo es contrario, al ordenamiento jurídico vigente. Porque el traspaso accionario, o sea el nuevo negocio jurídico habido entre hermanos, tiene como finalidad insoslayable el propósito de excluir los bienes caracterizables como gananciales de la comunidad de bienes habidos en matrimonio [...].²⁵

Eduardo Zannoni nos ilustra con los siguientes ejemplos:

- a) Antes de casarse una persona constituye una sociedad, luego de casado y antes de iniciarse el divorcio transfiere a la empresa de la sociedad conyugal. Iniciado el proceso de divorcio la mujer solicita el embargo del 50% de las acciones de la sociedad en carácter de gananciales. El marido aduce tener menos acciones y con un valor nominal notoriamente inferior al valor de los bienes que aportó. Ante esta situación el juez nombra un interventor judicial para determinar la titularidad del paquete accionario y su valor real.
- b) Luego de producida la separación conyugal el marido conforma una sociedad a la cual transfiere bienes comunes. Tiempo después constituye con un tercero otra sociedad a la que transfiere dichos bienes quedando la primera sin patrimonio. Se destaca del caso, las siguientes circunstancias: i) la sociedad no pudo acreditar ninguna

24 Cfr. DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. Sao Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, 7.ª Ed., p. 328.

25 CORDERO ALVARADO, Rosaura. *El levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. San José Costa Rica, 2010, pp.151 y 152.

actividad ni operación luego de su constitución; ii) el marido, no obstante que transfirió el dominio de los bienes a la otra sociedad, mantuvo su domicilio en uno de ellos y continuó usando el automóvil también aportado, y; iii) la nueva sociedad no acreditó haber realizado otra actividad que la de adquirir estos bienes aportados. El tribunal decretó a las dos sociedades como simuladas o fraudulentas, ordenando que los bienes, inmueble y automóvil, se incluyan en la masa de la sociedad conyugal a liquidar.

- c) Durante el matrimonio, marido y mujer, aportaron a una sociedad la totalidad de los bienes comunes. Dictada la sentencia de divorcio, la sociedad entra en liquidación y es así que la mujer en un convenio suscrito con su marido acepta recibir una suma de dinero por concepto de restitución de capital y de participación en las utilidades obtenidas. Inmediatamente, el marido constituye una nueva sociedad con el mismo objeto que la anterior pero con una ínfima participación, aunque en los hechos la controla. Simultáneamente la sociedad primitiva en liquidación transfiere a la nueva sociedad los bienes sin conocimiento del cónyuge defraudado. El tribunal desestima la tercería interpuesta por la nueva sociedad manejada exclusivamente por el marido.
- d) Durante el matrimonio, marido, mujer y la hermana de aquél constituyen una sociedad. El directorio queda integrado por el marido y su hermana. Iniciado el proceso de divorcio, la mujer solicita el embargo del fondo social aportado íntegramente por la sociedad conyugal. A lo que se opone la sociedad representada por la cuñada, alegando que la persona jurídica es un tercero ajeno al juicio. El juez traba embargo provisional.

7.1.1. *Liquidación de la sociedad de gananciales*

La liquidación de la sociedad de gananciales es el procedimiento en el que se presentarán mayores dificultades cuando se proceda a cuantificar el crédito que la comunidad conyugal tenga frente a la sociedad constituida fraudulentamente.

La teoría de la desconsideración de la persona jurídica es aplicable frente a una constatación de disputas matrimoniales en los que un cónyuge oculta los bienes de la sociedad en el patrimonio de una empresa. Compra bienes, no a título personal ni conyugal, sino a nombre de la empresa. Con ello disfraza la verdadera titularidad. Oculta cualquier señal o el rol significativo de éstos adquiriéndolos para uso familiar pero registrados a nombre de una sociedad. En el caso se presente la liquidación de la comunidad de bienes nos enfrentaremos a que todos los rendimientos de la sociedad de uno de los cónyuges están dentro de la entidad mercantil, sin repartir los beneficios a los socios a través de dividendos u otras formas cualesquiera de rentabilidad. Con este proceder, el cónyuge evitará que los beneficios adquieran carácter ganancial y, por el contrario, a tra-

vés de la revalorización del activo societario, incrementará su patrimonio privativo.²⁶

El fraude a través de la persona jurídica puede ser mediante un acto unilateral o bilateral. Por ejemplo, sustentado en el principio de la libre circulación de las acciones, un cónyuge puede transferir sus acciones a terceros²⁷ o, puede convencer al otro a fin de aportar los bienes de la comunidad en una empresa. Los bienes ya no son comunes, son de la persona jurídica vía el aporte efectuado lo cual desarticula toda relación patrimonial de los cónyuges con los bienes.

¿Qué deberá hacer el magistrado que en pleno proceso de liquidación de gananciales descubre esta irregularidad? Deberá implementar toda medida necesaria y razonable encaminada a la aplicación de la norma de orden público que intento burlarse. El magistrado no puede limitarse a constatar un fraude y abstenerse de revertirlo a fin de salvaguardar el patrimonio familiar.

La medida sugerida para impedir que se consume el acto es la nulidad por fin ilícito y por atentar contra las normas de orden público. El acto jurídico de transferencia es ineficaz y debe ordenarse la restitución del bien al patrimonio de la sociedad conyugal para posibilitar la partición y liquidación correspondiente. El magistrado podrá declarar la ineficacia de estas transferencias respecto al cónyuge defraudado para evitar la consumación de un fraude y dar cumplimiento a las normas de orden público del Derecho de familia. La sentencia no debería afectar a la existencia misma de la sociedad o la validez de los actos societarios que no afecten al cónyuge inocente. Lo que se deja sin efecto es el acto en sí que lesiona al cónyuge defraudado. No se trata de desconocer a la persona jurídica.

El momento y vía procedimental adecuada para levantar el velo de la sociedad será el mismo procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, y en especial, en la fase de formación de inventario.

En el Segundo Juzgado de Familia de Ayacucho²⁸ se ha presentado el siguiente caso:

26 LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y Ricardo EMILIO CAÑIZARES. «El levantamiento del velo en el Derecho de Familia». En www.latoga.es, enero/febrero 2004, n.º 146 [10/12/2011].

27 El Tribunal de Familia. San José de Costa Rica. Voto n.º 674 (8 horas, 6 de junio de noviembre del 2005). «[...] Nótese cómo ese entrelace de bienes y actividades entre don P y la sociedad EPM S.A., se ha utilizado para que doña Y, no tenga bienes contra los cuales reclamar su eventual derecho a gananciales, manteniéndose don P, al frente de la sociedad como su personero, pero formalmente las acciones que dentro del capital social le correspondían fueron traspasadas en pleno conflicto a sus hijos los codemandados [...]» (CORDERO ALVARADO, Rosaura. *El Levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho. San José Costa Rica, 2010, p. 157).

28 Expediente n.º 690-2008, se expidió sentencia de primera instancia fecha 28 de octubre de 2011. Distrito Judicial de Ayacucho, Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Perú.

Dos cónyuges durante el matrimonio adquieren una casa. Después de varios años de matrimonio, el marido le propone a la mujer donar dicha casa a fin de operar un Colegio para lo cual constituirían una empresa conjuntamente con la familia de éste. Pasaron varios años, la cónyuge se percata que su esposo, aprovechando su buena confianza e ignorancia, constituyó una empresa donde se presentó como soltero y no se le incorporó como socia, habiendo sido engañada para donar dicha casa a favor de su hija, quien si era socia de la sociedad constituida por su cónyuge. Posteriormente, ya iniciado el proceso de separación convencional y divorcio ulterior, por la causal de separación de hecho, la cónyuge solicita que la única casa que formaba parte de la sociedad de gananciales, vale decir, la casa donde funciona el colegio, el cual ha sido inventariado y protocolizado ante el Juez, sea incorporado dentro de la sociedad de gananciales para su liquidación. A diciembre de 2011 el proceso concluyó con la declarando la separación de cuerpos de los cónyuges, subsistente el vínculo matrimonial, el fenecimiento de la sociedad de gananciales y su posterior liquidación en ejecución de sentencia.

7.2. Régimen de alimentos

En el caso del régimen de alimentos sucede algo parecido. El cónyuge alimentante transfiere los bienes que conforman su patrimonio con la finalidad de eludir su deber para con el alimentista. El levantamiento del velo de la persona jurídica se configura con el objeto de evitar que el proceder del alimentante/defraudador vaya en contra de este derecho fundamental de su alimentista. Este comportamiento defraudador debe ser rechazado por nuestro ordenamiento jurídico puesto que el perjudicado es el alimentista quien, a la luz de nuestra legislación, goza de la máxima protección.

Cuando un deudor de alimentos utiliza la ruta mercantil como un escudo para cometer fraude en los alimentos y procede a transferir sus bienes personales a una empresa o simula su retirada de esta misma empresa, está — con estos gestos contractuales, de aspecto perfectamente legal — causando un daño a su alimentista. En estos casos, procede de forma inmediata la suspensión de los efectos dañinos del acto jurídico sin tener en cuenta la persona jurídica utilizada para defraudar al alimentista. No es necesario recurrir a la vía judicial para demostrar la nulidad del acto jurídico de validez aparente o comenzar una acción judicial por medio de simulación con recursos que el alimentista no tiene,²⁹ la desestimación de la persona jurídica opera de una forma más eficaz y eficiente.

Por ejemplo, el abogado independiente que para evitar sus obligaciones constituye una sociedad civil (estudio) solicitando a sus clientes

29 Cfr. MADALENO, Rolf. «A disregard nos alimentos». Disponible em: www.rolfmadaleno.com.br. Acceso em: 01/01/2012.

que cancelen por el servicio brindado y solo a uno que otro le emite recibo por honorarios. Esto incidirá, sin duda, en la determinación de la pensión alimenticia. Si el alimentista descubre esta maniobra tendrá la posibilidad de declarar inoponibles dichas transacciones efectuadas a la persona jurídica y solicitar la nueva determinación de la pensión alimenticia, tomando en cuenta los verdaderos ingresos. También, puede pedir una reparación por el daño causado por el fraude así como denunciar la correspondiente comisión de delito de falsedad genérica por haberse falseado los ingresos en complicidad con los miembros o la administración de la persona jurídica que conocían del fraude.

El alimentante también puede hacerse embargar sus ingresos y bienes por parte de una sociedad comercial vinculada a fin que la pensión sea inferior. En estos casos, más que afectarse la prioridad del crédito se perjudica la información sobre la capacidad económica del alimentante lo que redundará en la determinación de la pensión. Si se descubre el fraude puede solicitarse la declaración de la nulidad de los actos que generan los presuntos créditos con la sociedad controlada así como la determinación de los presuntos delitos que pudieron cometerse.

Existen casos en que los ingresos del acreedor alimentario distan de la realidad al utilizarse la forma societaria que oculta sus verdaderos ingresos, configurándose un enriquecimiento injusto. La mayoría de veces se toma como referencia para fijación de pensión de alimentos un sueldo mínimo que será la base para el establecimiento de una pensión de alimentos, sin considerarse que el acreedor alimentario podría obtener otros ingresos provenientes de la persona jurídica, los cuales son ocultados. En este caso la persona jurídica actúa como un ente defraudador al ocultar que el alimentante tiene un estándar de vida más alto de lo que reflejan sus ingresos.

La fijación de pensión alimentaria en el caso de trabajadores independientes es un serio problema al tomarse como referente la declaración jurada u otras pruebas nimias que presenta el demandado e inducir al juzgador a su fijación en base a esa información. La mayoría de casos resulta difícil para el acreedor alimentario determinar que existen otros ingresos que percibe el demandado no registrados, al ser actividades llevadas a cabo a través de empresas o por actividades informales no declaradas.

8. TIPOLOGÍA DE LA DESCONSIDERACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

La teoría de la desconsideración de la persona jurídica puede ser analizada de acuerdo a su tipología, sus clases y formas como se aplica.

8.1. Desconsideración inversa o indirecta

En este tipo de desconsideración los bienes matrimoniales pasan al patrimonio de la persona jurídica. Suele utilizarse cuando se afecta el principio de autonomía y protección patrimonial de la familia para responsabilizar a la sociedad por obligaciones asumidas personalmente por los socios.

Por ejemplo, la desconsideración inversa se da cuando un cónyuge o compañero adquiere bienes valiosos y los registra a nombre de la empresa que controla. En casos como este es posible responsabilizar a la sociedad por el valor debido al otro cónyuge o compañero perjudicado.³⁰

8.1.1. En cuanto a los sujetos

- a) *Activo*: Defraudador (cónyuges, sociedad)
- b) *Pasivo*: Defraudado (cónyuges, hijos, tercero)

8.2. Desconsideración reversa o directa

En este tipo de desconsideración los bienes de la persona jurídica, conformada con el patrimonio de la sociedad conyugal, pasan al dominio personal de uno de cónyuges. Esta figura suele utilizarse cuando se afecta el principio de autonomía patrimonial de la persona jurídica a fin redireccionar los bienes de la sociedad en favor de uno de ellos.

8.2.1. En cuanto a los sujetos

- a) *Activa*: Defraudador (cónyuge/ accionista de la empresa)
- b) *Pasiva*: Defraudado (sociedad, accionistas, tercero, cónyuge)

El siguiente cuadro nos puede ilustrar:

| Tipología de la desconsideración de la persona jurídica | | | |
|---|--|--|--|
| Reversa o Directa <i>Los bienes de la persona jurídica pasan al patrimonio personal</i> | | Inversa o Indirecta <i>Los bienes matrimoniales pasan al patrimonio de la persona jurídica</i> | |
| En cuanto a los sujetos | | | |
| Pasiva | Activa | Pasiva | |
| <i>Defraudado (Sociedad, accionistas, tercero cónyuge)</i> | <i>Defraudador (Cónyuge/ accionista)</i> | <i>Defraudado (Cónyuge, hijo, tercero)</i> | |

30 Rolf Madaleno sustenta que, «no direito de família, sua utilização (da *disregard doctrine*) dar-se á de hábito na via inversa, desconsiderando o ato, para alcançar bem da sociedade, para pagamento do cônjuge ou do credor prejudicado». Cit. DE FARIAS, Cristiano Chaves y Nelson ROSENVALD. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, , 2.^a Ed., tercer tiraje, p. 265.

9. INSTITUCIONES JURÍDICAS QUE PODRÍAN SOLUCIONAR EL ABUSO DE LA PERSONA JURÍDICA

Nuestro sistema jurídico civil contiene instituciones jurídicas que podrían ser utilizadas como medios para solucionar en parte los problemas que conlleva el abuso de la persona jurídica pero sin que llegar a obtener resultados eficaces y eficientes, como sí lo obtendríamos —por el contrario— con la aplicación del levantamiento del velo societario; esto es, la inoponibilidad, donde el acreedor que se estime perjudicado pueda actuar para hacer efectivos sus derechos, desconociéndose la existencia y efectos de la persona jurídica, de forma tal que, previa demanda, puede conseguirse dejar sin efectos los actos realizados por la sociedad a fin de prestar atención a los auténticos titulares o intereses que actúen a través de la forma societaria que haya sido utilizada abusivamente. Lo cierto es que existe una estrecha relación, al margen de las grandes diferencias, entre varios institutos civiles y es que el origen de la doctrina del levantamiento del velo ^{sc} encuentra en la llamada «doctrina de terceros» construcción jurídica que permite lograr los mismos resultados que la doctrina del levantamiento del velo, pero sólo invoca como fundamentos el fraude y la buena fe.

9.1. Ejercicio abusivo del derecho

El abuso del derecho se encuentra proscrito constitucionalmente de acuerdo con el último párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú. Civilmente, tampoco se le reconoce dado que el artículo II del Título Preliminar del Código señala que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusiva de un derecho.

El abuso del derecho, en lo que a las figuras societarias respecta, abarca el denominado «dominio de la sociedad», o «control o dirección efectivo externo» de la persona jurídica referido al hecho que aunque la sociedad aparezca como un sujeto autónomo en la práctica es controlada por la voluntad del accionista abusador. Esta situación debe evitarse toda vez que un ordenamiento jurídico jamás debe proteger el abuso de una institución jurídica.

En cuanto a su verificación, es necesario el análisis de las circunstancias que rodean cada caso concreto, siendo necesario que pueda determinarse cuándo se está ante un verdadero abuso de derecho, *i.e.* cuando se utiliza el derecho con fines distintos a los de su naturaleza y no ante un uso irrestricto (el derecho, dentro de sus límites, es utilizado para la consecución de objetivos jurídicamente válidos y lícitos) del Derecho.

El ejercicio abusivo de un derecho subjetivo implica el desconocimiento de los fines que la ley le atribuyó, actuar contrariando la buena fe, moral y buenas costumbres que, generalmente, lesionan intereses de terceros dentro de lo que puede perfectamente encuadrarse las relaciones familiares.³¹

31 ZANNONI, Eduardo A. «El abuso del derecho y las relaciones conyugales». En *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 1998, vol. 16, pp. 127-137.

Cuando una persona natural decide constituir una sociedad para esconderse tras el manto corporativo, escapando de sus acreedores alimentarios disponiendo de bienes del matrimonio, estaríamos en presencia de un abuso del derecho, figura que, si es hecha valer en proceso sólo se obtendría una indemnización a favor del perjudicado.

9.2. Simulación

La simulación puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando se aparenta celebrar un acto jurídico, cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo; y es relativa, cuando se aparenta celebrar un acto específico pero en la realidad existe otro distinto que ha sido ocultado.

A *Disregard Doctrine* consiste en desconocer los efectos naturales de la persona jurídica, en casos concretos, penetrando a su estructura formal para verificar su sustrato a fin de que no sea utilizada para simulaciones ni fraudes, como también para solucionar todos aquellos casos en que el respeto a la forma societaria llevaría a soluciones contrarias a su función y a los principios consagrados por el ordenamiento jurídico. Siendo así, es preciso reconocer la necesidad de aplicación de la *Disregard Doctrine* también en los casos en que la personalidad jurídica impone obstáculos a un debido examen de responsabilidad por fraudes o simulaciones llegando a soluciones conforme al Derecho.³²

Carlos Enrique Quiroga Periche³³ señala que mediante esta figura los sujetos pueden pactar que el negocio realizado constituya una mera apariencia que no los vincule y que, por lo mismo, carece de toda función (simulación absoluta). El simulador necesita crear un negocio ficticio engendrado para enmascarar su ganancia material. Se pretende dar visos de seriedad y veracidad a su acto, por ejemplo cuidar que en la escritura de la aparente compra venta no conste el bajo precio (ficticio); sino ocurre ello, hará presumir la simulación con un precio inferior, la falta de recursos del *seudo* comprador que generalmente será un pariente o un amigo próximo, la falta de comprobación de salida del dinero de la cuenta del comprador y el ingreso a la cuenta del vendedor.

De uso corriente es la simulación por cónyuges o convivientes que se disponen de los bienes con la disculpa de alegar recaudación de dinero, justamente de los bienes que les dan subsistencia, como las cuotas de la empresa de la que son socios, figurando al otro lado, compradores que si son bien investigados, ni siquiera disponen de dinero para las adquisiciones, todo ello en perjuicio exclusivo de las relaciones familiares. Con este

32 DE OLIVEIRA, Avenir Passo. «Ação civil pública contra a Encol. Jus Navigandi». Teresina, ano 3, n.º 27, 23 dez. 1998. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16019>. Acesso e 26 set. 2011.

33 QUIROGA PERICHE, Carlos Enrique. «Teoría del levantamiento del velo societario. Es aplicable en el Derecho Peruano?». En <http://www.teleley.com> (noviembre 2011).

criterio, Jorge Mosset Iturraspe³⁴ señala que, constituyen presunciones graves y concordantes de la simulación, una compra venta en operación hecha con parientes próximos o con un notario amigo, la ausencia de la tradición del bien enajenado o cuando el vendedor sigue en posesión del bien. Igualmente causan sospechas los negocios firmados entre personas que mantienen vínculos de afecto.

El inconveniente es que, la simulación es difícil de probar. Todo fue preparado para ser ocultado, borrada las huellas de su existencia, creando apariencias engañosas, confeccionadas por especialistas en tales artificios.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene normas y principios que sancionan con la nulidad los actos simulados, instrumento que puede constituirse en determinado momento, en otra herramienta legal subsidiaria para exigir judicialmente la desestimación de la personalidad jurídica y responsabilizar directamente a quienes cometieron abuso por su conducto. Hoy en día, no cabe ninguna duda que debe admitirse la posibilidad que los jueces puedan introducirse (levantar el velo) en el interior de personas jurídicas cuando sea preciso a fin de evitar el abuso de esa personalidad independiente en daño ajeno o de los derechos de los demás, fundamento del orden público y de la paz social.³⁵

Tanto el ejercicio abusivo del derecho como la simulación no resultan los más idóneos y propicios para rasgar el velo corporativo en los casos de uso abusivo de la sociedad.

A modo de ilustrar un caso de simulación con el fin de perjudicar al cónyuge podemos traer a colación una sentencia expedida por el Tribunal de Familia de San José de Costa Rica en la que se advierte que uno de los cónyuges organizó el patrimonio de la sociedad conyugal para burlar el derecho a ganancias del otro. La simulación se dio fingiendo un colapso económico y vendiendo todo el patrimonio de la empresa conyugal a su hermano ante su supuesta eventual ayuda económica, constante, desinteresada e inverosímil de un agricultor que aporta gran cantidad de dinero, siendo un campesino. El Tribunal procedió a acoger la pretensión de levantar el velo social de la empresa conyugal y estableciendo que todos los bienes pertenecientes a la misma son bienes gananciales y que a la esposa corresponde el 50% del valor neto de los mismos. Los cuales se liquidarán en la respectiva ejecución de sentencia.³⁶

34 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos simulados y fraudulentos. Contratos fraudulentos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni editores, 2001, tomo II. Cit. por MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2007, p. 37.

35 LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y Ricardo EMILIO CAÑIZARES. «El levantamiento del velo en el Derecho de Familia». En www.latoga.es, enero/febrero 2004, n.º 146 [10/12/2011].

36 Sentencia n.º 00598. Expediente n.º 99-400406-0187-FA de 15 de abril de 2009 emitido por el Tribunal de Familia de San José. <http://200.91.68.20/scij/busqueda/jurisprudencia>, 11/11/11.

9.3 Fraude

Cuando en una comunidad de bienes los cónyuges o convivientes otorgan su consentimiento para conformar una persona jurídica autorizan transferir bienes propios y/o sociales a favor de la sociedad que, por lo general, será administrada por uno de ellos quedando el otro en una posición de incertidumbre frente a los bienes transferidos.

Durante la etapa de armonía que tenga la pareja, la actividad empresarial se verá enrumada, sin turbaciones. Lo difícil es tratar de analizar qué sucede cuando la relación de pareja se ve empañada por la ruptura de la armonía sentimental. En esta situación, uno de los cónyuges, a través de un acto aparentemente legal puede cometer un fraude lesionando los intereses de su pareja. Éste se dará cuando un miembro de la pareja es el que administra la empresa colocándose en una posición de poder frente a los bienes y dejando en posición de desventaja a aquel que no tiene ningún tipo de injerencia con la administración de la misma. En ésta línea, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica (Voto n.º 322, 14:30 horas, 17 de diciembre de 1997) indicó:

[...] concerniente al carácter en que participó la persona jurídica compradora, el hecho de que su representante sea el mismo demandado evidencia, sin posibilidad de objeción alguna, que éste utilizó el velo social para incurrir en un acto de apariencia legítima, pero cuya finalidad es del todo contraria al ordenamiento jurídico. No cabe duda, entonces, que ese negocio jurídico, documentado el 16 de agosto de 1993, y su posterior anotación en el Registro Público de la Propiedad de Vehículos, se hicieron con el firme propósito de excluir el bien referido, fraudulentamente, de la comunidad de gananciales. Así las cosas, fue realizado en fraude de ley, por lo que carece de la virtud de impedir la declaratoria de ganancialidad del valor económico de su objeto, tal y como acertadamente se estableció en segunda instancia.³⁷

9.3.1. Fraude en el matrimonio y en la unión estable

El fraude en las uniones conyugales se va a diferenciar por la confirmación legal de cada institución. Mientras que el matrimonio la unión de derecho iniciaría desde la suscripción del acta matrimonial, en la unión estable deberán existir condicionantes como el tiempo de convivencia para la conformación de la comunidad de bienes previa declaración judicial o notarial; finalmente, la acción fraudulenta tiene una connotación muy similar en ambos casos, diferenciándose en materia de alimentos entre los sujetos de la unión de derecho, que jurídicamente no se establece en los sujetos de la unión estable.

³⁷ CORDERO ALVARADO, Rosaura: *El Levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*, Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho, Facultad de Derecho, San José Costa Rica, 2010, p.157.

9.3.1.1. Fraude en el matrimonio

El matrimonio, como unión de derecho, implica la conformación de la comunidad de gananciales que se inicia desde la suscripción del acta matrimonial, salvo que esta sea formulada con separación de patrimonios, pudiendo en ambos operar el fraude.

En el Perú, existen varios tipos societarios, pero los más comúnmente utilizados son las sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada e inclusive la empresa individual de responsabilidad limitada, todas factibles de adquirir bienes. En el caso de las dos primeras se presenta la necesidad de dos o más sujetos para su creación, donde uno de ellos podrá ser la sociedad conyugal y la otra parte una persona natural, jurídica o inclusive otra sociedad conyugal.

Cuando los cónyuges toman la decisión de conformar la empresa, aparte de necesitar un socio figurativo, que normalmente es un pariente mayor de edad de alguno de ellos, deben aportar bienes o capital, de allí que surjan los primeros indicios de futuros actos fraudulentos.

En las sociedades comerciales el gerente general, coincidentemente, puede ser uno de los cónyuges que aparece como titular de la empresa y que en el futuro va a ser quién cometerá el fraude. Todo comienza por el aporte, adquisición, donación o cualquier otra forma de transferencia del derecho de propiedad de bienes conyugales, propios de los cónyuges a favor de la empresa o de un tercero propietario de una empresa que luego lo aporta a ésta,³⁸ recayendo la administración en el gerente, que puede ser perfectamente uno de los cónyuges o, también, un tercero coludido con el cónyuge defraudador, pudiendo ser perfectamente su propio amante.

Cuando se produce la ruptura de la relación conyugal el cónyuge que se encuentra en la gerencia hace uso inapropiado de los bienes como transferirlos, cederlos, hipotecarlos, u otorgarlos en garantía mobiliaria, comprometiendo los intereses del otro cónyuge. La sociedad conyugal se ve afectada al quedarse sin bienes no con un fin directo y propio sino con un fin indirecto e impropio.

38 La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, San José. Sentencia n.º 950 (8:30 horas, 24 de noviembre de 2000) expone el caso en que un cónyuge propietario dona a su hermano un bien que tendría el carácter de ganancial, y éste lo coloca en una sociedad, al respecto la Sala indicó «[...] la donación fue tan sólo un mero subterfugio; toda vez que, realmente lo que se pretendía era poner la finca a nombre de una persona jurídica, para que el demandado pudiera disponer de ella y que, no estando ya en su patrimonio personal, la actora no pudiera alegar la naturaleza ganancial del bien [...] éste utilizó el velo social para incurrir en un acto de apariencia legítima, pero cuya finalidad es del todo contraria al ordenamiento jurídico. No cabe duda, entonces, que ese negocio jurídico [...] se hiciera con el firme propósito de excluir el bien referido, fraudulentamente, de la comunidad de gananciales». (CORDERO ALVARADO, Rosaura. *El Levantamiento del velo social en el derecho a ganancialidad*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Facultad de Derecho. San José Costa Rica, 2010, p. 156).

9.3.1.2. Fraude en la unión estable

La unión estable nace de un vínculo de afecto y confianza por lo que el fraude fácilmente respecto de varios tipos de bienes. Como aquel entregado por la pareja o aquel que nace de la comunidad que se instaura al momento de cumplir los requisitos exigidos por ley. De igual forma, la pareja que se va a ver afectada en el futuro otorga sus bienes de propiedad antes de conformar la unión o también puede hacer entrega de aquellos que son generados dentro del desarrollo de la unión estable.

Al igual que en el matrimonio, uno de los convivientes puede tener amplias facultades gerenciales pudiendo hacer uso inapropiado de los bienes lo que perjudicaría al otro.

9.4. Enriquecimiento sin causa

Todo negocio jurídico instaurado desde el punto de vista matrimonial, que derive de la creación de una persona jurídica, se realiza bajo una finalidad lucrativa por lo que todo desplazamiento patrimonial o enriquecimiento para ser de índole legal debe sustentarse en una causa o razón de ser legítima y legal.

La aplicación de la doctrina del enriquecimiento sin causa junto a la del levantamiento del velo tiene la esencial consecuencia de limitar la responsabilidad del cónyuge titular de la empresa al importe del enriquecimiento injusto disfrutado (dividendos no repartidos y retenidos en la empresa), lo que exigiría la realización de una laboriosa prueba contable y pericial relativa a los antecedentes empresariales a través de la cual establecer, siquiera por la vía de las presunciones el *quantum* del enriquecimiento injusto.

Caben ciertas preguntas: ¿Qué parte de las reinversiones en nuevos activos son necesarias para la lógica expansión de la empresa privativa? ¿Cuáles de ellas se están hurtando a la sociedad de gananciales? ¿Hasta qué monto las dotaciones a reservas voluntarias son necesarias para reforzar la marcha futura de la empresa? ¿A partir de qué importe de esta dotación de reservas voluntarias o estatutarias estamos actuando en fraude de ley?³⁹

Cuando se produce ruptura de la pareja y dentro de la empresa uno de los cónyuges o conviviente es el que ilícitamente se ha enriquecido está en la obligación no solo de restituir los bienes sino de indemnizar por los daños causados a su pareja.

En la doctrina del enriquecimiento indebido se considera que es un principio general del derecho que nadie pueda enriquecerse en detrimento del otro. Si ello ocurre el enriquecido debe restituir. Ello será de apli-

39 LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y Ricardo EMILIO CANIZARES. «El levantamiento del velo en el Derecho de Familia». En www.latoga.es, enero/febrero 2004, n.º 146 [10/12/2011].

cación para los casos de familia en donde se suscita este hecho entre la pareja que conformó la empresa.

9.5. La desconsideración de la persona como herramienta eficaz

La desconsideración de la persona jurídica sirve como una forma más eficaz de buscar los actos abusivos de un socio que a través del uso fraudulento y abusivo de la persona jurídica ha causado un perjuicio a un tercero. En este sentido, señala Rolf Madaleno,⁴⁰ que no importan las actividades lícitas llevadas a cabo por la empresa sino que debe buscarse el acto abusivo del socio que se escondía bajo la máscara jurídica para causar daño a tercero, su acreedor, sin que sea necesario recurrir a la vía judicial de la simulación, la revocación y muchas otras acciones complicadas de nulidad y anulación de los actos jurídicos derivados del uso abusivo del medio técnico de la persona jurídica.

En definitiva, consideramos que no es necesario recurrir a las viejas e intrincadas figuras del abuso del derecho, simulación, fraude o enriquecimiento indebido para desenmascarar el trasfondo del actuar conyugal. El levantamiento del velo es una forma contemporánea de dar solución efectiva y eficaz a los problemas patrimoniales que se presentan en el Derecho de las familias.

10. AFECTACIÓN DEL TERCERO EN EL FRAUDE DE LA PERSONA JURÍDICA

El fraude en general puede ser definido como la acción de burlar la ley o eludirla en perjuicio de los derechos de un tercero. Una conducta fraudulenta siempre supone la intención, el autor es consciente de ocasionar un daño, siendo a su vez una causal de nulidad de los actos jurídicos. No en todos los casos el fraude civil importa una figura delictiva. Para ello la acción debe estar expresamente prevista en la ley penal (*Nullum crimen, nullum pena sine lege penae*). Los efectos del fraude penal son más amplios que los del civil, pues aparte de determinar la nulidad del acto, su autor es también pasible de una condena privativa de la libertad.

Debe distinguirse el fraude o dolo civil, que permite a la persona afectada, una acción de reparación del perjuicio, de aquél fraude o dolo penal que hace incurrir al que lo emplea en un delito punible. La ley penal tipifica como delito todo atentado contra la propiedad cometido por medio de sustracción, engaño o deslealtad. El legislador considera el interés de proteger a la sociedad de quienes atacan el patrimonio de las personas aprovechando su buena fe, ignorancia o error en que se encuentran y otor-

40 MADALENO, Rolf. *Direito de família em pauta*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 139. Vid. Con mayor detalle y análisis MADALENO, Rolf. *A desconsideração judicial da pessoa jurídica e da interposta pessoa física no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. Río de Janeiro: Editora Forense, 2009.

ga la tutela penal estableciendo tipos de delito que protejan a la sociedad y repriman esas agresiones, aunque se utilicen sistemas contractuales como medios para enriquecerse ilegítimamente u obtener un lucro indebido.

Por ello se ha expresado que si bien es verdad que la voluntad de las partes es soberana para regir las situaciones que han creado por virtud del contrato, la responsabilidad que de él deriva está limitada a las exigencias del orden público, tal como la tutela penal a cargo del Estado. Cabe distinguir que la represión penal se funda en el carácter perjudicial del acto desde el punto de vista social. Su objeto es que se imponga una pena. La responsabilidad civil se funda en el daño causado a los particulares y su objeto es la reparación del daño en provecho de la persona lesionada. Un hecho puede engendrar tanto responsabilidad civil como penal.

El delito de fraude, en los delitos contra el patrimonio, hace virtual referencia a un perjuicio patrimonial que se logra por medios engañosos --falseando la realidad de manera idónea, suficiente y apta para provocar error-- los que actúan sobre la voluntad del perjudicado, determinando que este tome una resolución o decisión basada en el engaño. Se trata fundamentalmente del abuso de confianza o de procedimientos similares que emplea el sujeto activo del delito a efectos de dañar el patrimonio en cualquiera de sus elementos integrantes del defraudado quien se desprende, a favor del defraudador o de un tercero, de forma voluntaria de una parte o de todo su patrimonio. Esto lo hace de forma voluntaria pero con un entendimiento y consentimiento que está viciado a causa del engaño y el error.

El artículo 76 del Código señala que la persona jurídica tiene existencia distinta a la de sus miembros. Ninguno de estos, ni todos, tienen derecho al patrimonio, ni están obligados a satisfacer sus deudas. La persona jurídica es un ente idealmente construido a través del que se expresa una voluntad corporativa que es ajena a los individuos y/o individualidades que la conforman. Estos entes, para su existencia y desenvolvimiento, están regidos por una serie de reglamentos y estatutos cuya violación trae consigo responsabilidades administrativas, civiles, penales o comerciales de sus integrantes en la medida que hayan llevado a las persona jurídica a desenvolverse al margen de los mismos.

Dentro de estas personas jurídicas pueden presentarse o aparecer comportamientos socialmente negativos que lleguen a lesionar bienes jurídicos de importancia, los mismos que merecen tutela por nuestra legislación penal. Es así que surge el Derecho penal empresarial, rama del Derecho que incide en aquellas conductas lesivas que se generan a través de estas personas jurídicas y, para el caso que nos ocupa, de aquellas conductas fraudulentas que se cometen desde el interior de la sociedad por quienes desarrollan y asumen los órganos de gestión, de administración y de representación de las mismas. Nuestro Código Penal se ocupa de estas conductas en el artículo 198 bajo el nombre de delito de «fraude en la administración de personas jurídicas».

El ámbito de protección que abarca este artículo está referido a los intereses patrimoniales de la sociedad y, por ende, de sus accionistas frente a sus representantes o administradores que pudieran abusar de su posición violando los deberes y poderes otorgados pudiendo generar daños a la persona jurídica, a terceros interesados o al Estado.

Toda persona jurídica implica un régimen de responsabilidad frente a terceros, imputable a la persona jurídica por su propia característica de ente susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones. Cuando las personas jurídicas perjudican con su accionar los derechos de terceros en base a conductas delictivas, fraudes a la ley o abusivas del derecho, desvían la causa natural, su objeto en sí, para el que fueron constituidas.

La persona jurídica puede ser utilizada para perjudicar a terceros, siendo los órganos de administración los responsables que sea utilizada para fines extra societarios, haciendo abuso de la institución para intereses personales con conductas engañosas y falsas que tengan por finalidad violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros. En estos casos, debe imputarse de manera directa a los socios o a las personas que administran la persona jurídica tal conducta, debiendo estos responder de manera solidaria e ilimitada por los perjuicios que ocasionen.

11. EL DELITO DE FRAUDE EN LA ADMINISTRACIÓN DE PERSONAS JURÍDICAS Y EL FRAUDE SOCIETARIO PARA PERJUDICAR LA COMUNIDAD DE BIENES Y EL RÉGIMEN ALIMENTARIO

El delito de fraude en la administración de personas jurídicas está regulado en nuestra legislación penal en el artículo 198 del Código Penal,⁴¹ en los siguientes términos:

Artículo 198.- Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, director, gerente, administrador, auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica, realiza, en beneficio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes:

- 1.- Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno auditor externo según sea el caso, o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables;
- 2.- Proporcionar datos falsos relativos a la situación de una persona jurídica;

⁴¹ Texto modificado por el artículo 3 de la Ley n.º 28755 (DOEP, 6 de junio de 2006).

- 3.- Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones;
- 4.- Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito;
- 5.- Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes;
- 6.- Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor externo o interno, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica;
- 7.- Asumir préstamos para la persona jurídica;
- 8.- Usar en provecho, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica;
- 9.- Emitir informes o dictámenes que omiten revelar, o releven en forma distorsionada, situaciones de la falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica o que no revelen actos u omisiones que violen alguna disposición que la persona jurídica está obligada a cumplir y que esté relacionada con alguna de las conductas tipificadas en el presente artículo.

Este tipo penal tiene como bien jurídico tutelado el patrimonio societario así como las relaciones de confianza y honestidad entre los representantes y representados de una persona jurídica.

Mientras que los sujetos pasivos o autores de este delito sólo pueden ser los que en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, director, gerente, administrador, auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica realizan cualquiera de las conductas ilícitas detalladas en los ocho incisos referidos. Los sujetos pasivos son todas aquellas personas naturales y jurídicas que resulten afectadas por las conductas ilícitas de los sujetos activos. El agraviado puede ser la persona jurídica administrada por el sujeto activo del delito o cualquier persona natural o jurídica que se vea afectada por estos actos delictivos.

El delito se presenta cuando el sujeto activo mediante acciones engañosas, dolosas y conscientes desarrolla cualquiera de las conductas detalladas en el artículo 198 con la finalidad de perjudicar a un tercero o a la persona jurídica en la cual ejerce un cargo gerencial, administrativo, de fundador, director, miembro del consejo de vigilancia y/o de auditor, con esto percibe y logra un beneficio indebido a su favor o a favor de tercera persona, lo que trae por consecuencia un perjuicio al patrimonio societario, al de sus accionistas o al de un tercero ajeno a la sociedad.

En las diversas modalidades que prevé el artículo 198 del Código Penal, este delito se comete dentro de una estructura societaria y sólo pueden ser sujetos activos del mismo las personas que el tipo penal señala. Queda claro que el patrimonio afectado con las conductas previstas es

el de los acreedores de la empresa, terceros interesados relacionados con estos, tales como los trabajadores, incluso familiares de los accionistas.

12. CONCLUSIÓN

La teoría de la desestimación de la persona jurídica es un conjunto de remedios jurídicos mediante los que resulta posible prescindir de la forma de la sociedad con que se halla revestido un grupo de personas y bienes, negando su existencia autónoma como sujeto de derecho frente a una situación jurídica particular. Estos remedios en algunos supuestos permitirán prescindir de la forma jurídica misma, negando la existencia autónoma del sujeto de derecho, mientras que en otros se mantiene la existencia autónoma del sujeto, pero se niega al socio la responsabilidad limitada.

Rolf Madaleno⁴² considera que en el campo familiar, el levantamiento del velo societario se torna un arma poderosa a favor de la parte débil de la relación que usualmente es víctima del fraude permitiéndose una verdadera «oxigenación del derecho societario» responsabilizando a quien la utiliza con mala fe. Con este preciso criterio consideramos que debe sancionarse el ejercicio abusivo del derecho a constituir sociedades mercantiles con el único fin de aprovechar su estructura jurídica para eludir la responsabilidad derivadas de relaciones familiares.

La teoría del *levantamiento del velo societario* deberá ser utilizada de forma diligente, cuidadosa y subsidiaria, i.e. como último remedio, siempre que no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales. La aplicación de esta doctrina debe respetar el legítimo derecho del socio a la limitación de responsabilidad, siempre que no se persiga un abuso de la forma societaria.

Entendemos que esta doctrina puede hacerse valer en cualquier procedimiento o fase del mismo y, por tanto, su realización será con la ejecución de sentencia. Incluso cabría la acción pauliana a fin de reintegrar los bienes y derechos de los que se dispuso.

En el Derecho comparado la doctrina cuenta con un abundante apoyo jurisprudencial y sólidas bases en el ordenamiento jurídico que permiten combatir ese uso antijurídico de la sociedad mercantil, es decir no sólo debemos descubrir lo real («levantar del velo») sino también deshacer la ilegalidad que muestra tal realidad («rasgar el velo»)⁴³ cuando estén de por medio relaciones de orden familiar.

42 Cit. DE FARIAS, Cristiano Chaves y Nelson ROSENVALD. *Direito das Famílias*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2010, 2.ª Ed., tercer tiraje, p. 265.

43 LÓPEZ SÁNCHEZ, Lucía y Ricardo EMILIO CAÑIZARES. «El levantamiento del velo en el Derecho de Familia». En www.latoga.es, enero/febrero 2004, n.º 146 [10/12/2011].

Alcances generales respecto al convenio arbitral*

Roger Vidal Ramos**

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El principio de autonomía. – 3. Naturaleza jurídica del convenio arbitral. – 3.1. Otras formas del convenio arbitral. – 3.1.1. Arbitraje testamentario. – 3.1.2. arbitraje estatutario. – 4. Elementos del convenio. – 4.1. La voluntad arbitral. – 4.2. El objeto del convenio arbitral. – 4.3. Capacidad. – 5. Resoluciones judiciales respecto al convenio arbitral. – 5.1. Representación defectuosa. – 5.2. Extensión del pacto arbitral. – 5.3. Nulidad del convenio arbitral. – 5.4. Convenio arbitral societario. – 6. Conclusiones.

* A mis Padres, en eterna gratitud por invocarme los principios del apostolado en la docencia universitaria.

** Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, Titulado en Segunda Especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Candidato a Magister en Derecho Civil y Comercial en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, cursando estudios de doctorado en la misma casa de estudios, Post Grado en Derecho de Arbitraje en la Universidad de Lima. Profesor de los cursos de Acto Jurídico, Derecho de Contratos y Obligaciones en la Universidad César Vallejo Lima Este y Universidad Autónoma del Perú, Socio de Vidal, Melendres & Palomino Abogados www.vmplegal.com y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

1. INTRODUCCIÓN

No cabe la menor duda de que el notable desarrollo del arbitraje nacional, en buena cuenta tiene como plataforma el crecimiento económico del Perú y los diversos tratados de Libre Comercio suscritos por nuestro país con diversas economías importantes y emergentes, a todo esto se suma el impulso que se brinda a la práctica arbitral desde el Organismo Supervisor de las Contrataciones Estatales y diversos Centros de arbitraje, que fortalecen este mecanismo de solución de controversias.

La estructura del arbitraje reposa en la voluntad privada, por cuanto las partes suscriptoras del denominado «convenio arbitral» son las que, pues, determinan la renuncia taxativa de acudir a la vía judicial, y optan por la posibilidad de que un árbitro o tribunal arbitral puedan resolver la controversia surgida de una relación jurídica patrimonial.

En las siguientes líneas, en forma muy general, brindaremos algunos alcances sobre la naturaleza del convenio arbitral, algunas formas especiales del convenio, elementos y su estructura en la legislación peruana y, por último, efectuaremos comentarios sobre algunas resoluciones judiciales donde se denota la importancia de suscribir un convenio arbitral idóneo.

2. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

El principio de autonomía, viene a ser la base del sistema arbitral en cualquier legislación nacional e internacional, por el principio de autonomía el pacto arbitral es considerado independiente del contrato principal, siendo que de existir vicios de nulidad del contrato principal, el pacto arbitral no sufre las consecuencias de esta nulidad, siendo, pues, el pacto arbitral un acto jurídico independiente por excelencia.

Pues, cabe resaltar que dentro del uso estricto de la autonomía privada de los sujetos de derecho, son quienes por delegación de Estado deciden a iniciativa de parte, renunciar a los fueros jurisdiccionales de la justicia tradicional para someterse a una justicia privada o justicia arbitral.

En la doctrina y tribunales jurisdiccionales, no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, con la simple manifestación del consentimiento entre las partes para celebrar el convenio arbitral; este último deviene en válido para el ordenamiento jurídico general y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que el acto realizado concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.¹

La libertad contractual de las partes de someter su disputa, litigio o controversia a la vía arbitral, constituye el pilar fundamental de la ins-

1 MERINO MERCHÁN. José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Editorial Thomson-Cívitas, 2006, 3.ª Ed., tomo I, p. 257.

titución arbitral. En principio y como regla general, puede decirse que en nuestro ordenamiento jurídico no se admiten los arbitrajes forzosos, ni el establecimiento de condicionantes o requisitos para su acceso, el consentimiento de las partes se torna en el elemento fundamental de la institución.²

En tanto, debemos de tener en consideración que la voluntad arbitral, no sólo surge de una típica relación contractual, pues la doctrina y la ley arbitral peruana, regula instituciones jurídicas, dentro de las cuales la voluntad tiene ciertas connotaciones importantes, como lo son los denominados arbitrajes testamentarios y societarios.

En tal sentido, si nos ubicamos dentro de los convenios arbitrales derivados de un testamento o estatuto de una persona jurídica, estaremos frente a la presencia de la voluntad arbitral en sus 3 dimensiones: unilateral, bilateral o multilateral, siendo la primera y la tercera las excepcionales o especiales, las cuales serán abordadas en las líneas consecutivas.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO ARBITRAL

A entender de Lohmann,³ el arbitraje no podría ser considerado como un contrato, considero que no, el contrato es un acuerdo entre dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial. Si se acepta esta definición que nuestro ordenamiento ofrece, no procede encajar en ella al convenio preliminar. Este convenio es un acuerdo por descontado, y crea ciertas obligaciones como se acaba de decir líneas más arriba, pero no son obligaciones de carácter patrimonial, ni es el pacto preliminar un acto conciliador de intereses distintos, como es lo propio del contrato. Antes bien, el convenio compromisorio estipula un interés o finalidad común, consistente precisamente en la voluntad arbitral de las partes. Por lo demás, el *facere* debido por las prestaciones de conducta materia de la obligación del convenio compromisorio, ni siquiera pueda dar lugar — salvo pacto expreso — a indemnización pecuniaria por incumplimiento, cuando no se invoca la intervención judicial que formalice el compromiso arbitral en rebeldía.

Según Vidal, el convenio arbitral es un acto jurídico *inter vivos*, por lo general, bilateral, pues requiere de la confluencia de las manifestaciones de voluntad de ambas partes, el mismo autor, acota que el convenio arbitral viene a ser un acto o negocio jurídico constitutivo, desde que genera obligaciones para las partes y las vincula a su finalidad específica, cual es la de someter a árbitros la solución de sus conflictos.⁴

2 PERALES VISCASILLAS. Pilar. *Arbitrabilidad y el Convenio Arbitral*. Navarra: Thomson Editorial-Aranzadi, 2005, p. 204.

3 LOHMANN LUCA DE TENA. Juan. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, 3.ª Ed., vol. V, pp. 83-84.

4 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, 1.ª

Perales Viscasillas, agrega, el convenio se configura como el elemento fundamental de la institución arbitral. Sin convenio no hay arbitraje, existiendo el convenio, se derivan los efectos propios del mismo: la eficacia positiva — obliga a las partes a someter la disputa al arbitraje — y la negativa — excluye a la jurisdicción de conocimiento de las cuestiones sometidas a arbitraje — que están recogidas en el artículo 11.1 LA: «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir con lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese la invoque mediante declinatoria».⁵

Al respecto, Alva Navarro sostiene, a diferencia lo que ocurre con el proceso judicial no debería — en teoría — ser impuesto a las partes, pues su existencia y sustento principal están íntimamente ligados a la libre voluntad de los particulares. Es pacíficamente aceptado en doctrina que el arbitraje se sustenta primariamente en la autonomía privada de los sujetos, quienes en uso de este atributo acuerdan renunciar a la jurisdicción natural que les proporciona el Estado — la judicial — y someterse, por la voluntad propia, a un medio de administración de justicia distinto, encargado a jueces que no son los impuestos por la justicia pública, sino elegidos por ellos mismos para resolver el conflicto de intereses en el cual se ven envueltos.⁶

En sede judicial la Sala Sub-Especialidad Comercial de Lima, parte por definir al convenio arbitral como un negocio jurídico bilateral que permite la resolución de la controversia por órgano distinto al judicial, caracterizándose por su libertad formal plasmada en la expresa voluntad de las partes.⁷

Para que el arbitraje sea operativo resulta indispensable el acuerdo de voluntades formalizado por escrito entre las personas involucradas en un conflicto presente o futuro para que por medio del arbitraje se dé solución al problema, indudablemente, su naturaleza es de orden procesal, es un contrato de solución, pero se encuentra a despecho de la función jurisdiccional ordinaria, en la esfera del derecho privado, en la esfera del campo contractual perteneciente al Derecho Civil.⁸

El segundo efecto, se encuentra circunscripto en los efectos patrimoniales, en esencia sólo los derechos de libre disposición y de carácter

Ed., p. 52.

5 PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Op. cit.*, pp. 105-106.

6 ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2011, p. 112.

7 DEL ÁGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. *Arbitraje: Principios, Convenio Arbitral y Nulidad del Laudo Arbitral*. Expediente n.º 205, 2005, p. 131.

8 FERNÁNDEZ ARCE, César. *Op. cit.* «El arbitraje en materia de sucesiones hereditarias». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2009, p. 271.

patrimonial, pueden ser pertinentes a ser conocidos en vía arbitral, esta característica se encamina en cuanto el pacto arbitral representa un acto jurídico accesorio al principal que siempre es un contrato por excelencia con finalidades económicas.

El convenio arbitral se configura como una convención autónoma, consagrándose su separabilidad respecto del contrato principal, de forma tal que los árbitros tienen competencia para juzgar, incluso, sobre la validez del convenio. De esta forma, el convenio de arbitraje es un contrato independiente y sustantivo, distinto de aquél al que, formalmente, aparece unido (estamos en presencia de una documentación única para dos contratos) y que goza de plena autonomía. La cláusula arbitral⁹ tiene un objeto estrictamente procedimental. Esto es, someter los litigios que surjan o puedan surgir de la convención principal al juicio de árbitros.

El principio de autonomía busca asegurar que el proceso arbitral se desarrolle a pesar de que una parte invoque la nulidad o la inexistencia del contrato principal, lo cual debe conducir a que los árbitros puedan pronunciarse sobre la existencia y validez del contrato del cual se hace parte el pacto arbitral.¹⁰

Asimismo, la autonomía del convenio arbitral general presenta dos consecuencias: i) la nulidad del contrato principal no traerá consigo de modo necesario la nulidad del convenio arbitral, y ii) el pacto arbitral tiene una causa distinta de la del contrato principal. Así, en el convenio arbitral las partes pretenden someter a los árbitros los litigios surgidos o que pudieran surgir en relación al contrato principal. Su único lazo de unión es que «la cláusula compromisoria por sí misma no tiene efectos, sino que debe referirse a un contrato concreto...».¹¹

Pues bien, debemos de tener en consideración que la voluntad arbitral, no sólo surge de una típica relación contractual, pues la doctrina y la ley arbitral peruana, regula instituciones jurídicas, dentro de las cuales la voluntad tiene ciertas connotaciones importantes, como lo son los denominados arbitrajes testamentarios y societarios.

El nacimiento del arbitraje se debe a la existencia y eficacia del convenio arbitral, en el que se plasma la voluntad de las partes de someter a los árbitros sus diferencias, ya actuales o ya futuras, derivadas de una relación jurídica entre ellas. En consecuencia, cuando no existe el conve-

9 Un pilar fundamental del convenio arbitral se encuentra consagrado en la autonomía que existe sobre el acto jurídico principal, siendo la cláusula arbitral independiente y autónoma de los efectos que pueda surgir del contrato principal, siendo ésta, pues, característica y seguridad jurídica que reviste la justicia arbitral.

10 CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El principio de autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral. En *El Contrato de Arbitraje* (Obra colectiva). Bogotá: Universidad del Rosario-Ed. Legis, 2005, 1.ª Ed., p. 84.

11 CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 60.

nio o éste es inválido, carece de sentido otorgar eficacia al resultado producido en el seno del desarrollo procedimental arbitral; a saber, el laudo.¹²

Otra característica fundamental del convenio arbitral, viene a estar enmarcado dentro de su ámbito de delimitación de aplicación de la institución arbitral, siendo que sólo se permite acudir a la vía arbitral en todo lo que tenga la característica de derechos de libres disposición. En tal sentido, la ley arbitral peruana en su artículo 2¹³ es bastante acertada en acotar que puede someterse a la vía arbitral cualquier materia de libre disposición.

3.1. Otras formas del convenio arbitral

El Decreto Legislativo n.º 1071 de Arbitraje, regula otras formas de celebración de los convenios arbitrales, siendo estos «convenios arbitrales especiales», por cuanto se alejan de la tradicional forma en que se celebran los convenios bilaterales, siendo la característica que estos convenios están suscritos respecto a la voluntad unilateral o coexistir dos a más voluntades colectivas, regulado en las instituciones del arbitraje testamentario y estatutario, los cuales en forma genérica serán abordados en los próximos párrafos.

3.1.1. Arbitraje testamentario

La disposición testamentaria de arbitraje, como por su propia naturaleza puede sostenerse, forma parte del contenido del testamento y es, asimismo, consecuencia de la autonomía de la voluntad del disponente. Aquél no se circunscribe únicamente a las disposiciones patrimoniales, aunque lógicamente son éstas las más importantes y comunes, alrededor de las cuales suelen girar las restantes cláusulas del testamento.

Con todo, creemos que el criterio tradicional de división entre testamento como atribución patrimonial y testamento como regulador de intereses no patrimoniales, se halla superado, y en la actualidad los intereses del testador pueden ser satisfechos, bien a través de disposiciones que tiene efectos jurídicos directos, bien obtenerlos de forma indirecta moralizando aquéllas.¹⁴

Cuando el testador, en estricto uso de su voluntad unilateral, decide incluir en su testamento una cláusula arbitral y disponer que cualquier controversia que surja sobre la interpretación del testamento deba ser so-

12 BARONA VILAR, Silvia. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre)*. Madrid: Thomson Cívitas, 1.ª Ed., 2004, p. 1371.

13 Decreto Legislativo n.º 1071.- Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.
1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

14 GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant Monografías, 1999, p. 124.

lucionada en la vía arbitral, es en virtud de este acto jurídico *mortis causa*, que surge una obligación ineludible por parte de todos los sucesores y beneficiarios del testamento de someterse por voluntad del testador al llamado «arbitraje sucesorio».

Este pacto arbitral se extiende a los sucesores, en el supuesto de que el testador haya incluido en su testamento la cláusula arbitral, es de cumplimiento obligatorio que cualquier diferencia o controversia respecto a la interpretación del testamento que surjan entre los herederos, pueda ser solucionada en la vía arbitral, siendo este procedimiento denominado el arbitraje sucesorio o testamentario, según nuestra ley arbitral.

El arbitraje testamentario puede configurarse como un modo testamentario en el que el testador impone a sus sucesores voluntarios la obligación de que sus controversias sean puestas en conocimiento del árbitro por el designado, todo ello sometido a la *condicio iuris* de que aparezcan los litigios. Esta disposición tiene, por tanto, efectos vinculantes y los herederos deberán abstenerse de plantear la *litis* ante los tribunales aceptando la actuación del árbitro.¹⁵

El arbitraje testamentario constituye una voluntad unilateral por parte del testador que obliga a los herederos a acudir en caso de conflicto o controversia a la vía arbitral, no interesando si existe una voluntad o contradicción de acudir a la vía arbitral por parte de los herederos, quedando obligados al cumplimiento del pacto arbitral.

En este sentido Gaspar Lera, establecer, como se ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones, la voluntad de sometimiento a arbitraje constituye una de sus notas más características; nota que además es pauta determinante de la validez de la institución. Sin embargo, en el caso del artículo 7 LA se prescinde de la citada pauta, pues el causante instituye el arbitraje respecto de sus sucesores no forzosos, prescindiendo del consentimiento de éstos que son quienes, en definitiva, quedan sometidos a la decisión arbitral.¹⁶

El arbitraje sucesorio en la ley arbitral peruana, surge por la voluntad del testador o por la voluntad de los herederos quienes acuerdan someterse al arbitraje para solucionar los puntos controvertidos sobre la masa hereditaria, en consecuencia la séptima¹⁷ disposición transitoria del decreto legislativo 1071, incorpora el arbitraje sucesorio.

15 GARCÍA PÉREZ, Carmen. *Op. cit.*, pp. 146-147.

16 GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de la Aplicación del Arbitraje*. Navarra: Aranzadi Editorial, 1998, p. 134.

17 Decreto Legislativo n.º 1071.- Disposición Transitoria.- SÉPTIMA. Arbitraje sucesorio.- Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas, incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición. Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.

Consideramos que el arbitraje sucesorio, podría representar una «justicia familiar» mucho más rápida, eficaz y especializada, a todo esto le sumaría que prometería disminuir la descomunal carga procesal del Poder Judicial, numerosas familias se encuentran litigando entre 5 a 10 largos años por un proceso de interpretación, nulidad del testamento, división y partición, acción petitoria de herencia o impugnando algunas de las disposiciones testamentarias, consideramos que la difusión de la cláusula arbitral para ser incorporados a los testamentos debería tener un mayor impulso por los abogados, Notarías, Centros de Arbitraje y el Ministerio de Justicia.

El profesor Fernández Arce, al respecto manifiesta que a primera vista pareciera que el nuevo texto ha restringido el ámbito de aplicación del arbitraje sucesorio regulado en el texto legal anterior que establecía para las controversias en materia sucesoria del arbitraje testamentario y del arbitraje convencional para resolverlo decía «las controversias previstas en el párrafo anterior», pero no es así, mantiene la misma amplitud con diferente redacción, porque de a entender que surte efecto como convenio arbitral tanto la estipulación testamentaria como los arbitrajes que se presenten entre herederos no forzosos o legatarios con los albaceas para los casos de controversias sobrevenientes sobre valoración, administración o partición de la herencia.¹⁸

El caso del arbitraje dispuesto por el testador es diferente al que proviene del contrato que es la regla y, por tanto, constituye una situación de excepción. Se aparta así del régimen general de la ley de arbitraje.

El arbitraje testamentario es una disposición de directo cumplimiento porque la obligación nace de esta disposición testamentaria y no del compromiso que asuman posteriormente los sucesores, a la vez el arbitraje testamentario tiene eficacia mientras no decaiga el testamento a través de sus tres únicas causas: revocación total, caducidad del testamento ológrafo o de los testamentos especiales y por nulidad.¹⁹

El arbitraje testamentario obliga a los herederos voluntarios y a los legatarios porque para consolidar su situación jurídica como tales tiene que aceptar el título de sucesores y como consecuencia el derecho a la herencia. La aceptación es total, incondicional e irrevocable.²⁰

3.1.2. Arbitraje estatutario

En España el arbitraje estatutario, ya encontraba la posibilidad de incluir una cláusula de arbitraje societario en los estatutos de las sociedades de capital, tal como lo afirma Perales Viscasillas, es indiscutible en el derecho comparado; así, nuestro derecho, como lo confirma tanto

18 FERNÁNDEZ ARCE, César. *Op. cit.*, pp. 275 y 276.

19 *Ibidem*, p. 282.

20 *Ibidem*, p. 283.

el acuerdo al que llegaron las Cámaras de Comercio, el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores por el que se establecía una cláusula estatutaria modelo de arbitraje societario.²¹

El Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el arbitraje, en su Sexta Disposición Complementaria,²² incorpora el arbitraje estatutario, por el cual se permite a una persona jurídica incorporar a su estatuto el convenio arbitral que tenga por finalidad la solución de controversias entre sus miembros, directivos y representantes respecto al pleno cumplimiento de los estatutos y sus acuerdos.

El Código Civil, en su libro Derecho de las personas, regula todo lo referente a la Asociación, Comité y la Fundación. Los miembros de estas personas jurídicas estarían en capacidad de incorporar a sus estatutos el convenio arbitral, bien al momento de su constitución o a través de cualquier junta de asociados, con lo cual toda controversia derivada de la relación entre alguna persona jurídica con sus miembros y, particularmente, entre los asociados, sería solucionada vía arbitraje.

La Ley General de Sociedades permite que cualquier sociedad civil, pueda incluir dentro de su estatuto la cláusula arbitral para solución de controversias.

El artículo 48,²³ prescribe que no procede acción judicial cuando exista convenio arbitral obligatorio que se encuentre contenido dentro del pacto social o del estatuto; siendo de aplicación la norma a la sociedad, a sus socios, así como a sus administradores.

En España el arbitraje societario tiene una práctica muy generalizada, respecto a la imposibilidad manifiesta de realizar el fin social. Las posibilidades de arbitraje privado entre los socios son prácticamente ilimitadas, toda vez que pueden surgir dudas entre ellos acerca del incumplimiento del fin social.

21 PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Op. cit.*, p. 197.

22 Decreto Legislativo n.º 1071.- SEXTA.- Arbitraje estatutario.

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

23 Ley General de Sociedades.- Artículo 48.- Arbitraje. Conciliación

No procede interponer las acciones judiciales contempladas en esta ley o en las de aplicación supletoria a ésta cuando exista convenio arbitral obligatorio contenido en el pacto social o en el estatuto que someta a esta jurisdicción resolver las discrepancias que se susciten. Esta norma es de aplicación, a la sociedad, a los socios o administradores aun cuando al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo y a los terceros que al contratar con la sociedad se sometan a la cláusula arbitral. El estatuto también puede contemplar el uso de mecanismos de conciliación extrajudicial con arreglo a la ley de la materia.

Piénsese que la mayoría de los casos de frustración del fin social se debe a desavenencias entre los socios, aunque puede ser originada por los administradores de la sociedad. Para este caso, la ley posee remedios y ello sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores a que se refieren los artículos 133 y siguientes, precisamente en este punto, el de la responsabilidad de los administradores es susceptible de arbitraje mediante la oportuna previsión de estos supuestos en la cláusula estatutaria compromisoria.

4. ELEMENTOS DEL CONVENIO

El convenio arbitral tiene como estructura la voluntad. A nuestro modesto entender, debemos de ubicar los elementos de la teoría general del acto jurídico obligatoriamente a la formación del convenio arbitral. Estos elementos, según el Código Civil peruano, son: a) la voluntad; b) la capacidad de las partes; c) el objeto; d) la finalidad lícita; y e) la formalidad (bajo sanción de nulidad). Sin la presencia de estos elementos y, en aplicación sistemática de las causales en que se incurre para la formación de los denominados «convenios patológicos», son los elementos que nos ayudarán a identificar un convenio arbitral que cumpla con los requisitos indispensables de todo acto jurídico.

Si bien es cierto que, como presupuesto necesario del arbitraje, siempre se ha exigido el mutuo acuerdo de quienes se sometían al mismo, no es posible pronunciarse en términos tan concluyentes respecto de los requisitos de validez que, precisamente, debía de reunir dicho convenio arbitral.

Así, en un principio, únicamente se prestó atención a la voluntad de las partes y a la naturaleza de la materia sobre la que aquéllas discrepaban. Pero, con posterioridad se ha ido ofreciendo un tratamiento legal del tema cada vez más completo y, fruto de esta evolución, se establecen actualmente como requisitos esenciales del contrato de arbitraje, los siguientes:²⁴

- a) Fijación de la relación jurídica de la que trae causa la institución arbitral.
- b) Manifestación, por parte de los sujetos de dicha relación, de la voluntad inequívoca de someterse al arbitraje.
- c) Arbitrabilidad de la materia sobre la que se suscita la cuestión litigiosa.

A nuestro entender, son tres los elementos mínimos necesarios para poder hablar de la existencia de un convenio arbitral: 1) la voluntad de las partes de someterse a arbitraje; 2) la fijación en el convenio de todas o algunas de las controversias que existan o puedan existir entre las partes;

24 GASPAR LERA, Silvia. *Op. cit.*, pp.71-72.

3) la determinación en el convenio de la relación jurídica, contractual o no contractual, controvertida.

4.1. La voluntad

No cabe la menor duda de que un elemento fundamental del pacto arbitral se encuentra constituido por la voluntad de las partes suscriptoras de la cláusula arbitral, tal como se encuentra estructurado en todo el derecho privado.

La «voluntad arbitral» constituye la esencia y fundamento de la institución arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva a la exclusión de la vía judicial.

Esta voluntad tiene que tener la presencia de dos elementos, el de la libertad y el discernimiento; libertad para que las partes puedan decidir la suscripción o no del convenio; y el discernimiento para tener pleno conocimiento de las consecuencias del pacto arbitral, que tiene como efecto la renuncia taxativa a la vía jurisdiccional estatal.

La ausencia de voluntad de sometimiento al arbitraje es otra de las pautas que conlleva a la inaplicabilidad del citado mecanismo extrajudicial. Y no hay voluntad de sometimiento cuando las partes del conflicto no la manifiestan de modo inequívoco en un convenio arbitral.

En este sentido, es terminante el artículo 5.1 LA, en el que se establece que «el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión».²⁵

La voluntad arbitral tiene que ser plena y sin ningún supuesto que contenga algún elemento de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia. La ley peruana de arbitraje regula estos «supuestos patológicos» en el artículo 63, inciso 2,²⁶ en las denominadas causales de anulación del laudo.

Para ello es necesario remitirnos a un anterior trabajo dedicado a la anulación del laudo. Lo que ha pretendido la ley arbitral es, indubitablemente, sancionar con la invalidez del laudo a todos aquellos supuestos en los cuales no exista un convenio arbitral que válidamente pueda justificar la imposición del proceso arbitral a los particulares.

Para ello, será necesario, primero, determinar si en realidad existió una manifestación de voluntad coincidente entre las partes de someterse

25 GASPAR LERA, Silvia. *Op. cit.*, p. 76.

26 Decreto Legislativo n.º 1071.- Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

al arbitraje y, segundo, evaluar si esta manifestación adolece de alguna circunstancia que nuestro ordenamiento jurídico sancione con la pérdida de sus efectos.

Así, por ejemplo, será ineficaz, en virtud del artículo 161 del Código Civil, el convenio arbitral que haya sido celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido; mientras que será anulable, en atención al artículo 210 de ese mismo cuerpo legal, aquél que sea producto del dolo de algunas de las partes; y, por tanto, el laudo que pueda dictarse en cualquiera de estos supuestos será igualmente nulo.²⁷

4.2. El objeto del convenio arbitral

El objeto del convenio arbitral lo constituye la controversia pendiente o que pudiere surgir; es decir, el conflicto actual o futuro.

Gaspar Lera manifiesta que el conflicto que se ha suscitado o que pueda suscitarse entre las partes, constituye el objeto del contrato de arbitraje.

Por ello, aunque no lo exige expresamente la LA, el conflicto, además de existir, debe determinarse en el convenio.²⁸

Lo verdaderamente relevante del conflicto —en cuanto al objeto del convenio arbitral— es que exista como auténtica cuestión litigiosa; de lo contrario, el convenio arbitral carecería de objeto, siendo que el objeto del arbitraje es la solución de un litigio, entonces, el objeto del convenio arbitral siempre recae en un litigio o controversia.

Dos matizaciones hay que hacer dentro de este planteamiento general: a) que cualquier materia sobre la que sus titulares tengan facultad de disposición, son arbitrables sin limitaciones; y b) que toda cuestión que el legislador no haya excluido expresamente del principio procesal, puede ser objeto de convenio arbitral.²⁹

Las cuestiones litigiosas que pueden ser sometidas a arbitraje surgirían de relaciones jurídicas determinadas, sean éstas contractuales o no. Es decir, se produce una ampliación del objeto arbitrable hacia esferas que van más allá de los pactos o acuerdos bilaterales o multilaterales, como pueden ser las declaraciones unilaterales de voluntad de cualquier índole o naturaleza, tanto de carácter *inter vivos* como *mortis causa*.³⁰

Si bien la regla general para someter las controversias a la vía arbitral, se origina en que los derechos patrimoniales sean de «libre disposición», existen, sin embargo, formas de arbitraje donde se da una regulación mu-

27 ALVA NAVARRO, Esteban. *Op. cit.*, pp. 117-118.

28 GASPAS LERA, Silvia. *Op. cit.*, p. 66.

29 MERINO MERCHÁN, José F. y José M. Chillón Medina. *Op. cit.*, pp. 268-269.

30 *ibidem*, pp. 253-254.

cho más estricta y limitada en referencia a los derechos de libre disposición. Estamos hablando, particularmente, del arbitraje en materia ambiental.

Uno de los puntos más discutidos y que podría representar un problema o controversia, como, por ejemplo, un caso de contaminación o de daños ambientales, que pueda someterse a un tribunal arbitral, se manifiesta en el principio de autonomía de la voluntad que tiene la cláusula arbitral o el convenio arbitral.

En tal sentido, es requisito indispensable que las partes puedan pactar la cláusula arbitral, para prevenir las eventuales controversias que surjan de la relación contractual.³¹

Merino Merchán y Chillón Medina indican que lo esencial constituye la posibilidad que brinda la nueva Ley de Arbitraje, de ser aplicada de forma indiscriminada a todas las materias y contratos sin límite establecido apriorísticamente (como ocurría con las leyes de 1953 y 1988); sobre todo, en lo referente al Derecho Administrativo.³²

De toda relación contractual surgen obligaciones entre las partes; en tal sentido, del convenio arbitral surge entre los contratantes una obligación de hacer, que sería la de someterse a un litigio, comprendido como una «obligación procesal» de que las partes acudan a la justicia arbitral, en caso sea pertinente.

En tal sentido, vemos dos elementos: el objetivo y el subjetivo. El elemento subjetivo de la obligación de hacer (someter la controversia a la solución mediante arbitraje) resultante del contrato de arbitraje, está compuesto por las partes de dicha obligación; esto es, acreedor y deudor.

Sobre este punto, vale la pena resaltar que en el contrato de arbitraje participan, al mismo tiempo, acreedor y deudor de la obligación de someter la controversia presente (compromiso) o futura (cláusula compromisorio) a la solución mediante arbitraje.³³

31 VIDAL RAMOS, Roger. «El Arbitraje Ambiental en el Perú». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, vol. 218, pp. 102-103. Sin embargo, no compartimos esta posición, debemos de recalcar que los supuestos para que se acuda a un arbitraje según la Ley General del Ambiente son amplios, si bien la falta de convenio arbitral o la complejidad de los daños ambientales por la numerosidad de personas —partes procesales— y los numerosos problemas procesales, no serían trabas procesales por cuanto el arbitraje ambiental está regulado en el sistema peruano, no siendo una figura aislada al ordenamiento jurídico o que contravenga la Constitución y la Ley General del Ambiente, en esencia, el Estado, los abogados y la sociedad civil son quienes tienen las facultades e interés de institucionalizar el arbitraje ambiental administrativo, siempre fiscalizado y tramitado por el Estado; es decir, el Ministerio del Ambiente. Si siempre optáramos por los fueros judiciales, no cabe la menor duda de que estaríamos litigando penosos y largos años, terminando la causa ambiental en algún Pleno Casatorio.

32 MERINO MERCHÁN, José F. y José M. CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, *Ibidem*.

33 SILVA ROMERO, Eduardo. «Una obligación de hacer: someter el litigio al arbitraje». En

La descripción del elemento objetivo de la obligación, la «prestación», es, dentro del contexto del presente libro, mucho más elocuente para entender a cabalidad el alcance y los límites de la obligación de hacer producida por el contrato de arbitraje.

En nuestra opinión, es indispensable responder a la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la prestación de someter la resolución de una controversia al arbitraje? En suma, el examen de dicha prestación coincide con la descripción de las etapas del «procedimiento arbitral». Es en este punto en el que el Derecho de las Obligaciones y el Derecho Procesal; este último supeditado al primero, convergen o deberían converger armónicamente.³⁴

No cabe duda de que del convenio arbitral surgen para las partes suscriptoras, la obligación de hacer, que consiste en obligaciones de índole procesal, de acudir al producirse una controversia o disputa a la vía arbitral, siendo éste, pues, el objeto de la cláusula arbitral.

4.3. Capacidad

Para celebrar el pacto arbitral se requiere como requisito indispensable la plena capacidad de las partes contratantes para suscribir la cláusula arbitral que, conforme a una interpretación sistemática del artículo 140 del Código Civil, consiste en la plena capacidad para disponer que una posible controversia, producto de una relación jurídica patrimonial que deberá de ser resuelta en vía arbitral.

Para la persona natural alcanza con la capacidad común del ejercicio, siendo de aplicación los artículos 42, 43 y 45 del Código Civil, sobre la capacidad de goce, ejercicio y sus limitaciones establecidas, salvo que para personas incapaces se requiere alguna autorización judicial para la disposición de los derechos de los incapaces o menores de edad.

Al respecto, Matheus acota que son elementos infaltables: la capacidad de goce, ejercicio y la manifestación expresa e inequívoca de las partes, de someterse a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas.³⁵

En cuanto a las personas jurídicas, habrá de remitirse a lo que dispongan los estatutos respecto a sus facultades del representante legal, en principio, las personas jurídicas pueden celebrar el pacto arbitral, salvo que los estatutos lo prohíban o restrinjan; pero, al permitirlo o al no prohibirlo, deben examinarse las facultades del representante legal especialmente en cuanto a la cuantía de las mismas.

El Contrato de Arbitraje (Obra colectiva). Bogotá: Universidad del Rosario-Ed. Legis, 2005, 1.^a Ed., p. 526.

34 *Ibidem*, p. 526.

35 MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «El convenio arbitral». En *Revista de Derecho Procesal VIII*. Lima: Estudio Monroy y Palestra Editores, 2005, pp. 220-222.

En efecto, si está autorizado para obrar libremente, por ejemplo, hasta veinte millones de pesos, no puede celebrar acuerdo arbitral respecto de derechos que superen esa cantidad.³⁶

Toda persona que tenga la intención de suscribir un convenio arbitral, tiene que tener la plena capacidad de goce y ejercicio, sin lo cual el convenio arbitral sufriría de elementos «patológicos» que, vía anulación de laudo, serían declarados nulos.

La capacidad de las personas jurídicas para celebrar el convenio arbitral se encuentra reconocida dentro del artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1071, que con acertado criterio precisa que: «salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este decreto legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales» y «salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos».

El artículo 10 de la ley arbitral, brinda una acertada solución en el sentido de que faculta expresamente al gerente general o al representante de una persona jurídica (regulado tanto del Código Civil y la Ley General de Sociedades) a suscribir convenios arbitrales, participar de los actos arbitrales y disponer de derechos sustantivos.

En cuanto a la forma del convenio, el artículo 13 de la ley arbitral peruana, instaura las diferentes formas de establecimiento del convenio arbitral, siendo interesante cuando el legislador no sólo considera la forma tradicional de constar por escrito, sino que atribuye otras formas como la suscripción electrónica y las formas de aceptación del convenio como la contestación de una demanda arbitral.

En forma tradicional, en el inciso 2, se recurre al principio *ad solemnitatem*, por lo que el convenio arbitral tiene que constar por escrito en forma de cláusula como parte de un contrato o pudiendo ser un pacto o acuerdo independiente.

Pues bien, es resaltante tener presente cómo la ley arbitral permite dar protección jurídica y validez a otras formas análogas de la celebración del pacto arbitral.

Respecto a lo dispuesto en el inciso 3, «se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio».

36 GAMBIA SERRANO, Rafael. *El proceso arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 35.

Conforme a los adelantos tecnológicos y a esta sociedad cada vez más conectada por el Internet y medios de comunicación, la ley arbitral incorpora la «comunicación electrónica» como un mecanismo mediante el cual se puede desprender de la existencia o voluntad de los contratantes de acudir a la vía arbitral. Si por un minuto vamos a nuestras computadoras y enviamos o recibimos un correo electrónico, a través del cual algún cliente o proveedor indicase textualmente que opta por acudir a la vía arbitral para resolver alguna controversia, estaríamos frente a un «pacto arbitral electrónico», el cual, según el espíritu de la ley arbitral, tendría la validez y protección del sistema jurídico. Estas situaciones pueden ocurrir en cualquier circunstancia, en una sociedad congestionada por las redes sociales y por la protección de la información y declaraciones de voluntades contenidas en los correos electrónicos.

El inciso 4 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, prescribe: «se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax».

El inciso 5 hace referencia de la existencia del convenio arbitral, en las circunstancias de un intercambio de escritos de demanda y/o contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra, nos parece acertada esta innovación de incorporar como acuerdo arbitral en aquellos actos procesales donde la falta de negación o cuestionamiento a la vía arbitral o el silencio tiene como consecuencia una aceptación tácita de la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias y lo mismo sucede con el inciso 6, respecto a la posibilidad de que un contrato contenga una cláusula de arbitraje, la cual tendría como consecuencia que se constituya un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

5. RESOLUCIONES JUDICIALES RESPECTO AL CONVENIO ARBITRAL

5.1. Representación defectuosa

El colegiado de la Sala de Subespecialidad Comercial de Lima, declara fundado el recurso de anulación de laudo en el expediente n.º 002-2007,³⁷ por cuanto se había afectado el derecho de defensa del Gobierno

37 Expediente n.º 00012-2007. Gobierno Regional de la Libertad contra El Tayal del Sur

Regional, por actos de representación defectuosa, los cuales dejaron de ser observados por el tribunal arbitral, siendo que insólitamente el Presidente Regional otorga un poder por escritura pública delegando su representación para el sometimiento a la vía arbitral.

La demandante consideró que se había procedido a celebrar un «convenio arbitral» sin contar con una resolución ejecutiva Regional, o autorización del Consejo Regional que contenga las facultades para sometimiento a la vía arbitral; que se ha perjudicado su derecho a la defensa por cuanto el Procurador Regional, no ha podido hacer valer sus derechos y que no debe interpretarse como materia de libre disposición por parte del Estado y/o de los particulares el sometimiento de bienes y dinero del Estado, se declaro fundado el Recurso de Anulación de Laudo Arbitral.

5.2. Extensión del pacto arbitral

En el expediente n.º 2380-2008,³⁸ se tramitó un recurso de anulación de laudo, interpuesto por una persona natural contra dos empresas de telecomunicaciones, invocando como causal de anulación la contenida en el artículo 63, inciso 1, literales a) y b) del Decreto Legislativo n.º 1071, referidas a que el convenio arbitral era inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

El colegiado señaló, respecto a la primera causal, que el demandante en su momento se opuso a ser parte del arbitraje, ya que no había acordado convenio arbitral alguno que lo vinculara a esta vía. Uno de los fundamentos más importantes del colegiado se refiere a que el demandante se constituyó en calidad de fiador de la empresa GLOBAL, por las obligaciones que ésta asumiera frente a la empresa CLARO, producto del contrato; mas no aceptó la totalidad de las cláusulas contenidas en el «Contrato de Servicios Comerciales», entre ellas, el convenio arbitral acordado entre los ahora demandados. El colegiado falló declarando fundado el recurso de anulación de laudo arbitral. Se entiende que el demandante no suscribió el convenio arbitral; por lo tanto, al no existir el convenio, devendría en nulo el proceso arbitral.

La posible extensión del convenio arbitral a terceros o a no firmantes del mismo, plantea una de las cuestiones más espinosas del moderno Derecho del Arbitraje, como puede suceder en los casos de cesión contractual y cesión de créditos, fusión de sociedades, grupos de sociedades, contratos conexos o coligados, *joint-ventures* y contratos de adhesión.

Ante esto la ley arbitral peruana, en el artículo 14 regula una insti-

S.A.-JACCSA Tolmos Espinoza García SRL.- La demandante interpone recurso de anulación de laudo arbitral, invocando la causal contenida en el artículo 73, incisos 1, 2 y 7, de la derogada Ley General de Arbitraje n.º 26572.

38 Expediente n.º 2380-2008. Demandante: Diego Alfonso Flores Torres. Demandado. América Móvil Perú S.A.C. y Global Internet Communications S.A.C.

tución novedosa a nivel mundial en la extensión del convenio arbitral,³⁹ que vendría a ser la excepción a la regla general, en el aspecto de los efectos obligatorios procesales del convenio arbitral, los cuales son forzosos únicamente entre las partes suscriptoras. Si bien nuestro trabajo en esta oportunidad no pretende extenderse en el tema, sí vemos la imperiosa necesidad de transmitir algunas de las ideas del profesor Alfredo Bullard.⁴⁰

El resultado de esta idea son varios principios fundamentales que determinan quién puede y quién no puede ser forzado a ir a la fiesta y a quién se va a dejar entrar a la misma.

Estos principios son:⁴¹

- a. Las partes de un convenio no pueden desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron. En consecuencia, los invitados que aceptaron asistir, ya no pueden dejar de hacerlo si la fiesta está convocada. Este principio, que no es otro que el de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) está protegido por principios como el de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del convenio y el *kompetenz-kompetenz*, que se orientan a limitar la creación de obstáculos que impidan que se arbitre.
- b. Un tercero al convenio arbitral no puede ser incorporado a la fiesta, si es que no ha aceptado participar en ella. El tercero podrá, entonces, oponerse al arbitraje planteando excepciones o defensas previas, o incluso de fondo, por las que sostendrá que los árbitros no son competentes para juzgarlo al no ser parte del convenio.
- c. Un tercero no puede meterse a la fiesta sin el consentimiento de quienes ya están en ella. En ese caso, serán quienes ya están incorporados en el arbitraje los que tendrán que oponerse a la incorporación del tercero, sosteniendo que están contractualmente facultados a rechazar su participación. En ese sentido, defenderán la idea de la privacidad del arbitraje, es decir, de que el contrato convoca a las partes y solamente a las partes, y reforzarán su negativa con la idea de confidencialidad de las actuaciones arbitrales.

39 Decreto Legislativo n.º 1071.- Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

40 Ver. BULLARD GONZALEZ, Alfredo. ¿Y quiénes están invitados a la fiesta? <http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>

41 *Ibidem*.

La intención del artículo 14 ha sido ampliar el campo de juego del arbitraje y darle al convenio arbitral mayor eficacia. Es bajo ese espíritu que creemos debe ser interpretado el artículo. Pero, sin duda será la jurisprudencia arbitral y judicial la que finalmente definirá los alcances en este tipo de situaciones.⁴²

Respecto a la extensión del convenio arbitral a los no signatarios, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial, en el expediente n.º 451-2009, emite la primera sentencia que se pronuncia respecto del artículo 14 de la ley que norma el arbitraje; esto es, sobre la extensión del convenio arbitral a los no signatarios.

Sobre este artículo se han desarrollado diversas teorías que tienen su origen en la práctica comercial internacional, siendo el primer caso sobre la extensión del convenio el de Dow Chemical, que justamente trata de la posibilidad de incluir a una empresa que pertenece a un grupo empresarial dentro de un arbitraje que no ha firmado, pero que si participa en la relación contractual a través del cumplimiento de determinadas prestaciones.⁴³

En el caso llevado ante la Corte Suprema, no sólo se trata del tema del grupo de empresas, sino además de la teoría de levantamiento de velo societario y de la posibilidad de su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano. La Corte Suprema, en su fundamento 12 señala: «cuando un árbitro decide incorporar a un sujeto determinado a un proceso arbitral, lo somete necesariamente al régimen procesal que él implica.

Dentro de ese proceso, el sujeto deberá respetar las atribuciones del árbitro o árbitros que lo dirigen, colaborar con su tramitación, cumplir los mandatos que se le impongan durante la tramitación, afrontar los honorarios arbitrales y, en general, entrar a un estado de colaboración y sujeción frente a las disposiciones que dentro del litigio involucren.

Sin embargo, la imposición de este régimen procesal sólo puede verse justificada cuando es la propia persona la que ha sometido a él. Aun cuando luego de esa decisión pretenda eludir la jurisdicción arbitral, quien haya suscrito el convenio arbitral estará indefectiblemente obligado a ser parte del arbitraje. Pero, si eso no se da, entonces no existe posibilidad alguna de imponer válidamente este régimen a quien nunca quiso ser parte de él. Para el tercero, el árbitro no es más que otro particular, incapaz de someterlo a su decisión, ni a un proceso que él haya iniciado por alguna causa. Nadie puede hacerse por sí mismo juez de nadie.⁴⁴

42 BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*

43 DEL ÁGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. *Op. cit.*, p. 145.

44 *Ibidem.*

5.3. Nulidad del convenio arbitral (el caso Algamarca vs. Minera Sulliden)⁴⁵

Sin duda alguna, el enfrentamiento procesal de estas dos compañías mineras marcaron un antes y después, en la práctica arbitral peruana y en los tribunales ordinarios de justicia, siendo una de las consecuencias la incorporación al Decreto Legislativo n.º 1071 del Arbitraje, por la cual el convenio arbitral puede ser suscrito por el gerente general.

En forma muy breve y sin el ánimo de efectuar un análisis mesurado y analítico (que excederían en estas páginas), mencionaremos los puntos —a nuestro criterio— más resaltantes del recurso de anulación de laudo.

El recurso de anulación de laudo que fuera interpuesto por Minera Algamarca, se fundamentó en base a las causales establecidas en los incisos 1, 2, 6 y 7 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje.

El fundamento más importante del recurso de anulación por parte de Algamarca, se manifiesta en torno a la invalidez del convenio arbitral, siendo que argumenta que no existió autorización expresa, según el inciso 3 del artículo 167 del Código Civil, en la condición de gerente general, violación al debido proceso y que el laudo arbitral contiene un pronunciamiento *ultra petita*.

El colegiado se pronunció respecto a la primera causal del inciso 1 del artículo 73 sobre nulidad de convenio arbitral, las demandantes cumplieron con la exigencia legal prevista para la procedencia de esta causal, al haber cuestionado expresamente la competencia del Tribunal Arbitral (el reclamo previo por vicio en el convenio arbitral). El colegiado expresa que en atención a lo previsto por el artículo 164 del Código Civil, el representante está obligado a acreditar las facultades de que está investido, según conste en el título del poder, al momento de celebrar y suscribir la transferencia de las propiedades mineras de Minera Algamarca y Exploraciones Algamarca, el señor Miguel de Orbegoso Tudela actuaba con facultades derivadas, no de su calidad de gerente general sino de la autorización que constaba en las actas de la juntas generales de accionistas; esto es, como apoderado, caso distinto del representante de la empresa Sulliden Shahuindo, quien se identificó como gerente general y apoderado y que actuaba facultado por lo establecido en el estatuto social de dicha empresa.

De la valoración pormenorizada y conjunta efectuada por este colegiado de todos los documentos que constan en el expediente arbitral «Sulliden-Algamarca», se colige irrefutablemente que al señor Miguel de Orbegoso Tudela sólo se le autorizó como apoderado y actuó como tal en la transferencia de las propiedades mineras de las demandantes.

⁴⁵ Expediente n.º 1757-2007. Demandante: Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca. Demandados: Minera Sulliden Shahuindo SAC.

Por consiguiente, la causal planteada ante la jurisdicción prevista en el inciso 1) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje n.º 26572, deviene amparable. Se resuelve *declarar fundado* en parte el recurso de anulación de laudo arbitral formulado por la Compañía Minera Algamarca Sociedad Anónima y nulo el laudo arbitral, por la nulidad del convenio arbitral.

No debe de extrañar que antes de la modificación hecha por el Decreto Legislativo n.º 1071, existía mucha controversia acerca de la facultad del gerente general, de poder suscribir un convenio arbitral, dado que el Código Procesal Civil, establecía que ésta era una facultad especial, por lo que el gerente general de una empresa debía contar con un poder especial para vincular a la sociedad a través de una cláusula arbitral.⁴⁶

En la Casación n.º 4656-2007, se ha establecido que el gerente general se encuentra facultado y ejerce la representación de la sociedad, para realizar todos los actos vinculados a la gestión ordinaria de la empresa, que comprometen no sólo los meros actos de conducción, sino el cumplimiento de determinadas atribuciones vinculadas al funcionamiento orgánico de la sociedad, así como aquellas decisiones relacionadas al desarrollo y ejecución de operaciones administrativas, comerciales, contractuales de la compañía.

Como quiera que el contrato de transferencia constituyó una típica operación comercial, le resultan aplicables al referido negocio las normas del Código de Comercio, a efectos de regular determinados aspectos de la relación jurídico-contractual establecida y, en especial, aquella referida a la aplicación del pacto arbitral en los actos del comercio.⁴⁷

5.4. Convenio arbitral societario⁴⁸

En el expediente n.º 1608-2007, una persona natural interpone un recurso de anulación de laudo arbitral contra una cadena de hoteles reconocida, fundamenta la anulación al amparo de la causal establecida en el inciso 7 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje. Fundamenta su recurso en el cuestionamiento del convenio arbitral.

El colegiado expresa que el convenio arbitral de derecho está pactado en el artículo 18 del Pacto Social de la Constitución Simultánea de la Sociedad Anónima de Corporación Hotelera Metor Sociedad Anónima, y que el convenio arbitral se encuentra válidamente firmado por ambas partes y en ningún momento el demandante ha cuestionado su validez, declarando infundado el recurso de anulación, dando por válido el laudo arbitral.

46 DEL ÁGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. *Op. cit.*, p. 121.

47 *Ibidem*.

48 Expediente n.º 1608-2007. Demandante: Pablo Hugo Torres Arana. Demandados: Corporación Hotelera Metor SA, Marina Internacional Holding SA y MIA Meliá Inversiones Americanas N.V.

6. CONCLUSIONES

Una vez suscrito el pacto arbitral de manera válida, en concurrencia de todos sus elementos, no es posible un retroceso sin la voluntad de todas las partes interesadas, en tanto dicho pacto arbitral tiene efectos procesales obligatorios, para quienes lo suscribieron, sólo puede ser desecho o modificado por las mismas voluntades que intervinieron en su confección, por lo tanto, existe la obligación procesal de las partes de acudir a la vía arbitral en los supuestos de discrepancia, controversia o conflicto sobre el contrato principal.

La interpretación del convenio arbitral es una cuestión de fundamental importancia, que dependerá de dos factores. El primero, sobre la amplitud con la que se redacta la cláusula arbitral y la relación jurídica controvertida, a una mayor amplitud, menores probabilidades de que surjan dudas en torno a la jurisdicción de los árbitros.

No es infrecuente que en la práctica convivan cláusulas de arbitraje muy amplias (todas las controversias o cualquier disputa que surja en relación o conexión con este contrato) que, ciertamente, son las recomendables con convenios que restringen el arbitraje a determinadas cuestiones litigiosas como las relativas a la valoración de acciones o participaciones, o restringen su ámbito subjetivo.

En segundo lugar, de la precisión y claridad con la que esté, asimismo, redactado el convenio: la redacción podría ser defectuosa y dar lugar a lo que se conoce como cláusulas o convenios arbitrales patológicos. En tercer lugar, aunque no por ello menos importante, dependerá de cómo se interprete la voluntad al ser este elemento fundamental del arbitraje.⁴⁹

A nuestro entender, el convenio arbitral, como manifestación de voluntad constituye un pacto que contiene dos características, siendo el primero los efectos procesales, por cuanto la naturaleza del convenio arbitral constituye una obligación de acudir en caso de controversia o incertidumbre a la vía arbitral, de no existir un conflicto o posible litigio, el convenio arbitral sería una «cláusula» que quedaría en absoluto reposo, sólo se activaría única y exclusivamente cuando cualquiera de las partes de una relación jurídica sienta que no existe equidad o justicia entre los derechos y obligaciones. En ese momento es cuando el convenio arbitral cobraría efecto jurídico y se encaminaría a erigir la llamada justicia arbitral.

Es fundamental que las partes contratantes o las personas a título individual, tengan el pleno conocimiento de la real dimensión del convenio arbitral, pero es mucho más importante que el convenio arbitral sea suscrito en una forma correcta, completa, precisa y en aplicación de todos los requisitos establecidos por nuestro Código Civil sobre la teoría del acto jurídico y en una interpretación sistemática de las instituciones de los libros de Derecho de las Obligaciones y Contratos.⁵⁰

49 PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Op. cit.*, pp. 221-222.

50 En el derecho español el arbitraje cumple así con los requisitos del consentimiento

Todo convenio arbitral imperfectamente redactado, ambiguo, impreciso y sin que se encuentre compuesto por sus elementos esenciales, siempre será factible que pueda ser declarado nulo, vía recurso de anulación de laudo, lo cual perjudica los derechos contractuales de las personas naturales y jurídicas, siendo, por este motivo, indispensable contar con una asesoría legal idónea en materia arbitral que tenga por finalidad que la suscripción del «convenio arbitral» tenga toda la protección y finalidad alcanzada por las partes contractuales. Sólo de esta forma se estaría logrando que el «pacto arbitral» siga siendo una institución que brinde seguridad jurídica y constituya el primer paso de un acceso amplio, sencillo y preciso a la justicia arbitral.

de la teoría general de los contratos, no hay que olvidar que el convenio de arbitraje es el contrato de arbitraje entre las partes y, en consecuencia; se aplican las reglas generales de la teoría general de los contratos, mas las reglas específicas establecidas en la Ley de Arbitraje.

La revisión judicial de los contratos: una opinión en torno a la lesión y a la reducción de la cláusula penal

Guillermo Andrés Chang Hernández*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. fundamento de la revisión judicial de los contratos. – 3. Crisis o no de la autonomía de la voluntad. – 4. En qué casos el juez puede revisar un Contrato. – 5. Apuntes sobre la revisión judicial de los contratos en el Código Civil peruano: especial referencia a la lesión y a la revisión de la cláusula penal. – 5.1. Comentarios en torno a la Lesión contractual. – 5.2. Comentarios sobre la revisión judicial de la cláusula penal.

1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, todo el sistema contractual descansa sobre una inmensa alfombra llamada «Autonomía Privada», que no es otra cosa que el reconocimiento de la autodeterminación que dispone el individuo para «gobernar» libremente sus relaciones con los demás.¹ En materia contractual esta autonomía se manifiesta mediante dos libertades: la libertad

* Abogado por la U.N.S.L.G de Ica, Post-Grado en la Universidad Castilla-La Mancha (España), Profesor de Derecho Civil en las Universidades San Juan Bautista, Alas Peruanas y Privada de Ica.

1 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2004, p. 47.

de contratar y la libertad contractual; esto es, la libertad de decidir si se contrata o no y con quién, y la libertad de decidir libremente el contenido del contrato. Desconocer estas libertades sería como desconocer la existencia misma del contrato.

De igual forma se reconoce la fuerza vinculante de los contratos; es decir, el principio mediante el cual las partes no pueden sustraerse del deber de observar el contrato de acuerdo con su tenor, en su conjunto y conforme a cada una de sus cláusulas.

Se reconoce que los acuerdos de las partes son ley entre ellas o al menos tienen fuerza o carácter de aquéllas. La fuerza obligatoria de los contratos —precisa Guillermo A. Borda— se funda no sólo en el respeto de la voluntad de los contratantes, sino también en las necesidades del tráfico. Los contratos —continúa Borda— constituyen el principal medio del que se valen los hombres para tejer entre ellos la urdimbre de sus relaciones jurídicas.

En tal sentido, en principio, nadie debe desde un plano superior dictar a una persona normas reguladoras de esta porción de libertad, sino que aquéllas deben emanar exclusivamente de su voluntad.²

Las negociaciones contractuales han ido transformándose de una negociación paritaria, en donde las partes tenían siempre la oportunidad de negociar el contenido contractual, a una estandarizada en donde las partes se encuentran en una condición «desigual» producto de la evolución comercial y económica y, por ende, por la proliferación de los contratos en masa, empero esta desigualdad es aceptada, pues ello también implica algún beneficio para una de las partes supuestamente perjudicada con la desigualdad que se puede reflejar en un menor costo de la contraprestación, ahorro de tiempo, etc.

Asimismo, algunos entienden que, además, existen contratos desiguales, incluso, en contratos paritarios o negociados, como en el caso en que la contraprestación de una de las partes se convierte en desproporcional a la recibida, así como en el aprovechamiento del estado de necesidad de una de las partes. Casos en que, para cierta doctrina, se justifica la revisión o intervención judicial de los contratos, todo ello bajo el fundamento de la cláusula *rebus sic stantibus* implícita en todo contrato, mientras que, para otro sector en estos supuestos no se tendría más que cumplir con lo estipulado en el contrato y, en defensa de la obligatoriedad e inmutabilidad de los mismos, ningún juez puede intervenir en la vida o alcances de un contrato.

Actualmente, se reconocen ciertos supuestos en que el Estado puede interferir en el ejercicio de éstas dos libertades, ya sea en la libertad de contratación como en la contractual. Interviene así en la libertad de contratación, a través de los contratos forzosos (SOAT en nuestro país, por ejemplo) o (suministros de servicios públicos: luz, teléfono, etc.)

Interviene, por su parte, en la libertad contractual, mediante el llamado dirigismo contractual, que busca el encauzamiento del contenido del contrato proscribiendo algunas estipulaciones, generalmente, de orden ético, moral o de orden público, siempre bajo el principio general de la buena fe contractual.

Sobre estos casos de intervención, autorizada doctrina (Díez-Picazo),³ la justifica en las siguientes razones:

- a) Razones de política social.- El Estado interviene para reestablecer el equilibrio entre las partes y busca, generalmente, la protección a la parte más débil de la relación contractual como es el caso de los contratos laborales y, en ciertas figuras contractuales (lesión, excesiva onerosidad). Asimismo, la intervención o dirigismo contractual puede obedecer, también a razones de política económica (destino de mercadería, fijación de precios, etc.); aunque esto último no sea reconocido por algunas legislaciones, como la nuestra.
- b) Por la celebración de los llamados contratos forzosos.- Son aquellos casos en los cuales, por obra del dirigismo estatal en materia económica y de la intervención pública en el mundo patrimonial, las partes se ven inmersas en una relación contractual; o, para decirlo más exactamente, en una relación jurídica similar a la que habría creado un contrato, sin su voluntad, y aun contra su voluntad (contratos de seguros, SOAT).

Es preciso apuntar que el juez, por ser quien es, a nombre del Estado administra justicia. En ocasiones puede inmiscuirse en el contenido de un contrato, facultad que para cierto sector es negada e ilegal, mientras que para otros es justificada.

En tal sentido, en esta oportunidad analizaremos los supuestos y fundamentos de la revisión judicial de los contratos y su aplicación en nuestro ordenamiento civil. Partiendo de la premisa de que los contratos, al ser actos de autonomía privada y que por su esencia siempre versan sobre derechos patrimoniales (disponibles), el Estado *prima facie* no tendría por qué intervenir en los acuerdos de los particulares, so pretexto de elementos, muchas veces subjetivos, tales como equidad, justicia o equilibrio contractual.

2. FUNDAMENTO DE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS

La voluntad por sí sola es estéril para crear derechos; requiere de un contexto legal que da virtualidad jurídica al contrato y lo completa.⁴

3 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Ed. Cívitas, 1996, p. 132.

4 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2002, 1.^a Ed., p. 48.

Es así que el texto contractual guarda relación con el contexto legal, y si bien es cierto, el Derecho moderno reconoce el principio de autonomía de la voluntad, esta autonomía no puede ir en contra de los principios generales del Derecho o de las leyes imperativas que encauzan las diversas relaciones jurídicas, entre ellas el contrato.

En tal sentido — como bien apunta Fernando de Trazegnies — dado que el contrato vive al interior de una sociedad organizada bajo la forma de un Estado, no cabe duda de que el orden estatal, si bien establece una suerte de ínsulas de normatividad propia que llamamos contratos, no puede ser totalmente ajeno a sus regulaciones y, de alguna manera, tiene que gobernar el archipiélago. Es en este sentido que el Estado no puede dejar de tener presencia u otra en este espacio eminentemente privado.

En este sentido el Estado, transfiere esta facultad de intervención contractual, en determinados casos, a los jueces (lesión, excesiva onerosidad de la prestación o reducción de la cláusula penal), bajo el fundamento principal de la justicia y la equidad; pues en la lesión se busca por razones de justicia proteger a la parte que por una necesidad se vio aprovechada por otra; mientras que en la excesiva onerosidad, por razones de equidad, se busca restablecer las prestaciones entre las partes, en los casos que una se manifieste excesivamente onerosa.

3. CRISIS O NO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La revisión contractual, a primeras luces atentaría contra el principio de obligatoriedad que rige todo contrato, y aunque para ciertos autores esta obligatoriedad sería sólo metafórica, nosotros creemos que no es así; pues si bien es cierto existe una amplia gama de excepciones a esta obligatoriedad también lo es que las mismas son justificadas y delimitadas a casos específicos, siendo la obligatoriedad de todo contrato su fundamento principal, pues de lo contrario todos se obligarían mediante un contrato y luego desconocerían sus efectos, pues al final sólo sería algo metafórico.

En tal sentido, sobre la base de que el contrato se ha convertido en una institución permeable se ha preconizado una crisis del mismo, pues, se dice que éste ya no cumple su objetivo, ya no es obligatorio, ya no es paritario, sino que, por lo general, predispuestos (contratos en masa) y, por lo tanto, la negociación contractual ha desaparecido y con ello se dice que el contrato ha «muerto».

Tal crisis — como apunta Fernando de Trazegnies — no existe; pues el hecho de que la concepción de contrato de hoy día no sea la misma que en el siglo XVIII, no quiere decir que el contrato sea ya inútil. Pues, a pesar de la proliferación comercial y económica, las sociedades rigen sus acuerdos y transacciones económicos a través de documentos contractuales, los mismos que tienen la misma eficacia concebida en el Código Civil francés de 1804, en el italiano de 1942 o en el peruano de 1984. Y las

excepciones a su fiel cumplimiento (imprevisión, lesión, etc.), así como su falta de igualdad en su negociación (contratos en masa o adhesión), son sólo excepciones.

Empero, nosotros creemos que la intervención estatal en los acuerdos contractuales, al igual que los contratos no negociados, deben ser eso, sólo excepciones y no ser uso frecuente del legislador, más aún cuando el contrato, de acuerdo a su propia naturaleza, versa estrictamente sobre aspectos económicos de las partes que intervienen.

En tal sentido a efectos de determinar en qué caso se hace necesaria la revisión de los acuerdos contractuales, debemos conocer los fundamentos de quienes apuestan por dicha revisión y en su caso abordar cuando estos argumentos resultan falaces o una sobreprotección Estatal, que a la larga desincentivan conductas y entorpecen el tráfico contractual.

4. EN QUÉ CASOS EL JUEZ PUEDE REVISAR UN CONTRATO

Una primera premisa consiste en establecer que el juez no puede intervenir en un contrato, solamente por considerarlo injusto; recordemos que el concepto de lo injusto o los límites entre lo justo y lo injusto ha sido establecido, aunque de manera arbitraria, por el legislador; empero, al final también le otorga la facultad al juez de determinar cuándo verdaderamente se presentan en un caso concreto (lesión, excesiva onerosidad de la prestación, reducción o incremento de la cláusula penal).⁵

Esta facultad que tienen los jueces de inmiscuirse en el contenido de un contrato, encuentra su fundamento en la equidad, justicia o el equilibrio. En efecto, tanto la doctrina como la legislación moderna reconocen mayormente en la equidad, como supuesto en que el Estado puede intervenir en el contenido de un contrato (Guillermo A. Borda).

El argentino Borda resalta la posición de la doctrina moderna en cuanto se resiste a admitir que lo libremente querido sea, sólo por ello, justo. Así ve en la equidad, oscurecido temporariamente bajo la influencia de la concepción puramente voluntarista del Derecho, ha vuelto a renacer. Y es el juez quien desempeña hoy el papel de guardián de la equidad en los contratos.

En nuestro Derecho el fundamento de justicia y equidad se ven reflejado en el principio general de la buena fe que el Código Civil de 1984 recoge tanto en su acepción subjetiva como objetiva.

La buena fe es para Bonfante, «ausencia de dolo o de mala fe»; para Windscheid, «la honradez»; para Cornu, «el deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y de fraternidad».⁶

5 GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *Idem*, p. 47.

6 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La Fuerza de la Buena fe». En Atilio Aníbal Alterini

En todos estos conceptos se aprecia a la buena fe como algo loable, con raigambre de ética. Para Manuel de la Puente, la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho. Pues, por ello — señala el maestro De la Puente — el mejor camino no es tratar de encontrar la noción de buena fe a través de las definiciones de ese elemento de la vida humana, sino a través de la manera cómo se ha incorporado al Derecho, que es algo positivo y tangible.⁷

La buena fe consiste en que el interesado tenga en cuenta no sólo su propio interés, sino el de la contraparte, pues ambos han servido como motivo determinante, para el ajuste del convenio. La buena fe en la ejecución de los contratos, es antitética de toda especie de dolo o fraude en el cumplimiento de la obligación jurídica.

Volviendo al tema de la revisión o intervención del contrato, la doctrina reconoce la facultad del juez de intervenir en el contenido y efectos del contrato, en los siguientes supuestos en que ésta es posible:

- a) Teoría de la lesión.— Es el perjuicio económico que experimenta una de las partes en el momento de celebrar un contrato, consistente en la desproporción evidente entre las prestaciones intercambiadas, determinada por su situación de inferioridad.⁸ Definición de Borda a la que podríamos añadir la existencia de un aprovechamiento de una de las partes de la necesidad de la otra, es pues ésta la definición generalmente aceptada por la doctrina y ciertas legislaciones, en efecto, nuestra legislación (artículos 1447 a 1456 del CC) también reconoce la lesión, entendiendo que opera cuando una de las partes del contrato se aprovecha del estado de necesidad de la otra resultando una desproporción entre las prestaciones superior a las 2/5 partes.
- b) Teoría de la imprevisión.— Mediante la cual se reconoce ciertos supuestos en que sí es posible el reajuste de algunas cláusulas del contrato. La misma que —coincidiendo con Guillermo A. Borda—⁹ encuentra su origen en la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, muy conocida en el Derecho romano, mediante la cual los contratos se entienden concluidos bajo la condición tácita que subsistirán las condiciones bajo las cuales se contrató y que, cuando ello no ocurra y se produce una transformación de tales circunstancias, los jueces están autorizados a revisar el contrato.

y otros (Dirección). *Contratación contemporánea*. Lima: Palestra Editores, 2000, pp. 273-285.

7 *Idem*, p. 274.

8 Ossipow, citado por MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *La lesión en los actos jurídicos*. Córdoba: Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1965, n.º 316.

9 BORDA, Guillermo A. *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Ed. Perrot, p. 152.

El Código Civil peruano admite este supuesto en los casos de excesiva onerosidad de la prestación (artículos 1440 a 1446 del Código Civil peruano), la cual permite en los contratos conmutativos a una de las partes solicitar el aumento o la reducción de su contraprestación cuando por circunstancias extraordinarias o imprevisibles, ésta llega a ser excesivamente onerosa, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

- c) Relaciones de equidad.- En este supuesto encontramos el caso de la reducción o aumento del monto fijado como cláusula penal. A tenor del artículo 1346 del Código Civil: «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida», para lo cual el juez debe sustentarse en razones de equidad, ya sea en el caso de que la pena sea manifiestamente excesiva, o en el caso de que la otra parte haya cumplido parcialmente o irregularmente la prestación.

5. APUNTES SOBRE LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS CONTRATOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO: ESPECIAL REFERENCIA A LA LESIÓN Y A LA REVISIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL

Dentro de las instituciones del Derecho Civil que permiten la revisión judicial de los contratos, que nos merecen una atención más puntual. Es el caso de la lesión y el de la revisión de la cláusula penal; temas de los cuales nos permitiremos verter unas breves líneas, donde sustentamos nuestra posición sobre su regulación.

5.1. Comentarios en torno a la lesión contractual

Nuestro Código Civil adopta la concepción objetiva-subjetiva al momento de regular la lesión a través de los contratos, pues para su configuración deben concurrir tres elementos: uno objetivo y dos subjetivos, los cuales serán analizados en su oportunidad.

En nuestro país el Código Civil no presenta una definición clara de esta figura; empero de la lectura del artículo 1447, podemos abordar a una: «La lesión vendría a ser el aprovechamiento de una de las partes de la necesidad apremiante de la otra, siempre y cuando este aprovechamiento se vea reflejado en que la desproporción de las prestaciones sea mayor a las dos quintas partes (lesión menor) o sea igual o superior a las dos terceras partes (Lesión Mayor)».

Como se aprecia, esta figura lo que busca es proteger a quien sufre el aprovechamiento de su necesidad.

En suma, para resumir podemos señalar que según nuestro Código Civil, el juez peruano puede revisar el contenido de un contrato e incluso llegar a su rescisión cuando se presentan los siguientes requisitos:

A. Elementos Subjetivos:

1. Necesidad apremiante de una de las partes;
2. Aprovechamiento de la Necesidad apremiante; y

B. Elemento Objetivo:

1. Desproporción coetánea al contrato, mayor de las dos quintas partes (40 %).

Esta figura contractual goza de un cierto grado de subjetividad, pues para determinar la desproporción del bien se suelen apoyar en valores referenciales, lo que a veces podría generar confusión, pues el valor de las cosas o bienes que las personas les asignan, suelen ser distintos en uno u otro caso de acuerdo al uso o importancia, e incluso según el afecto que les tenga, por lo cual su valoración económica suele ser poco uniforme.

Así, por ejemplo, el valor de una casa puede tener un valor de mercado y éste ser distinto al valor que le asigne la familia que ha vivido allí toda su vida o el valor que le asigne determinada persona por su ubicación especial (clima, vista, etc.), por ejemplo.

Así, analizando sus requisitos apreciamos que, en cuanto al elemento subjetivo; es decir, el aprovechamiento del estado de necesidad, no vemos razón para que el Derecho prohíba tales conductas, pues las relaciones contractuales que las partes celebran son libres y bajo su propio análisis de costos. Así, quien vende en 55 una casa valorizada en 100, lo hace porque en ese momento cree que le es más provechoso vender dicho bien en 55 (y, por ende, le asigna dicho valor) y no en su supuesto valor «real o de mercado» de 100.

Por ejemplo, en el citado caso de Mario, padre de familia que vende su casa a Felipe en 55 con la finalidad de costear la operación de su hijo gravemente enfermo, operación que está valorizada en 55, podríamos hablar en este caso de lesión.

¿Podemos afirmar que Felipe se aprovechó de la necesidad de Mario?, ¿podemos decir que existe desproporción entre el valor de venta y el valor «real» estimado? ¿Se puede afirmar que para Mario los 55 recibidos por la venta sean producto del abuso o los considere el valor justo y oportuno que le permitirán salvar la vida de su enfermo?

Respecto a la primera pregunta, se puede decir que Felipe, en vez de aprovecharse, lo que ha experimentado es más bien un acto de bondad que realiza para ayudar a Mario, a fin de que pueda salvar la vida de su hijo, pues en ese momento no tiene la necesidad ni el interés de comprar una casa, pero lo hace con fines altruistas.

En cuanto a la desproporción entre el valor «real de mercado» del bien, y el de la venta, fácilmente no se puede concluir que el segundo sea uno desproporcionado, pues se tiene que en el mismo caso del padre que desea salvar la vida de su hijo, se tiene que éste al momento de la venta, valoriza dicho bien en 55 y está dispuesto a renunciar al «supuesto» des-

equilibrio de 45 porque ese «supuesto» desequilibrio, desde la perspectiva del padre de familia es ínfimo y soportable, pues con ello lograría salvar la vida de su hijo y, obviamente, él la valora mucho más que 45. Por tal motivo, la respuesta a la tercera pregunta cae por su propio peso; es decir, Mario podría considerar más que justo dicho pago.

Ahora bien, si los hechos no siempre son tan dañosos para el vendedor (supuestamente víctima de un aprovechamiento) porque se le otorga al juez la facultad, a solicitud de parte, obviamente, de intervenir en el contenido del contrato, nosotros creemos que, si bien es cierto que la celebración y regulación de los contratos encuentran límites en la ley, entendemos que éstos deben ser sólo los necesarios y no aquéllos sustentados en pseudovalores de justicia o equidad, que lo único que generan es, precisamente, que las relaciones contractuales sean cada vez menos justas o equitativas.

En tal virtud, piénsese nuevamente en el supuesto del padre de familia del caso antes descrito, si en el primer ejemplo, luego de haber realizado la venta de su bien a un precio de 55, existiendo una desproporción superior al 40%, e incluso existiendo aprovechamiento del estado de necesidad de dicho padre de familia, por lo que estaría en capacidad de demandar la rescisión por lesión con éxito; ahora, qué pasaría si Mario, posteriormente, se encontrara en una situación similar, seguramente, gracias a los riesgos que genera esta figura contractual, y nadie estuviese dispuesto a ayudar a Mario o, en todo caso, a comprar los bienes que éste necesite vender para salvar a su hijo, ya que, posteriormente, podría demandar la rescisión por lesión que convertiría dicha operación de compra y posterior rescisión por lesión, en un préstamo sin intereses a favor de quien vendió primero y recibió el dinero, y luego invoca la lesión y devuelve el dinero y recupera su propiedad.

En consecuencia, nosotros estimamos que resulta perjudicial para el tráfico comercial y la libre circulación de bienes, figuras como la estudiada, pues lo único que generaría es desincentivar conductas salvadoras o altruistas de quienes deseen contratar con personas en «supuestos» de estado de necesidad.

5.2. Comentarios sobre la revisión judicial de la cláusula penal

Como ya se ha dicho en otro lado,¹⁰ en nuestro ordenamiento jurídico se desnaturaliza la verdadera finalidad de la cláusula penal, recogida por nuestro Código Civil en su artículo 1341, cuando precisa: «El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar

10 CHANG HERNÁNDEZ, Guillermo. «La Revisión judicial de la clausula penal. La persistencia en el error y el ineficiente artículo 1346 del Código Civil peruano». En *Actualidad Jurídica*, abril 2009, T-185.

el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores»; por otro lado, se tiene que el artículo 1346 del Código Civil permite, a solicitud de parte, al juzgador reduzca o aumente el monto de la cláusula penal; así, dicha norma prescribe: «El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida».

Nosotros entendemos que una lectura moderna de dicha norma debe hacerse en pro del cumplimiento de los acuerdos contractuales y realizando una interpretación *a contrario* del artículo 1401 del Código Civil que precisa: «Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra».

Sin embargo, se tiene que no todo contrato es de adhesión, por lo tanto, no tiene por qué ser interpretado a favor de ninguna de las partes, sino que debe hacerse de acuerdo a la común intención y buena fe de las partes.¹¹ En tal sentido, no se comparte la decisión del legislador, cuando permite a cualquiera de las partes de un contrato que han incluido una cláusula penal, puedan pedir, o la reducción o aumento del monto de la cláusula penal.

En tal sentido, la posibilidad de que la ley, de manera errada le otorga al deudor o al acreedor, la oportunidad para reducir o aumentar la cláusula penal, debe ser suplida por una interpretación creativa del juzgador, pues éste no sólo debe ser la boca de la ley, sino debe encargarse de encontrar el espíritu de la ley.

Así, entendemos que para que se ordene la reducción del monto fijado por cláusula penal, no sólo basta que lo solicite el deudor, sino que, además, ésta resulte manifiestamente excesiva, y que esta desproporción provenga de cierta posición de dominio de una de ellas o que haya sido generada por una inequidad de las partes que haya contribuido a la injusticia que se pretende corregir.

Es decir, con el propósito de evitar que esta posibilidad otorgada al deudor llegue a generar una situación de ejercicio abusivo del derecho por parte del deudor y una desprotección del acreedor —que debe recibir el mismo trato legal que el deudor dentro del marco de un contrato paritario—. De igual manera, lo que se pretende es evitar la inaplicación e ineficiencia de una institución creada para surtir efectos, como lo es la cláusula penal.

11 De acuerdo a los artículos 168 y 1362 del Código civil, de aplicación supletoria a la interpretación de los contratos.

El reconocimiento administrativo. unión de hecho

Marco Carmona Brenis*

SUMARIO: 1. Introducción. — 2. Antecedentes. — 3. Regulación jurídica. — 4. Definición. — 5. Características. — 6. Elementos. — 7. Efectos de concubinato. — 8. La prueba de la existencia de la unión de hecho. — 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Al lado de las uniones conyugales existen, entre otras expresiones familiares, las denominadas uniones de hecho, a las que en nuestro sistema jurídico se les otorga singular regulación y protección constitucional.

Además de la familia matrimonial, cuya fuente es, sin lugar a dudas, el matrimonio, existe la familia extramatrimonial que surge de la unión sin vínculo matrimonial, entre un hombre y una mujer que se comportan ante los demás como esposos, fenómeno que, por cierto, es frecuente.

Tanto en las uniones matrimoniales como en las que se forman al margen del matrimonio, suelen cumplirse unas

* Abogado y Magíster en Docencia Universitaria por la Universidad César Vallejo de Trujillo. Estudios de Segunda Especialidad en Derecho de Familia. Estudios concluidos en Administración de Empresas en la Universidad Señor de Sipán. Doctorando en Derecho en la Universidad César Vallejo. Miembro ordinario de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, fiscales y operadores del Derecho de la Infancia, Adolescencia y Familia. Director de Escuela y Docente ordinario de Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad Señor de Sipán

mismas finalidades: procreación de hijos, sustentación de éstos, fidelidad mutua, obligación de socorro y ayuda, etc.

Las uniones de hecho o no matrimoniales no eran bien consideradas y, en todo caso, eran vistas con desconfianza y con reparos morales por ciertos sectores (los más conservadores) del medio. Sin embargo, esta forma familiar se ha convertido, hoy en día, en la más común y general, lo cual requiere una debida y adecuada protección de parte de la sociedad y del Estado, desde el inicio, desarrollo y fin de la unión, siguiendo la misma línea de la unión matrimonial.

En mérito a lo señalado, consideramos necesario analizar y proponer algunos lineamientos que permitan una mejor protección a los miembros de dichas uniones, como es el de otorgarle la debida protección desde su origen o constitución, considerando la importancia social de esta común fuente de familia.

2. ANTECEDENTES

La unión de hecho tiene un origen muy remoto, dice Cornejo Chávez, pues, se admitió ya como una institución legal en el Código de Hammurabi.¹

En el Derecho Romano, comenzó a ser regulado bajo el primer emperador, Octavio Augusto, a comienzos de la era cristiana. Dicho monarca trató de estructurar la figura buscando, sin duda, poner orden en el medio social donde esta unión era un hecho frecuente; y así, distinguió, mediante requisitos y efectos, el concubinato de las restantes uniones extramatrimoniales.²

Se originó en Roma a raíz de la ley antes mencionada, y no fue una práctica ilícita ni arbitraria, sino una suerte de cohabitación sin el *afectio maritalis* de un varón con una mujer de inferior condición social. De ese modo, es considerado como un «matrimonio de segundo orden», donde el parentesco en determinados grados producía impedimento y la infidelidad de la mujer, una sanción por adulterio.³

El concubinato fue considerado, por constituir a semejanza del matrimonio, una fuente originaria de la familia, una institución en la que está presente no sólo el interés de los concubinos, sino también el interés de la sociedad, por lo cual se tuvo especial cuidado en su normatividad, «necesitándose para su constitución semejantes requisitos personales que en las justas nupcias». El autor Cirilo Pavón sostiene: «Que si bien el con-

1 CORNEJO, Héctor. Derecho Familiar Peruano. Lima: Studium, 1985, p. 19.

2 BOSSERT, Gustavo A. *Régimen Jurídico del Concubinato*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2003, 4.ª Ed. actualizada y ampliada, p. 9.

3 VÁSQUEZ GARCÍA, Yolanda. *Derecho de Familia - Teórico práctico. Sociedad Conyugal*. Lima: Editorial Huallaga, 1998, tomo I, p. 179.

concubinato era permitido, una persona no podía tener varios concubinarios o concubinas porque en tal caso se convertía en libertinaje no consentido por las leyes».⁴

¿Cuál era el elemento que definía al concubinato frente al matrimonio? Que no mediaba para el surgimiento del vínculo, como requisito indispensable, «el cumplimiento de formalidad alguna»;⁵ y en ambos sucedía después una cohabitación singular y notoria.

En el Derecho germano siguió el criterio del Derecho romano, considerando al matrimonio como atributo exclusivo de las personas libres y rechazando el matrimonio entre personas de desigual condición, por lo cual el maestro Emilio Valverde decía: «[...] También se practicó el concubinato entre los germanos, generalmente usado para los enlaces entre libres y siervos. Empero, después surge en su lugar el llamado matrimonio de mano izquierda o matrimonio morganático, que unía a la mujer de condición reputada inferior con el hombre de calidad, sin hacerla participar en el rango ni en los títulos de éste, siguiendo los hijos la condición de la madre y careciendo, por lo mismo, del derecho de sucesión del padre».⁶

El Derecho canónico contempló siempre el concubinato. Pero, lo hizo de dos modos diametralmente opuestos, en las dos épocas que dividió el Concilio de Trento celebrado en el año 1563.

Desde el comienzo de su elaboración, el Derecho canónico recogió la realidad social que el concubinato implicaba, y con criterio realista, antes que sancionarlo trató de regularlo, concederle efectos y, por medio de ello, asegurar la monogamia y la estabilidad en la relación de la pareja. La inexistencia de otros vínculos (conyugales o concubinarios) y el carácter de permanencia que, en términos generales, estaba para el Derecho canónico, es la base de las características que la relación tenía que presentar para obtener aceptación y efectos.

En el período incaico prevalecía el matrimonio obligatorio, público y monogámico para la gente del pueblo. Sin embargo, estuvo permitida la poligamia y la endogamia para los de la nobleza imperial. El Inca, con el fin de conservar la pureza de la sangre real, podía contraer matrimonio con su hermana, y aparte de ésta, podía mantener relaciones maritales con otras mujeres.⁷

4 PAVON, Cirilo. *La Familia en el Derecho Civil argentino*. Buenos Aires: Edición Ideas, 1946, p. 254.

5 LÓPEZ DEL CARRIL, Julio. *Derecho y obligación alimentaria*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1981.

6 VALVERDE, Emilio. *El Derecho de Familia en el Código Civil peruano*. Lima: Imprenta del Ministerio de Guerra, 1942, p. 69.

7 MALLQUI REYNOSO, Max y ELOY MOMETHIANO ZUMAETA. *Derecho de Familia*. Lima: Editorial San Marcos, 2001, pp. 94-97.

3. REGULACIÓN JURÍDICA

- a) Constitucional. - La Constitución de 1979, en su artículo noveno abordó el problema del concubinato de una manera superficial, que no correspondía.

El artículo 5 de la Constitución Política del Perú de 1993, reprodujo con leves modificaciones lo señalado por el artículo 9 de la Constitución derogada, pero en ambas se menciona a esta figura sólo en lo que respecta a la propiedad de los bienes de los concubinos, dejando de lado los aspectos: alimenticio, sucesorios, etc., que no se tomaron en cuenta.

- b) Legal. - En el Código Civil de 1852, con relación al concubinato, sólo se dictan algunos dispositivos de carácter penal, pero por razones obvias. Así el Código Penal de 1863 castigó al hombre casado que tuviese concubina, así como a ésta; pero el concubinato entre solteros no se calificó como delito a tenor del artículo 265. El Código Penal de 1924 en su Sección IV, Delitos contra la Familia, Título I, Adulterio y artículo 212, también castiga al cónyuge adúltero y a su cómplice.

El Código Civil de 1936 no ignora la existencia del concubinato, al que le reconoce algunos efectos.

El artículo 326 del Código Civil de 1984 prescribe:

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

Asimismo, agrega, que la posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita.

Hoy en día, como refiere Alex Plácido,⁸ tanto a la luz de la actual Constitución como de los tratados internacionales reconocen el derecho de toda persona a fundar una familia, sin aludir al matrimonio como base (pues, no todos lo hacen), por tanto, la lectura del Código Civil en materia de concubinato debe ser distinta.

4. DEFINICIÓN

⁸ Me parece que esa sería la posición de Alex Plácido en su ensayo *Familia, matrimonio, convivencia y Constitución*. *Op. cit.*, pp. 85-99.

Etimológicamente, el término concubinato deriva del latín *concubinus*, del verbo infinitivo *concubere* que, literalmente, significa «dormir juntos» o comunidad de hecho, utilizado ya en el derecho romano;⁹ se trata de una situación fáctica que consiste en la cohabitación de un varón y una mujer para mantener relaciones sexuales estables.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define este hecho haciendo referencia primero al vocablo «concubina» para pasar luego al concubinato apresando lo siguiente: «*Concubina*: manceba o mujer que vive y cohabita con un hombre como si éste fuera su marido». «*Concubinario*: el que tiene concubina». «*Concubinato*: comunicación o trato de un hombre con su concubina». «*Manceba*: concubina; mujer con quien se tiene un comercio ilícito continuado».¹⁰

El artículo 326 del Código Civil de 1984 define a la unión de hecho propia e impropia (segundo párrafo). Es la primera de ésta la que le reconoce derechos patrimoniales, denominada también «unión estable».

El concubinato, entonces, es la convivencia estable entre un hombre y una mujer (unión intersexual), que cuentan con aptitud nupcial, y que persiguen fines semejantes al matrimonio.

5. CARACTERÍSTICAS

Del artículo 326 del Código Civil podemos distinguir las siguientes características:

- Debe ser unión sexual libre y voluntaria entre un varón y una mujer;
- Debe ser una unión que alcance fines y cumpla deberes semejantes al matrimonio (hacer vida común, fidelidad y asistencia recíproca);
- Debe estar libre de impedimento matrimonial, debe tener, por lo menos dos años continuos de convivencia;
- Puede probarse la posesión constante del concubinato con cualquiera de los medios admitido por la ley procesal siempre que exista un principio de prueba escrita;
- Puede terminar por muerte, ausencia mutuo acuerdo o decisión unilateral; y en caso de fenecimiento por decisión unilateral, el concubino abandonado puede solicitar judicialmente un derecho excluyente, puede ser:
 - a) una cantidad de dinero por concepto de indemnización, o
 - b) una pensión alimenticia.

9 BIONDI, B. *Il diritto romano-cristiano*. Milano, 1952, tomo III, p. 125.

10 Diccionario de la Real Academia Española. Madrid, 1970, 6.ª Ed.

6. ELEMENTOS

La doctrina, ha coincidido en distinguir los elementos que estructuralmente deben integrar a las uniones estables.

Así tenemos:

- a) Elemento de hecho, considerado el más importante, por ser necesario para reconocer la existencia de la unión, basada en la posesión de estado, la cual hablaremos más adelante;
- b) Elemento temporal, referida a la duración, continuidad y permanencia de la unión, excluyendo a las uniones esporádicas, y reconociendo la estabilidad de la misma en el plazo mínimo establecido en la ley (en el Perú de dos años, así como en México y otros países);
- c) Elemento moral, caracterizado por el deber de fidelidad, la singularidad y el respeto mutuo entre los concubinos. Como señala Pinto Rogers, «la idea es del respeto recíproco y del compromiso moral que se impone a la mujer de aceptar una modalidad de vida que guarde relación con esta obligación voluntaria que ha asumido».¹¹
- d) Un elemento legal, referida no sólo a la capacidad legal con la que deben contar los concubinos, sino además a la capacidad nupcial; es decir, a estar libre de impedimentos (impedimentos dirimentes)

7. EFECTOS DEL CONCUBINATO

Considerando que en las uniones de hecho se persigue fines semejantes a las uniones matrimoniales, éstas también produce efectos jurídicos, tanto de orden personal como patrimonial.

Los efectos personales se fundan en la realidad de esa pareja, en su funcionamiento y en su autonomía, semejantes a la del matrimonio, siendo ellos mismos los elementos que sirven de soporte al fundamento ético de los deberes que surgen de ese estado familiar. Sin embargo, como señala Alex Plácido,¹² no son los mismos efectos que el matrimonio; así, si se analiza el deber de asistencia en su ámbito material, se comprueba que entre los cónyuges existe una obligación legal de alimentos que puede subsistir, excepcionalmente, después de disuelto el vínculo matrimonial.

En cambio, en la unión de hecho se presenta una obligación alimentaria similar a la que existe entre los cónyuges; sin embargo, ésta no es legal sino de carácter natural. Este derecho a los alimentos entre convivientes se fundamenta en la preservación del sentimiento familiar que los

11 PINTO ROGERS, Humberto. *El Concubinato y sus Efectos Jurídicos*. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1942.

12 PLÁCIDO V., Alex F. *Manual de Derecho de Familia. Un nuevo enfoque de estudio del Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, 2.^a Ed., pp. 253-256.

vincula y que se hace sentir de modo tan evidente en la estructura y funcionamiento de la propia unión de hecho; demostrando, en su naturaleza y esencia, un contenido moral derivado de ese estado de familia.

Por último, si se analiza el deber de fidelidad, comprobamos que los cónyuges recíprocamente deben ser fieles; que de incumplirse en el aspecto material negativo, se configura el adulterio y la homosexualidad, causales para demandar la separación de cuerpos o el divorcio.

En la unión de hecho, por su singularidad, se presenta el deber natural de fidelidad; que de inobservarse en cuanto a la continencia sexual, no se configuran las causales mencionadas; en todo caso, sólo provocará la terminación de la unión de hecho por decisión del conviviente ofendido.

En el caso de los efectos patrimoniales, como señala el Código Civil, la unión de hecho origina una comunidad de bienes que se aplica reglas del régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. Es decir, que a diferencia de la unión matrimonial, los concubinos no tienen la opción de elegir un régimen patrimonial, sino que éste ya está establecido por la ley.

Existe discusión sobre a partir de cuándo surte estos efectos patrimoniales, hay algunos que señalan que a partir de una sentencia judicial que reconoce la unión, y otros que desde el primer día de su existencia.

Coincidimos con la posición que los efectos patrimoniales se produce una vez cumplido el plazo de ley (dos años); sin embargo, consideramos que por su importancia social al igual que el matrimonio, si se estableciera un registro de dichas uniones; es decir, que se formalice ante un funcionario público, que legitime dicha unión, ésta producirá efectos desde el día de su constitución como tal.

8. LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE LA UNIÓN DE HECHO

Uno de los grandes problemas que se presenta en esta institución, es la prueba de la existencia, por cuanto a diferencia de la unión matrimonial, los concubinos no gozan del llamado título de estado de familia, corroborado por la partida del Registro del Estado Civil, conllevando a dificultar la probanza de su existencia, siendo ésta necesaria para reclamar los efectos legales reconocidos en el artículo 326 (régimen patrimonial, derecho de alimentos, indemnización, etc.)

Se tiene que demostrar que entre los concubinos existió posesión constante de estado, además de no mediar impedimento matrimonial y, que ha durado por lo menos dos años continuos.¹³

La posesión de estado, es el trato que se dan mutuamente como si fueran marido y mujer, por la atribución que se hacen recíprocamente

13 PLACIDO V., Alex F. *Op. cit.*, pp. 257-258.

ante terceras personas de la condición y facultades de esposos, por asumir abierta y permanentemente las actitudes de la vida de matrimonio, son considerados los unidos por la gente que los rodea, como si tuvieran ese estado de marido y mujer.

Esta posesión de estado se configura objetivamente a través de la trilogía clásica de nombre (*nomen*), trato (*tractatus*) y fama (*fame*) de casados aceptada y compartida públicamente por los concubinos que terminan por ser considerados por los demás como consortes.

La posesión constante de estado de convivientes como lo señala el 326 del Código Civil, debe acreditarse por cualquier medio probatorio admitido en la ley procesal; regido bajo principio de prueba escrita. Esta exigencia resulta dificultosa, por no ser un acto formal y por la naturaleza del mismo. Así lo podemos corroborar en la siguiente jurisprudencia:

[...] el colegiado superior ha considerado que la existencia del proceso de declaración judicial de unión de hecho y la afirmación de la demandada, constituiría título posesorio; empero, al respecto no existe sentencia judicial que declare la situación de concubinato y la generación de un régimen de sociedad de gananciales, conforme a los alcances del artículo 326 del Código Civil, que permita advertir la existencia de un derecho o título justificativo de la posesión a cargo de la demandada. [...] la declaración jurada del copropietario [...] no puede conllevar a considerar la existencia de una relación de concubinato bajo los alcances de la norma de derecho material citada, toda vez que para ello se requiere que una sentencia judicial valore de manera conjunta los medios probatorios y la concurrencia de los elementos que configuren la existencia de un concubinato, según la norma acotada, para que se considere la existencia de un régimen de sociedad de gananciales. [...]. (C.S., Cas. n.º 4247-2006-Cusco, enero 30/2008. SS. Carrión Lugo).

Como podemos ver, existe dificultad probatoria de las relaciones no matrimoniales, lo que conllevaría indirectamente a una desprotección del concubino, tanto en sus relaciones personales como patrimoniales.

La Ley N.º 26662 regula el procedimiento no-contencioso a nivel notarial para el reconocimiento de las uniones de hecho, creándose en un registro especial para uniones de hecho, y no dentro del registro personal o patrimonial.

Consideramos que estos dispositivos, aún no son suficientes para darle una debida protección a las uniones de hecho, por eso es que existen experiencias municipales como las de Breña, el Callao y Chiclayo, que han creado a través de sus ordenanzas municipales, un Registro de Parejas de Hecho (REPAH), las cuales han sido destacadas en el primer caso, por el Juez Constitucional, Gerardo Eto Cruz, al considerar que «[...] ante un mandato constitucional de proteger a las uniones de hecho, la creación de un registro de uniones de hecho parecería ser una respuesta adecuada y razonable. [...]», idea que compartimos, en el sentido de no sólo crear un registro para el reconocimiento, sino también para la constitución de

dichas uniones, debido a que, como se ha podido ver, las parejas de hecho solicitan muchas veces el reconocimiento de sus relaciones cuando éstas se extinguen; es decir, que no es una práctica social que dos personas que llevan una relación estable por el tiempo señalado por la ley, acudan por acuerdo mutuo a presentarse ante el órgano jurisdiccional o el notario, para que se les reconozcan como tales (concubinos).

A diferencia de nuestra legislación, que no regula el reconocimiento administrativo de las uniones de hecho, el Código de Procedimiento Civil y normas complementarias de Venezuela, señala los contenidos del acta de constitución y reconocimiento de las uniones de hecho:

1. Identificación completa de las personas que declaran la unión estable de hecho.
2. Identificación completa de los hijos y las hijas, número, año de nacimiento, si estuvieren inscritos. [...]
3. Identificación del poder especial si la unión estable de hecho se inscribe por medio de apoderado o apoderada.
4. Manifestación expresa de las personas de mantener la unión estable de hecho.
5. Indicación de la fecha a partir de la cual se inició la unión estable de hecho.
6. Mención expresa del estado civil de las personas que declaran la unión estable de hecho, que en ningún caso podrán ser casadas, ni mantener registrada otra unión estable de hecho.
7. Autorización de los padres o representantes, en los casos de adolescentes.
8. La firma del registrador o registradora civil, las personas que declaran la unión estable de hecho y los testigos.

9. CONCLUSIONES

El derecho de toda persona de fundar familia, sin importar la clase de unión que la genera, como son las uniones de hecho estables, hace necesario que se les otorgue una debida protección, por la trascendencia social de la institución, por tanto, al igual que la unión matrimonial, consideramos importante la regulación de la creación de los registros de las uniones de hecho y su reconocimiento administrativo (ante las municipalidades). Esto conllevaría, al igual que el matrimonio, a que exista un control social de dichas uniones, promoviendo las uniones estables y evitando las uniones de personas con impedimentos matrimoniales.

Consideramos que al igual que existe una ley que regula el llamado divorcio administrativo, también es necesario que exista una regulación del reconocimiento de las uniones estables, ante las municipalidades dis-

tritalas, ya que éstas cuentan con sistema integrado a nivel nacional, de las inscripciones de los matrimonios.

Esta regulación traería consigo el tener que sobrellevar la dificultad de la probanza de las uniones de hecho estable, tal y como viene sucediendo actualmente en los tribunales de justicia.

Se terminó de imprimir, en los talleres de
Grández Gráficos S.A.C. el mes de junio de 2012
Teléf.:(511)531-4658
www.grandezgraficos.com

El libro de Ponencias del VIIº
Congreso Nacional de Derecho Civil,
representa un esfuerzo conjunto del
Instituto Peruano de Derecho Civil
y el Estudio Mario Castillo Freyre,
con el fin de difundir las novedades,
problemas y desafíos del Derecho
Civil en nuestro medio.

El VII° Congreso Nacional de Derecho Civil del año 2011 tuvo lugar en la Región Lambayeque, en la ciudad de Chiclayo, y fue realizado en homenaje al maestro José León Barandiarán, sin duda, el profesor más querido y recordado dentro de los civilistas peruanos del siglo XX, y quien marcó la pauta para el desarrollo de la doctrina civil peruana.

Este libro se publica poco antes de la realización del VIII° Congreso Nacional de Derecho Civil, el mismo que tendrá lugar en la ciudad de Huánuco del 28 al 30 de Junio del 2012.