

COMENTARIOS AL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL PERUANO DE 1984

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

Sin embargo, esos pensamientos sólo podrían provenir de

personas que no conocían a fondo los entretelones de esta reforma y que no la habían seguido de cerca, como yo sí la he seguido.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nadie, absolutamente nadie representativo del mundo académico y profesional peruano, ha elogiado el Anteproyecto publicado por la Comisión. Es más, no cometo ninguna infidencia al decir que he conversado personalmente con amigos muy cercanos en afecto a la Comisión y a su Presidente y estas personas, prefiriendo no hablar sobre el tema en público, para no resquebrajar viejas amistades, han lamentado frente a mí el resultado de dicho trabajo.

Ahora bien, tal vez sea yo el que más lamente esta situación,

habida cuenta de que, siendo consecuente con mi línea de pensar y de actuar, debo proseguir mi labor con respecto a la defensa del Derecho Civil y de nuestro ordenamiento jurídico y, en tal virtud, no tengo la ventaja de poder quedarme callado.

Sé que los comentarios que he venido haciendo públicos desde el mes de mayo, han disgustado a los miembros de la Comisión, varios de los cuales son buenos amigos; sé también que otros los han tomado deportivamente, pues se trata de comentarios con sólido sustento jurídico.

Pero quienes son mis amigos en la Comisión, deben saber que deteriorar mi amistad con ellos es lo último que yo desearía.

Todas mis afirmaciones y comentarios se refieren, única y exclusivamente, a ideas, a planteamientos, al texto del Anteproyecto de Ley, publicado en la página web del Ministerio de Justicia, con absoluta prescindencia de sus autores. Es más, en ningún comentario personalizo mis críticas. Ello, por dos razones. La primera, porque jamás lo haría. La segunda, porque aunque quisiera hacerlo, no me consta a quién o a quiénes corresponde la autoría de cada precepto propuesto.

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

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

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

Lima, julio del 2005

PRIMERA PARTE

Un poco de historia

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

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

Estas páginas servirán para exponer mis razones.

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

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

Conforme investigaba sobre el tema, iba acentuándose en mí la convicción de que el germen de la discusión del mismo era artificial; iba constatando que al ámbito académico era al único sector de Abogados al que realmente podía interesar –o no– emprender una reforma integral o de fondo del Código Civil vigente. Poco a poco verificaba que a casi todos mis colegas dedicados exclusivamente al ejercicio de la profesión de Abogado, poco o nada interesaba el asunto; que éste se circunscribía a reducidos círculos universitarios. Ni siquiera todos los profesores de Derecho Civil estaban interesados en que se emprendiese semejante proceso de reforma.

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

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

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

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

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

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

Además, el argumento del avance de la ciencia y la tecnología no es sustentable para una reforma integral, ya que la mayoría de supuestos que se arguyen para tal efecto, están referidos a aspectos muy concretos del Código.

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

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

Ejemplo de normas que resistieron a los embates de la ciencia, lo constituyen los artículos 1373 y 1374 del Código, los mismos que prescriben que el contrato queda celebrado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente; y que la oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona, se consideran conocidas en el

momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

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

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

El segundo argumento que se esgrimió en aras de la reforma al Código Civil señalaba que en todos estos años de vigencia del Código de 1984 se habían producido una serie de modificaciones a su texto, las mismas que hacían necesaria la revisión y adecuación integral del referido cuerpo normativo.

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

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

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

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

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

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

Como cuarto argumento, en aras de la reforma al Código, se señaló que si bien el Código Civil de 1984 es bueno, la doctrina

peruana ha detectado una serie de defectos en el mismo, los que resultaba imperativo enmendar, para que dicho cuerpo legal no perdiese la calidad que tiene.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Pero, paradójicamente, los profesores que iniciaron en 1992 la empresa de modificar el Código Civil de 1984, sostenían que el mismo era un Código de avanzada, y que había recibido elogios de prestigiosos colegas de muchos países. No dudo de la existencia de los elogios. Es más, creo en varios de ellos. De lo que dudo es del hecho que esos profesores peruanos –que fomentaron la reforma– hubiesen estado, en el fondo, convencidos del contenido de dichos elogios, pues si los hubieran compartido, no hubiesen transitado por ese camino.

¿Se acuerdan de esa vieja serie de televisión llamada “La Isla de

la Fantasía”?

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

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

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

Esa “Isla de la Fantasía” habría dejado de ser bella, se habría convertido en una huachafería a donde nadie querrá volver.

Ni el Perú ni el Código vigente son la “Isla de la Fantasía”. El Código Civil de 1984 es simplemente un Código. Pero, el problema

estriba en que para algunas personas sí lo es. Para ellos, las opiniones de los juristas extranjeros sobre el mismo, son equivalentes a las de los turistas de nuestra imaginaria Isla.

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

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

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

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

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

Si se llegara a promulgar una Ley de Enmiendas sobre la integridad del Código Civil, la misma habría sido elaborada sin que lo pida ni necesite el medio jurídico nacional; pero será dicho medio jurídico el que tendría que padecer las consecuencias de una reforma de tal magnitud que lleve a que muchos colegas, ajenos al ámbito académico o a la docencia universitaria, sientan que existen otros que saben más que ellos y que ha resultado imprescindible la inclusión en ese nuevo Código de toda cuanta definición fuere

imaginable; de todo concepto o de toda teoría sofisticada, sostenida tal vez por algún o algunos profesores extranjeros, pero que resultan desconocidas para el Abogado peruano; y no sólo desconocidas, sino, lo que es peor, en la mayoría de casos inútiles.

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

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

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

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

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

eso no es imaginación creadora sino pereza interpretativa.

No quiero sumarme a esa pereza interpretativa.

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

SEGUNDA PARTE

LIBRO II Acto Jurídico

Título I Disposiciones generales

- ***El concepto y los requisitos del acto jurídico***

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

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

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

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

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

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

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

Pasamos al análisis.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En adición a lo expuesto, debemos subrayar que los deberes y obligaciones siempre deben existir y encontrarse determinados al momento del nacimiento del acto, pudiendo ocurrir que la determinación de su objeto (las prestaciones obligacionales, en caso de ser obligaciones de objeto plural), como el caso de las alternativas, por ejemplo), o el objeto de la propia prestación (como en el caso de los bienes inciertos, por ejemplo), se encuentren pendientes de determinación, estableciéndose en el título constitutivo de la obligación, un mecanismo para su determinación futura.

En síntesis, el objeto de todo acto jurídico (deber jurídico u obligación) siempre debe ser determinado, estando la única

posibilidad de determinación futura, referida al objeto de dicho objeto o al bien objeto de este último.

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

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

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

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

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

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

Independientemente de la ausencia de problemas prácticos al

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

Por lo demás, es evidente que, más allá de las intenciones de la propia *Comisión* no se ha variado en lo absoluto el sentido de la norma actual y parece que lo que han buscado es precisar los alcances de la actual expresión *fin*.

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

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

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

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

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

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

Ello equivale a decir que el Código Civil en la actualidad establece la

antigua y muy difundida distinción entre aquellos actos jurídicos que revisten una formalidad solemne o *ad solemnitatem*, de aquellos actos jurídicos que revisten una formalidad meramente probatoria o *ad probationem*.

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

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

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

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

Ello significa, sin duda, un retroceso dentro de la propia sistemática del Código Civil de 1984, pues ya no quedaría claro siempre –como hoy sí lo está– en qué casos el acto es expresamente considerado

nulo por la ley peruana, y en qué casos el acto, al no ser nulo, será válido con formalidad *ad probationem*.

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

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

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

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

Decimos que el inciso 4 propuesto por *la Comisión* es contrario al principio de conservación del contrato, en la medida que está pasando a considerar nulos todos los actos jurídicos que a la luz del marco legal actual son válidos por tener formalidad *ad probationem*.

- ***La forma de los actos jurídicos***

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 143.- Principio de libertad para la adopción de la formalidad <i>Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.</i></p>	<p>Artículo 143.- Clases de formalidad</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Cuando la ley no establece una formalidad o no la impone con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.</i> 2. <i>Salvo disposición legal distinta, los actos de regulación, modificación o extinción de un acto deberán revestir la misma formalidad que éste. Dicha formalidad constituye requisito para su eficacia.</i>

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nos explicamos.

Si las partes han celebrado un contrato solemne para el cual la ley exige el cumplimiento de una formalidad, bajo sanción de nulidad, en este caso, será evidente que como regla general, si las partes

decidieran regular, modificar o extinguir dicho contrato a través de otro contrato, deberían hacerlo por escrito.

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

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

Por lo demás, si decidieran resolver sus eventuales problemas contractuales a través de una transacción, evidentemente tendrían que hacerlo por escrito, pero no porque el contrato original se haya celebrado por escrito, sino porque el artículo 1302 del Código Civil así lo establece.

Lo que acabamos de expresar nos hace temer con respecto al contenido de este extremo del propuesto inciso 2 del artículo 140 del Código Civil.

Decimos esto, pues al regular la formalidad de los actos modificatorios, regulatorios y extintivos, resulta preferible actuar con la cautela y parquedad del legislador de 1984, y no con el afán de peligrosa generalización con que lo hace la Comisión.

Por otra parte, el mencionado inciso 2 propuesto, luego de referirse a la formalidad de los actos regulatorios, modificatorios o extintivos, agrega que tal formalidad constituye requisito para la eficacia del acto regulatorio, modificatorio o extintivo.

Sin duda, aquí la Comisión incurre en un notorio error, ya que dentro de una adecuada lógica y sistemática, si se está hablando de la

necesidad de que los actos regulatorios, modificatorios o extintivos, sigan necesariamente la formalidad del acto original, nos encontramos ante una norma de carácter imperativo, la misma que, conforme a lo establecido por el proyectado inciso 4 del artículo 140, constituye requisito de validez de los actos jurídicos.

Entonces ¿cómo un mismo requisito –la forma solemne– puede ser un requisito de validez del acto jurídico en el artículo 140 y solamente un requisito de eficacia del acto jurídico en el artículo 143, inciso 2?

No cabe duda que allí hay un error.

Pero, consideramos que, en realidad, lo que ha ocurrido es que la propia Comisión ha advertido en el artículo 143, inciso 2 proyectado, lo peligroso del texto del artículo 140, inciso 4 proyectado, al sancionar con nulidad a los actos jurídicos, cuya formalidad es actualmente *ad probationem*.

Y tan es así, que en el primer artículo modificado, luego del 140 (artículo 143, inciso 2) la Comisión ya plantea una excepción a la nulidad establecida para dichos actos, al considerar que los contratos regulatorios, modificatorios o extintivos que no sigan la misma formalidad propuesta por la propia ley o por las partes para la celebración del acto original, no son nulos sino solamente ineficaces.

Por lo demás, antes de concluir nuestros comentarios al proyectado artículo 143, debemos decir que la Comisión incurre en una de las más reiteradas tentaciones académicas que se produjeron a raíz de la vigencia del Código de 1984: la de asumir legislativamente la distinción entre forma y formalidad.

A través de esta distinción, teóricamente aceptable y correcta, se considera que todos los actos jurídicos tienen alguna forma, pero lo relevante para el Derecho es la formalidad empleada para su

celebración, de modo tal que la expresión correcta cuando nos referimos a la tradicional forma de los actos jurídicos, no sería *forma*, sino *formalidad*.

Sin duda, pura tentación académica, pues nunca nadie ha dudado, a lo largo de los más de veinte años de vigencia del Código Civil, que cuando la ley peruana se refiere a la *forma*, está aludiendo inequívocamente a lo que la doctrina de Derecho Civil conoce como formalidad.

Esta propuesta de cambio es, por demás, accesoria e inútil, además de ser susceptible de generar dudas, en quienes emplean a diario el Código Civil en el ejercicio profesional, en cuanto a los alcances de la *formalidad* y sus eventuales diferencias con la *forma*.

- ***Supresión de la distinción entre forma ad probationem y forma ad solemnitatem. La denominada «exigencia de la formalidad»***

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 144.- Distinción entre formalidad ad probationem y ad solemnitatem</i> <i>Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto</i></p>	<p><i>Artículo 144.- Exigencia de la formalidad</i> <i>Cuando la ley no establece una formalidad con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, las partes pueden compelerse recíprocamente a satisfacerla.</i></p>

Como fluye de la lectura del texto propuesto para el artículo 144, se suprime toda distinción entre actos *ad probationem* y actos *ad solemnitatem*, tal como habíamos adelantado y comentado en nuestro análisis del proyectado inciso 4 del artículo 140 del Código Civil.

En razón de nuestros comentarios sobre el particular, remitimos al lector a lo ahí expuesto en torno a la indebida supresión propuesta por la Comisión.

Por otra parte, en lo que respecta al proyecto de artículo 144, el mismo, sin duda, se inspira en el artículo 1412 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 1412.- *Si por mandato de la ley o convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.*

La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

Pero la inspiración en el artículo 1412 queda sólo en eso: en inspiración, pues el artículo 1412 es una norma bien concebida y jurídicamente correcta, en tanto el proyectado artículo 144 es una norma absolutamente defectuosa.

Nos explicamos.

El artículo 1412 del Código Civil parte expresamente de considerar que la ley o el convenio establezcan la obligatoriedad del otorgamiento de la escritura pública, pero que dicho otorgamiento no constituya requisito formal de validez del contrato.

Es decir, existiendo la obligación legal o contractual de otorgar la escritura pública y ante la negativa de una de las partes del contrato a otorgarla, fluye naturalmente el que la ley, a través del artículo 1412, brinda al contratante perjudicado las acciones legales para que exija judicialmente dicho otorgamiento.

En cambio, la Comisión pretende con su proyectado artículo 144 que *Cuando la ley no establece una formalidad con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, las partes puedan compelerse recíprocamente a satisfacerla.*

Esto equivale a decir que no existiendo la obligación legal ni contractual de cumplir con determinada formalidad, es decir, siendo legítima la negativa de cualquiera de los contratantes a cumplir con una formalidad que no tiene que cumplir (ya que ni la ley ni el contrato lo ordenan), a pesar de ello, la otra parte, caprichosamente, esté en capacidad de exigir el cumplimiento de dicha formalidad.

Sin duda, el artículo 144 de la Comisión constituye un enorme despropósito jurídico.

- ***Responsabilidad en caso de pluralidad de representantes***

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 148.- Responsabilidad en caso de pluralidad de representantes</i> <i>Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.</i></p>	<p><i>Artículo 148.- Responsabilidad de representantes conjuntos</i> <i>En la representación conjunta los representantes son solidariamente responsables frente al representado.</i></p>

El artículo 148 del Código Civil vigente establece que si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

La lógica de esta norma se basa en la consideración de que los diversos representantes hayan sido consignados como tales a través de un mismo acto de apoderamiento y para un objeto de interés común.

Es decir, el presupuesto base de la norma en vigencia es que los diversos representantes hayan sido designados conjuntamente como tales. Decimos esto, habida cuenta de que la pluralidad de representantes es una figura que no sólo puede surgir a través de un poder otorgado en un mismo acto de apoderamiento a varios representantes, ya que es posible teóricamente que los diversos representantes hayan sido designados como tales a través de diversos actos de apoderamiento independientes.

Si bien es cierto que en ambos casos nos hallaríamos ante supuestos de representación conjunta, es claro que el tema de la responsabilidad civil de dichos representantes frente al representado deberá seguir reglas absolutamente distintas.

En el primer caso, es decir aquel en el cual los representantes han sido designados como tales a través de un acto de apoderamiento único y común, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, precepto que les asigna responsabilidad solidaria.

En tanto que en el segundo caso, es decir si los diversos representantes hubiesen sido designados como tales en virtud de diferentes actos de apoderamiento, mal podría pensarse en una responsabilidad de carácter solidario en razón de que cada uno de dichos representantes tendría tal representación en virtud de un acto de apoderamiento independiente; y, por ende, la responsabilidad civil que deba asumir con respecto a su representado sería una responsabilidad individual, dada la inexistencia de sujeto plural en la relación poderdante-apoderado.

Y es precisamente en razón de estas consideraciones que el artículo

148 del Código Civil vigente establece la solidaridad de los representantes, siempre y cuando estos hayan sido designados por un poder común.

Por lo demás, el citado precepto nunca ha merecido reparo por parte de la doctrina nacional, dado que su texto es medianamente claro.

No obstante dicha claridad, la Comisión se empeña en desnaturalizar la norma, estableciendo responsabilidad solidaria para todos los casos de representación conjunta, es decir para aquella representación conjunta de los representantes designados por un poder común (donde sí es pertinente la solidaridad) y para aquella representación conjunta de los representantes designados por poderes independientes, pero con la instrucción de que actúen conjuntamente, cuando es evidente que en este último caso de representación no procede responsabilidad solidaria alguna, en la medida que resultaría tremendamente injusto asignar solidaridad a cada uno de los representantes, cuando ninguno de ellos fue designado como tal conjuntamente con otro u otros, habiendo sido designado representante en un acto de apoderamiento individual, razón por la cual –precisamente– su responsabilidad civil debe ser estrictamente individual.

- ***Revocación del poder otorgado por varios representados***

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 150.- Revocación del poder otorgado por varios representados</i> <i>La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.</i></p>	<p><i>Artículo 150.- Representación común</i> <i>Tratándose de un poder otorgado por varias personas, si se hubiera estipulado que la revocación deberá realizarse por todos, la que hiciere alguno de los poderdantes será eficaz sólo para él y</i></p>

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<i>deberá indemnizar por los daños que el incumplimiento de la estipulación cause a los demás representados.</i>

El artículo 150 del Código Civil vigente, señala que *La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.*

En esta norma se pone en evidencia que el Código Civil de 1984 ha adoptado determinados conceptos tradicionales en torno a la revocación del poder, poniendo determinadas trabas o requisitos para que opere dicha revocación.

En tal sentido, en junio de 1998, en *Tentaciones Académicas*¹ manifestamos nuestro parecer en el sentido de que el artículo 150 podría ser derogado, en razón de que al ser unilateral el carácter del acto de apoderamiento, debería revestir igual condición la revocatoria del mismo, en cualquier circunstancia.

En razón de ello manifestábamos que el caso planteado por el actual artículo 150 del Código Civil, nos parece ilógico, porque por más que el poder haya sido otorgado por varias personas (representados) para un objeto de interés común, no será necesario que todos ellos lo revoquen para que el mismo quede revocado. Bastará que lo revoque alguien para que ese ex representado deje de tener representantes, y para que el representante continúe representando únicamente a los demás que no le hubieran revocado el poder.

En tal sentido, creo que el actual artículo 150 del Código Civil olvida el carácter unilateral del acto de apoderamiento y la norma está

¹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones Académicas. La Reforma del Código Civil Peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomo I, p. 298.

pensada más en función de un mandato que de un poder.

Es en razón, de estas consideraciones que estimamos que la Comisión, si bien pretende atenuar la rigidez actual del artículo 150, se queda a medio camino, pues a pesar de admitir la revocación por parte de algunos poderdantes, sigue poniendo trabas a la revocación del poder y a su eficacia.

Además, el artículo 150 del proyecto de la Comisión, trata en su primera parte, como supuesto base de la norma el hecho de que se haya pactado que la revocación del poder deba realizarse por todos los poderdantes, cuando es precisamente este supuesto uno de carácter excepcional en el cual, al haber pactado la irrevocabilidad del poder (salvo que dicha revocación se haga por todos los poderdantes), es justamente en razón de un pacto de tales características que la consecuencia de la propia norma proyectada carecería de objeto, pues mal podría hablarse de la eficacia de la revocación unilateral del poder por parte de uno de los poderdantes, si es que tales poderdantes han convenido, precisamente, que dicha revocación no se puede realizar.

Y es que en realidad la contradicción contenida en el proyectado artículo 150 no es otra cosa que la admisión implícita de que no hay poder irrevocable, tal como venimos sosteniendo públicamente desde 1998.

Es por ello que creemos que el texto propuesto como reforma del artículo 150 del Código Civil, más allá de ser defectuoso y contradictorio, reincide en el error conceptual de la existencia de poderes irrevocables.

- ***Irrevocabilidad del poder***

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
-----------------------------	--------------------------------

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 153.- Irrevocabilidad del poder <i>El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.</i> <i>El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.</i></p>	<p>Artículo 153.- Poder irrevocable 1. <i>El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.</i> 2. <i>La estipulación de irrevocabilidad debe indicar plazo determinado. A falta de indicación, el plazo es de un año. El vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.</i></p>

El artículo 153 del Código Civil consagra, equivocadamente, la figura del poder irrevocable. El proyecto de reforma de la Comisión también.

Lo que ha hecho la Comisión es desdoblar el artículo en vigencia, incluyendo en el inciso 1 proyectado casi todo el cuerpo de la norma vigente; y el tema del plazo lo ha pasado al proyectado inciso 2, estableciendo que la irrevocabilidad del poder puede pactarse, a diferencia de lo que ocurre hoy, por un plazo mayor de un año; ello, pues se señala que *La estipulación de irrevocabilidad debe indicar plazo determinado. A falta de indicación, el plazo es de un año. El vencimiento del plazo no ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.*

Esto significa que la Comisión ha considerado conveniente que la irrevocabilidad de los poderes pueda ser pactada incluso por plazos mayores a un año, rigiendo el plazo de un año sólo en defecto de plazo determinado por las partes.

Entonces no sólo se ha cometido un error sino dos errores.

El primero de ellos, por haber insistido en la existencia del poder irrevocable; y el segundo, por tratar de hacer más irrevocable el poder irrevocable.

El suscrito, en 1998, en *Tentaciones Académicas* proponía modificar el artículo 153 por una norma que estableciera que *El poder siempre es revocable*. Procedíamos en tal sentido, pues el texto actual de la norma resulta atentatorio contra la naturaleza y esencia revocables del poder, sea cual fuere la circunstancia del acto de apoderamiento.

Nunca debemos olvidar, como sí lo han hecho el Código Civil de 1984 y la Comisión, que el otorgamiento de poder es siempre unilateral, al igual que su revocatoria.

- ***Forma del poder para realizar actos de disposición***

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p><i>Artículo 156.- Forma del poder para realizar actos de disposición</i> <i>Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.</i></p>	<p><i>Artículo 156.- Formalidad del apoderamiento</i> <i>1. Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma indubitable y por documento de fecha cierta.</i> <i>2. El acto celebrado en contravención de lo establecido en el párrafo 1 es ineficaz respecto del representado.</i></p>

El artículo 156 del Código Civil se encarga de regular la forma del poder destinado a la realización de actos de disposición. En tal sentido, establece que *Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública bajo sanción de nulidad.*

El artículo proyectado por la Comisión desdobra el texto de la norma en vigencia y establece en su inciso 1 el grueso del artículo actual, sustituyendo la expresión *el encargo* por *la facultad de representación*.

La expresión original se entiende perfectamente en el sentido en que está redactada, siendo innecesaria la sustitución propuesta. Además, lo que debe constar no es la facultad de representación sino la representación en si misma.

Por otra parte, se ha señalado que dicha facultad, aparte de constar en forma indubitable, debe constar en documento de fecha cierta, a diferencia de lo que ocurre hoy en día, ya que la norma vigente exige que conste por escritura pública.

Consideramos desacertada la propuesta de la Comisión, pues la experiencia enseña que es adecuado el que se exija que el encargo conste en escritura pública, dada, precisamente, la importancia de dicho encargo, el mismo que versa sobre la venta o gravamen de los bienes del representado.

En la actualidad el artículo 156 del Código Civil sanciona con nulidad el que no conste dicho encargo por escritura pública, debiéndose entender que el mandato imperativo del inciso 1 propuesto por la Comisión determina que su contraversión dé lugar a la nulidad del acto de apoderamiento, en el entendido del inciso 4 del artículo 140 proyectado y que hemos criticado oportunamente.

Por lo demás, nadie ha dudado de que si un supuesto representante

actúa enajenando o gravando bienes del representado, sin tener un poder debidamente otorgado para tal efecto, todos los actos que celebrará serán ineficaces, de conformidad con el artículo 162 vigente del Código Civil.

No obstante ello, y a pesar de no existir dudas al respecto, la Comisión ha estimado pertinente reiterar lo obvio, al afirmar en el inciso 2 proyectado para el artículo 156, que *El acto celebrado en contravención de lo establecido en el párrafo 1* (sic: no es párrafo sino inciso) *es ineficaz respecto del representado.*

Sin duda, una propuesta más de la Comisión que no resulta ni *urgente* ni *necesaria*.

En 1998, en *Tentaciones Académicas* pensábamos que tal vez hubiese sido conveniente agregar un segundo párrafo al texto, que estableciese que para el poder de que trata el artículo 156 del Código Civil, no se requiera que dichos bienes hayan sido especificados o detallados de manera minuciosa.

Decíamos en aquella oportunidad –y lo seguimos sosteniendo– que son múltiples los problemas que plantea en la práctica el artículo bajo comentario, en la medida que existe un sector de abogados que, por razones de seguridad jurídica, lo interpretan con un celo excesivo, exigiendo que para que el representante actúe en el sentido de la norma, lo haga siempre y cuando se haya detallado o especificado expresamente la facultad para gravar o disponer del bien de que se trate y no de un conjunto de bienes o de todo el patrimonio del representado.

Creemos que una aclaración en este sentido agilizaría mucho el tráfico comercial de los bienes en la sociedad, disminuiría los costos de transacción, a la vez que eliminaría la certidumbre respecto de este particular.

Por lo demás, no creemos que la modificación indicada por nosotros, pudiese generar perjuicios para los eventuales representados, pues si ellos hubiesen otorgado poder en términos amplios es porque esa es su voluntad y no la de restringir los actos de su representante a alguno o algunos bienes. Es más, le evitaría los habituales problemas de tener que volver a otorgar poder, esta vez especificando dichos bienes.

Como vemos, la Comisión ha perdido una oportunidad importante para otorgar una utilidad mayor al artículo 156 del Código Civil.

- ***Responsabilidad del representante en la sustitución***

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 158.- <i>El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto. El representado puede accionar directamente contra el sustituto.</i></p>	<p>Artículo 158.- Sustitución</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Mediante la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que designa un sustituto. Debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento.</i> 2. <i>La facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable.</i> 3. <i>La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado.</i> 4. <i>El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto.</i> 5. <i>Si el representado concedió la facultad</i>

CÓDIGO CIVIL DE 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p><i>de designar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección. La acción de responsabilidad por la elección caduca a los tres meses de la fecha que el sustituyente hubiera comunicado la sustitución al representado.</i></p> <p><i>6. El representado puede accionar directamente contra el sustituto por los actos que éste realice.</i></p>

Como sabemos, el artículo 158 del Código Civil vigente regula el tema de la responsabilidad del representante en la sustitución.

El actual artículo 158 regula de manera concisa, aunque bastante detallada, lo relativo a la responsabilidad en la sustitución del poder, no siendo una norma que haya merecido mayores reparos a lo largo de los años.

Sin embargo, la Comisión ha considerado conveniente regular el tema de la sustitución en un artículo extremadamente largo, pues la norma proyectada tiene seis incisos.

En el inciso 1 se establece qué es la sustitución, al señalar que mediante la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que designa un sustituto.

No queremos dejar pasar la oportunidad para decir que una vez más la Comisión incurre en el error de querer regularlo todo, como si

alguna vez se hubiera interpretado que la sustitución era algo distinto a lo que es y a lo que se coloca en el proyectado inciso 1, norma que por lo demás resulta evidente que no es *urgente* ni *necesaria*.

Por otra parte, en el propio inciso 1 se indica que la sustitución debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento, precepto que por lo demás resulta inútil, en la medida que dentro de la propia lógica de este tema ya estaría previsto por el proyectado inciso 2 del artículo 143, cuando la Comisión plantea que *salvo disposición legal distinta, los actos de regulación modificación o extinción de un acto deberán revestir la misma formalidad que éste*. En tal sentido, es evidente que la sustitución del poder constituye un acto modificadorio del propio poder, motivo por el cual debería cumplir la misma formalidad empleada para el acto de apoderamiento.

En lo que respecta al inciso 2 del Anteproyecto, el mismo señala que *la facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable*.

Consideramos innecesario el proyectado inciso 2, en la medida que resulta evidente que si no se hubiese establecido en el poder la facultad de sustitución, ella no existirá y –como tal– no será susceptible de deducirse del texto mismo del poder.

En lo que respecta al proyectado inciso 3, debemos precisar que en él se establece que *La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado*.

Entendemos que ello no podría ser de otra forma, en la medida que en virtud de la aplicación *mutatis mutandis* de lo dispuesto por los artículos 1373 y 1374 del propio Código, toda declaración contractual se considera eficaz en el momento en que llega a conocimiento del destinatario, presumiéndose dicho conocimiento en el momento de su recepción.

Por otra parte, consideramos una demasía el que se haya señalado que para la ineficacia de la sustitución, la comunicación debe ser fehaciente, habida cuenta de que este hecho solamente se relaciona con la probanza de dicha comunicación y no con su existencia ni con su eficacia.

De otro lado, en el proyectado inciso 4 se señala que *El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto.*

La primera parte de este proyectado inciso 4 ya existe en la legislación actual, y sólo se ha cambiado lo relativo a *la sustitución en la persona que se le designó por La sustitución en la persona que le designó el representado.*

Consideramos que más allá de la intrascendente modificación anotada, también resulta intrascendente el haber agregado la frase *pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto*, habida cuenta de que la exoneración de responsabilidad es sólo con respecto a la sustitución del poder en la persona que designó el representado, de lo que no tiene nada que ver con la eventual responsabilidad del representante en el supuesto de que hubiese proporcionado alguna información al representado con respecto al sustituto, a efectos, precisamente, de su ulterior designación como apoderado sustituto.

El proyecto de reforma, en el inciso 5 del artículo 158, establece que *si el representado concedió la facultad de consignar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable con los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección.*

La norma actual sólo hace mención de la culpa inexcusable; sin embargo, a nadie se le ha ocurrido sostener que por no hacerse

referencia expresa al dolo, el representante no deba responder por aquellos actos si es que hubiese actuado dolosamente; decimos esto, por cuanto el dolo implica una mayor gravedad que la culpa inexcusable y, en materia de tratamiento legislativo, el artículo 1321 del Código Civil designa al actuar doloso idénticas consecuencias que al actuar culposo, por lo que consideramos que la precisión del inciso 5 del Anteproyecto resulta superfluo.

De igual manera, debemos cuestionar el plazo de caducidad de tres meses, el mismo que, tampoco, ha sido fundamentado en la Exposición de Motivos de la Comisión.

Por qué reducir el plazo para accionar por responsabilidad civil y, por si esa significativa reducción no fuera suficiente, fijarlo como plazo de caducidad y no de prescripción. A criterio nuestro, no hay razón que ampare esta modificación; no hay razón alguna que pueda servir para crear un nuevo supuesto especial de responsabilidad civil.

Y es que nos cuesta entender, o mejor dicho nos es imposible hacerlo, el por qué la Comisión ha considerado *urgente y necesario* establecer un plazo tan breve, cuando la lógica que sirve de sustento al moderno sistema de responsabilidad civil es la de la búsqueda de reparación integral de la víctima. Si el representado ha sufrido daños como consecuencia del actuar culposo del representante, ¿acaso no debería tener las mismas oportunidades que tiene cualquier otra víctima para demandar?

Ya de por sí en los últimos años se ha discutido mucho sobre la diferencia de regímenes de responsabilidad civil. Se ha criticado que en la responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción sea de dos años y en la contractual de diez. Cómo, entonces, no criticar un supuesto que sin merecer un tratamiento tan especial, lo recibe. Cómo no cuestionar un tratamiento que es contrario a los intereses de la víctima, pues reduce su plazo para accionar a tan sólo tres

meses. Cómo no oponerse a un plazo que, para colmo, es de caducidad.

Por otro lado, el inciso 6 que propone la Comisión, constituye otra de las famosas verdades de Perogrullo, que son tan frecuentes en el Anteproyecto. En esta norma, la Comisión ha juzgado como *urgente* y *necesario* establecer lo evidente.

El inciso 6 sobra, pues es evidente que, en tanto el representado y el sustituto no se encuentran vinculados por acto jurídico alguno, no estamos frente a un supuesto de responsabilidad civil contractual; mas sí frente a uno de responsabilidad civil extracontractual. De esta manera, por las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, el representado que ha sufrido daños y perjuicios puede accionar contra el sustituto por ser éste el causante, el responsable de esos daños.

Artículo 158-A.- Delegación

- 1. Salvo disposición distinta del representado, el representante puede delegar todas o parte de sus facultades, y es directamente responsable ante el representado por la elección del delegado y por los actos que éste celebre o ejecute.*
- 2. La delegación no supone la extinción de las facultades del representante.*

Consideramos que entre los muchos calificativos que se le pueden dar a esta norma, destacan el de *absurda*. Es imposible decir algo positivo sobre un precepto como éste que crea una figura innecesaria y perjudicial.

El actual artículo 158 –que no ha sido *enmendado* por la Comisión–, al referirse a la sustitución indica que requiere que el representado pueda otorgar a su representante la facultad de sustituirse por un tercero. Es necesario que la sustitución, para ser tal, requiera

autorización del representado. Resulta lógico, pues, que el poder, dada su naturaleza, sea *intuitu personae*: el representante ha sido elegido por sus características personales, de modo que sin permiso del representado no podría sustituirse por otro.

Esa idea, que en principio resulta tan clara, es completamente desfigurada, destrozada, en el artículo 158-B, en el que se crea la figura de la *delegación*.

Así, en el artículo 158-B se establece que ante el silencio del representado (que implica que el representante no pueda sustituirse, según lo dispuesto por el artículo 158), sí puede delegar el poder. En otras palabras, el representante no se *sustituye* por un tercero, sigue siendo representante, pero *delega* en otro el ejercicio del poder.

Gracias al artículo 158-B se consigue por vía indirecta lo que se trata de evitar con el artículo 158. Esto es muy grave, pues la Comisión está otorgando la posibilidad a que cualquiera se burle de la norma utilizando un argumento sofístico, una *sutileza de escuela*. A pesar de que yo (representado) no quería que otro ejerciera mi representación, si no lo manifiesto expresamente así, mi representante puede, sin que yo me entere, delegar ese poder en otro que, incluso, pudiera ser mi enemigo.

Pero lo absurdo no termina allí pues, conforme al inciso 2 que se propone, la delegación no conlleva la extinción de las facultades del representante. De este modo, un representado que escogió a su representante por sus cualidades personales y no lo autoriza para sustituirlo, puede llegar a tener dos personas que ejerzan poder de representación: aquél que escogió y aquel que, no siendo su representante, actúa como tal.

¡Qué barbaridad!

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 159.- <i>La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto.</i></p>	<p>Artículo 159.- Revocación</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>La sustitución no puede ser revocada por el representante para reasumir el poder.</i> 2. <i>La delegación puede ser revocada en cualquier momento.</i>

La Comisión propone modificar el artículo 159 para albergar en su texto la absurda y peligrosa figura de la delegación.

En el inciso 1 se plantea modificar por completo la norma actual. Hoy, como regla general, el representante puede, en cualquier momento, revocar la sustitución y reasumir su rol como tal. El precepto vigente parte, pues, de una de las características esenciales del poder, esto es, su carácter revocable.

Si el representante, con autorización del representado, se sustituye por un tercero –es decir, le otorga a éste el poder de representación–, es evidente que puede revocarlo por el simple hecho de que todo poder es revocable.

Imaginemos que X es nombrado como representante de Y, pero tiene que viajar por unos días y, por ende, se sustituye, con plena autorización de Y, por Z. Pasados esos días, X regresa; ¿por qué no podría reasumir el poder de representación, si la idea de sustituirse no necesariamente descansa en una causa permanente? En no pocas ocasiones, la sustitución es una salida transitoria, razón por la cual no se puede entender que en el Anteproyecto no se permita su revocación.

Si el representado quiere que el representante original reasuma su cargo, tendría que revocar el poder del sustituto/nuevo representante y otorgar un nuevo poder a su anterior representante. Y si el representado estuviese al otro lado del mundo y le fuese muy complicado –sino imposible– realizar los actos necesarios para ello, pues simplemente, mala suerte.

En el inciso 2, la Comisión trata de hacer más atractiva la figura de la delegación, al darle carácter revocable. Pero, en realidad, la Comisión ha incurrido en una distinción sin sentido. Si ya es terrible crear, por puro gusto y sin medir las consecuencias, una figura como la delegación, es aún peor darle a ella carácter revocable, pero negarle tal carácter a la sustitución.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 162.- <i>En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.</i></p> <p><i>La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.</i></p> <p><i>El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.</i></p> <p><i>La facultad de ratificar se trasmite a los herederos.</i></p>	<p>Artículo 162.- Ratificación</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la formalidad prescrita para su celebración.</i> 2. <i>La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.</i> 3. <i>El que actúa como representante sin serlo o con facultades insuficientes y el tercero que hubieran celebrado el acto jurídico, no podrán dejarlo sin efecto sin antes informar de su celebración al representado, quien podrá ratificarlo dentro de los treinta días de haber sido informado del acto mediante comunicación de fecha cierta. Si no lo ratificara, podrá exigir al tercero y al</i>

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
	<p><i>representante indemnización por los daños causados y, cuando corresponda, la restitución de la prestación.</i></p> <p>4. <i>La facultad de ratificar se trasmite a los herederos y caduca para ellos al año de celebrado el acto.</i></p>

El inciso 1 propuesto contiene un cambio, se sustituye la palabra *forma* por la expresión *formalidad*. Esta modificación es accesoria por los argumentos ya esgrimidos y que se remontan a *Tentaciones Académicas*.

El inciso 2 se limita a repetir lo establecido en la norma vigente. En realidad, pensamos que aquí sí debería haberse realizado una modificación importante.

Como también se señala en *Tentaciones Académicas*, consideramos que el otorgar a la ratificación efectos retroactivos constituye una peligrosa ficción. Ella debería surtir efectos recién a partir del momento en que se efectúa; vale decir, desde que es comunicada al apoderado o el representante.

Ese carácter retroactivo podría perjudicar a quien desee hacerla, en la medida que no quiera que su asentimiento respecto de esos actos surta efectos desde el término inicial, sino recién desde el momento de su ratificación.

Además, juzgamos que debería establecerse un plazo máximo para la ratificación del acto. El silencio en este extremo únicamente conlleva inseguridad jurídica y, por ende, problemas.

En el inciso 3 nuevamente lo absurdo, lo inexplicable. En esta norma se dispone que aquel que actuó como representante sin serlo o excediendo sus facultades, no puede dejar sin efecto el acto sin antes informar al representado para que éste decida si lo ratifica o no.

Es decir, si alguien hizo algo que no debía y trata de enmendarlo, no puede hacerlo sin avisar primero al representado. El efecto del acto, mientras tanto, queda en el limbo, en el ámbito de lo susceptible de ser ratificado.

Y por si eso no bastara, la norma le concede al representado treinta días para decidir si lo ratifica o no; mas no fija qué plazo tiene el supuesto representante para informar.

Definitivamente un precepto como éste sólo puede ser fruto de la improvisación. Ello no se explica de otra manera, ya que, siguiendo lo allí regulado, se puede llegar a la incoherencia absoluta. Es posible que quien actuó sin facultades de representación o excediéndolas y enmienda el error resolviendo el acto sin consecuencias perjudiciales, pueda ser demandado por el supuesto representado que no fue informado de ello. ¡El representado podría demandar por el lucro cesante que le ha causado que el representante corrija un exceso sin darle la oportunidad de ratificar el acto celebrado!

Por último, tenemos al inciso 4 propuesto que, en parte, repite el texto actual. La gran diferencia es que se establece un plazo de caducidad de un año para que los herederos puedan ratificar el acto celebrado.

No podemos pronunciarnos en contra de ese plazo ya que en 1998, en *Tentaciones Académicas*, lo propusimos primero.

Empero, sí hay algo que creemos necesario cuestionar, y es que en el Anteproyecto no se ha dado solución a uno de los principales

problemas del artículo 161, esto es, que no se señale plazo de prescripción para los casos de ineficacia por los actos del representante que no tenía poder, trasgredió los términos del poder, o tenía poder insuficiente.

Si hay algo que enmendar en esta parte es, justamente que se haya omitido ese plazo. En nuestra interpretación el plazo es de 2 años, lo que se deduce de concordar los artículos 195 y 2001, inciso 4 del Código Civil, cuando regulan el tema de la ineficacia por fraude pauliano. En opinión de un sector de la doctrina es de 10 años, pues se trata de una acción personal; y, en opinión de un tercer grupo al que parece no importarle la seguridad jurídica –y dentro del cual se halla la Comisión– no hay plazo alguno, la acción es imprescriptible.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 167.- <i>Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Disponer de ellos o gravarlos.</i> 2. <i>Celebrar transacciones.</i> 3. <i>Celebrar compromiso arbitral.</i> 4. <i>Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.</i> 	<p>Artículo 167.- Representantes especiales</p> <p><i>Los padres, tutores, curadores y demás representantes de sujetos con capacidad restringida requieren de autorización judicial expresa para celebrar los actos que establece la ley o señalados en el acto de nombramiento del representante.</i></p>

Actualmente, gracias al sistema que rige y que es significativamente menos confuso que aquel modelo intermedio que pretende imponer la Comisión respecto de la capacidad de los sujetos, basta con decir *representantes legales*. Ahora, en cambio, la Comisión, además de señalar una breve lista, emplea la expresión *representantes de sujetos con capacidad restringida*.

Además y como resulta evidente, la lista elaborada en el artículo es una lista incompleta. Si bien se ha querido establecer una relación abierta con la expresión *y demás representantes*, con ella se limita a los sujetos con capacidad restringida.

No entendemos la razón que motiva esta modificación, y no lo comprendemos pues, en primer lugar, el artículo 167 nunca ha sido cuestionado; y, en segundo, porque la modificación formulada no *enmienda* o *perfecciona*, sino que *empeora* y *corrompe* la ley sin *urgencia* y sin *necesidad*.

En nuestra opinión el artículo vigente es mejor que la defectuosa norma propuesta, la misma que se caracteriza por adolecer de errores desde su propia concepción.

Si lo que deseaba la Comisión era perfeccionar este precepto, tomó la vía equivocada. En nuestra opinión lo conveniente sería mantener el texto vigente con una sola diferencia. Así, consideramos adecuado ampliar los alcances de la norma a los actos que celebra el representante sobre el *patrimonio*, y no sólo sobre los *bienes* del representado.

En razón de ello, estimamos necesario agregar un inciso que se refiera expresamente al caso de los actos de liberalidad que afecten o causen menoscabo en el patrimonio del representado.

TÍTULO IV Interpretación

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 168.- <i>El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.</i></p>	<p>Artículo 168.- Lo expresado y el propósito de los declarantes <i>El acto jurídico debe ser interpretado de conformidad con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.</i> <i>Cuando el sentido literal de las palabras fuera contrario a la voluntad exteriorizada, prevalece ésta sobre aquél.</i> <i>Para determinar la voluntad exteriorizada del sujeto o los sujetos, se deberá tener en cuenta su comportamiento total, incluso el anterior y el posterior a la celebración del acto jurídico.</i></p>

No podemos iniciar nuestro análisis de esta norma sin enfatizar, primero, la superioridad del artículo actual, cuyo texto, si bien ha sido recogido en el inciso 1 del artículo propuesto, también ha sido desdibujado con la introducción de los incisos 2 y 3.

En el inciso 2 se dice que prevalece la voluntad exteriorizada sobre el sentido literal de las palabras cuando ambos se contradigan.

Bien sabemos todos que la voluntad exteriorizada es la que genera nuestras palabras y esas palabras son las que se interpretan. Asimismo, sabemos bien que las palabras usualmente van acompañadas de otros elementos, tales como la mímica y la entonación. Cuando se encuentran plasmadas en un texto, el sentido se da con el uso de los signos de puntuación y con la idea que en conjunto brinda ese texto.

Por supuesto, hay diversas maneras de interpretar esas palabras, ese texto. Pero la interpretación que debe primar es, siguiendo la norma en vigencia (recogida también en el inciso 1 del proyectado artículo 168), aquella interpretación que es conforme a la buena fe.

Siguiendo este razonamiento podemos afirmar que el inciso 2 propuesto está de más, pues el mismo ya se encuentra incluido en el inciso 1, que –lo repetimos– es una norma clara que tiene la virtud de abarcar todos los supuestos de hecho.

El inciso 3 que propone la Comisión coincide con el anterior en el sentido de que constituye una norma innecesaria; sin embargo, los efectos lesivos que se derivan de éste pueden ser mayores.

Siguiendo la lógica del inciso 3, una persona puede haber tenido una conducta determinada antes de la celebración del acto jurídico, y una conducta distinta luego de celebrado; empero, se le podría cuestionar argumentando que ya no puede cambiar su conducta, pues lo más probable será que su verdadera intención sea la manifestada en primer término.

De este modo, el inciso 3 intenta recoger la teoría de los actos propios que ha sido, además, definida de manera defectuosa en el Título Preliminar propuesto. En ese intento terco, la Comisión parece olvidar que los actos jurídicos no se analizan con el *currículum vitae* de quienes los celebran, sino que se analizan en sí mismos y de acuerdo a las circunstancias, todo lo cual debe

entenderse en función del principio de buena fe y no de acuerdo a los cambios de ánimo que pueda tener un sujeto.

El inciso 2 y el inciso 3 intentan especificar, sin justificación alguna y con efectos perniciosos, lo que ya se encuentra establecido en la norma actual; intentan explicar qué supuestos deben interpretarse según el principio de la buena fe.

De esta manera, resulta evidente que tanto el inciso 2 como el inciso 3 son tentaciones, bastante comunes dentro del Anteproyecto, ante las cuales la Comisión se ha rendido. No hay otra forma de entender ese afán casi patológico de especificar, sin tomar en cuenta que esa especificación podría generar confusiones, complicaciones e, incluso, desfigurar una norma útil cuya vigencia es indiscutible.

La Comisión debe entender que los principios son justamente eso, principios, expresiones generales que, como tales, no requieren ser reglamentados.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 169.- <i>Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.</i></p>	<p>Artículo 169.- Interpretación sistemática. Disposiciones expli-cativas. Principio de conser-vación</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.</i> 2. <i>Cuando el acto contenga una disposición explicativa, se entenderán incluidos (sic) en ella los</i>

	<p><i>supuestos a los que según las circunstancias tal disposición pueda razonablemente aplicarse.</i></p> <p>3. <i>El acto jurídico y cada una de sus disposiciones deben interpretarse en el sentido en que puedan tener algún efecto, y no en aquél según el cual no tendrían ninguno.</i></p>
--	---

El artículo 169 del Anteproyecto repite la fórmula del artículo 168, esto es, recoge la norma vigente en su inciso 1 y la deforma con la introducción de dos incisos que de *urgentes* o *necesarios* no tienen absolutamente nada, salvo que se considere *urgente* y *necesario* deformar su contenido y sus alcances.

En el inciso 2 la Comisión introduce la figura de la *disposición explicativa*, pero sin tomarse el trabajo de *explicar* a qué se refiere con ello.

Si lo que se intenta decir es que una cláusula debe interpretarse con las otras, el inciso 2 vendría a ser una mala versión del precepto actual que ha sido recogido en el proyectado inciso 1.

La segunda posibilidad es que se trate de una cláusula en la que se explique, por ejemplo, cómo debe el vendedor entregar el auto. En tal sentido, dicha cláusula no sólo sería aplicable a la entrega del auto, sino también a la entrega del bote o del televisor, a pesar de que sobre ello nada se indicó expresamente.

De nuevo parece que la intención de la Comisión ha sido especificar lo regulado en la norma general, consiguiendo el despropósito de oscurecerla y generando, además, efectos jurídicos perniciosos.

No podemos entender por qué la Comisión ha tenido la audacia de presentar como modificación algo como esto; cómo puede proponer que si en un acto jurídico se estableció una cláusula explicativa, aquélla deba aplicarse en supuestos distintos a los establecidos expresamente por los involucrados.

Plasmar legislativamente una interpretación amplia y peligrosa del inciso 1, tratando con ello de extender su ámbito de aplicación –sin importar lo peligroso o absurdo que ello pueda ser–, sólo demuestra irreflexión e improvisación.

El inciso 3, por su parte, constituye también una muestra clara de lo defectuoso y peligroso que es el Anteproyecto.

Nos explicamos.

Existen ocasiones en las cuales los actos jurídicos, por más de que las partes deseen lo contrario, son nulos; empero, gracias a la norma del inciso 3 se debería interpretar el acto en un sentido distinto, de modo que ese acto sea válido y eficaz.

Así, con la introducción de este inciso, la Comisión nos propone que se dé al acto jurídico la interpretación que permita salvarlo, por más forzada que fuere esa interpretación.

Como se puede apreciar sin dificultad alguna, lo que la Comisión establece en este precepto es una malformación del principio de conservación del acto jurídico, pues el principio de conservación no lo tienen las partes al interpretar los actos, sino el legislador cuando en una norma, entre optar por otorgarle validez y eficacia a un acto o quitárselas, opta por lo primero. Esta norma nos dice que aunque el acto jurídico tenga disposiciones que vayan en contra del orden público, se le debería dar una interpretación que nos permita salvarlo.

El principio de conservación, bien aplicado, lo que permite es la nulidad parcial, de modo que el acto jurídico se salva siendo sólo nulas las disposiciones que adolecen de nulidad, en la medida que ellas sean separables del resto del acto.

El proyectado inciso 3 deforma esa idea permitiendo que incluso esas disposiciones que adolecen de nulidad puedan salvarse gracias a una interpretación del acto jurídico en su conjunto, que las validaría.

En definitiva, el proyectado inciso 3 otorga validez a una interpretación perversa del acto jurídico. No se interpreta el acto jurídico en sí mismo, sino que se sigue la interpretación que la Comisión quiere que se dé, a pesar de que el sentido de dicho acto sea opuesto.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 170.- <i>Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.</i></p>	<p>Artículo 170.- Interpretación finalista. Disposiciones generales. Aplicación de los usos</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza, objeto y finalidad del acto.</i> 2. <i>Cualquiera que sea la generalidad de las expresiones del acto, no se entenderán incluidos (sic) supuestos diferentes de aquellos sobre los que los sujetos se propusieron celebrarlo.</i> 3. <i>Cuando las circunstancias lo requieran, en la interpretación del acto jurídico se debe atender a los usos y costumbres aplicables.</i>

El artículo 170 del Anteproyecto se mantiene en la misma línea de los dos preceptos anteriores. En tal sentido se encuentra distribuido en tres incisos.

En el primero de dichos incisos la Comisión ha optado por mantener el texto de la norma vigente, con una salvedad: se ha agregado al objeto del acto como criterio a tomar en cuenta. A decir verdad, esa modificación es insignificante en la medida de que actualmente y sin necesidad de que se encuentre en el texto del artículo, se entiende que ello es así.

El inciso 2, en cambio, resalta por ser contrario a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 169 del Anteproyecto.

Como acabamos de ver, el artículo 169 inciso 2 incluye algo que las partes no han dicho, pero que en la norma siguiente, esto es, en el artículo 170, inciso 2, se excluye. ¿A cuál de los dos le hacemos caso?

Es increíble que por segunda ocasión en lo que llevamos revisando este Anteproyecto –que se supone contiene enmiendas–, encontremos dos normas, una detrás de otra, que se contradigan de manera tan evidente.

Mejor dejamos allí los comentarios al respecto, pues las contradicciones hablan por sí mismas.

Examinemos mejor el inciso 3 que, lamentablemente, tampoco se caracteriza por enmendar los defectos de nuestro Código Civil sino, por el contrario, de introducir problemas.

Empecemos por decir que la interpretación de los actos jurídicos nunca ha sido contraria a la costumbre. De allí que si dos personas

celebran un acto jurídico, si esas dos personas han venido celebrando entre ellas actos jurídicos similares, es evidente que la costumbre va a ayudar a la interpretación, pues va a ayudar a darle sentido al acto jurídico.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que la introducción del término *costumbre*, puede prestarse a que se asuma que la acepción en que se utiliza es la genérica. Así, se podría pensar que a efectos de la interpretación debe tomarse en cuenta no la costumbre propia de las partes sino de toda la comunidad.

Plasmar en una norma a la costumbre como criterio interpretativo puede, entonces, resultar sumamente peligroso, ya que no se circunscribe a la costumbre propia de las relaciones contractuales de las partes. Aquello podría llevar al absurdo de que a pesar de que normalmente las partes que celebran el acto jurídico entienden «A», como en la comunidad normalmente se entiende «B», prevalezca «B».

Suponemos que la Comisión se ha inspirado en el Derecho Mercantil o en el Derecho de Seguros para proponer una norma como ésta, pero sin considerar los efectos que ello puede implicar en Derecho Civil.

Obviamente no estamos de acuerdo con la posición adoptada por la Comisión. Pensamos que esa idea, que pertenece a áreas del Derecho regidas fundamentalmente por la costumbre, no debe plasmarse en el Código Civil. No olvidemos que aquí se está normando al acto jurídico, que es la esencia de todo contrato y, por lo mismo, su regulación debe ser lo más general posible, de modo que esas otras áreas puedan asumirla y adaptarla a las necesidades de su contexto, de su ámbito.

TÍTULO VI Simulación

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 191.- <i>Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.</i></p>	<p>Artículo 191.- Simulación relati-va <i>Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurren los requisitos de sustancia y formalidad.</i></p>

Respecto de esta supuesta enmienda debemos resaltar, en primer lugar, el error en que se ha incurrido al eliminar de la norma la protección a los derechos de terceros y con ello se ha violentado uno de los pilares de todo ordenamiento jurídico, esto es, la seguridad jurídica.

En nuestra opinión lo correcto sería, si la intención de modificar es la de enmendar, establecer que el acto no surtirá efectos para los terceros que eventualmente se verían perjudicados por su celebración, pero no a las partes que lo celebraron, las mismas que sí deberían verse sujetas a sus efectos.

Asimismo, debería haberse variado el término *concluir* por el de *celebrar*, en la medida de que esta última expresión posee mayor propiedad para el tema.

--	--

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 193.- <i>La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.</i></p>	<p>Artículo 193.- Pretensión de nulidad <i>La pretensión de nulidad por la simulación a que se refiere el artículo 190 puede ser ejercida por cualquiera de las partes o por el tercero en los casos del artículo 220.1.</i></p>

En nuestra opinión, y como explicaremos al analizar el proyectado artículo 220 inciso 1, lo pertinente es que no sólo las partes y el tercero perjudicado tengan facultad para solicitar la nulidad del acto simulado, sino cualquier persona que tenga legítimo interés. Al tratarse de un supuesto de nulidad, no existe razón alguna para impedir que esa acción sea interpuesta por cualquier otra persona que tenga interés en la declaración de nulidad.

TÍTULO VIII Vicios de la voluntad

CÓDIGO CIVIL 1984

Artículo 201.- *El error es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por la otra parte.*

ANTEPROYECTO DE REFORMA

Artículo 201.- Requisitos
El error en la formación de la voluntad es causa de anulación del acto jurídico cuando sea esencial y conocible por el destinatario de la declaración.

Aunque resulte curioso, de esta *enmienda* podemos criticar incluso la sumilla que le han puesto.

La Comisión ha decidido bautizar el artículo con el nombre de *Requisitos*. No obstante, al ser la sumilla que sigue al Título VIII, ello podría generar confusiones en la medida que su ubicación sugiere que esos requisitos son los que debe cumplir todo vicio de la voluntad para ser tal.

Ya en lo que concierne al texto del artículo propuesto, notamos que la Comisión ha considerado *urgente y necesario* iniciar el mismo señalando que se trata de un error *en la formación de la voluntad*. Ante esta medida *urgente y necesaria* cabe preguntar cuándo se pensó algo distinto. Qué, ¿acaso todos los operadores jurídicos somos tan necios que no podemos darnos cuenta de que en tanto se trata del error, como vicio de la voluntad, el mismo afecta –justamente– la formación de la voluntad?

Lo cierto es que la propia ubicación de la norma hace que sea imposible que se trate de un error distinto al error vicio de la voluntad, razón por la cual no entendemos por qué la Comisión

ha juzgado imprescindible aclarar un asunto tan claro. Sólo nos queda por pensar que ella persiste en su menosprecio por todo aquel que se acerca al Código Civil y cree necesario explicar hasta lo evidente, o –por el contrario– tal vez ese tema tan claro no lo es tanto para la Comisión.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, lo más criticable de la norma propuesta es que modifica la expresión *por la otra parte*, indicando en su lugar la frase *por el destinatario de la declaración*.

Con ese cambio la Comisión parece haber olvidado que existen supuestos en que el acto jurídico es unilateral y allí no se puede hablar de destinatario de la declaración.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 202.-</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.</i> 2. <i>Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.</i> 3. <i>Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.</i> 	<p>Artículo 202.- Error esencial</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>El error es esencial cuando sea determinante de la voluntad y recaiga sobre:</i> <ol style="list-style-type: none"> a) <i>La identidad o las cualidades personales de la otra parte, del sujeto al cual se dirige la manifestación o del favorecido con el acto, de acuerdo con la apreciación general o en relación con las circunstancias.</i> b) <i>La esencia o la identidad del bien, servicio o abstención que es materia del acto.</i> c) <i>Una cualidad del bien, servicio o abstención, de acuerdo con la apreciación general o en relación con las circunstancias.</i>

	<p>d) <i>La naturaleza de acto.</i> e) <i>La cantidad o el valor.</i> 2. <i>El error de derecho también es esencial cuando sea determinante de la voluntad.</i></p>
--	---

No entendemos la *urgencia* y *necesidad* de modificar el artículo 202 que, en general, constituye una norma bastante clara.

La norma propuesta, notoriamente más extensa que la original, se divide en dos incisos. En el primero se indica que el error es esencial cuando resulta determinante de la voluntad y recae sobre diferentes aspectos que se encuentran señalados en diferentes literales de la norma.

El literal a) simplemente repite al actual inciso 2, pero con la salvedad de que ahora se especifica mucho más. En realidad toda esa especificación no es *urgente* ni *necesaria*, pues lo importante de una norma es su generalidad, el que pueda abarcar todos los supuestos de hecho para los cuales han sido pensadas las consecuencias jurídicas que se le atribuyen.

Los literales b) y c) no son otra cosa que el actual inciso 1 desmenuzado. En efecto, los literales b) y c) no dicen nada nuevo, pues en definitiva se refieren a la cualidad y a la esencia o identidad del objeto, aunque ahora en vez de objeto opten por complicar el supuesto indicando *bien, servicio o abstención que es materia del acto*.

El literal d) también está de más, pues es por todos conocido que lo que importa es la coincidencia de voluntades, el consentimiento que da lugar al acto jurídico, de modo que si se equivocan en la denominación del acto, prima siempre la naturaleza del mismo. Es obvio que la naturaleza jurídica del acto es siempre lo que prevalece.

El literal e) recoge la segunda parte del actual artículo 204, que ha sido dividido por mero capricho; no hay otra forma de poder entender la decisión adoptada por la Comisión.

Por último, el inciso 2 recoge al actual inciso 3.

Esta revisión es breve, pues no hay mucho que decir respecto de una norma que nada nuevo aporta; sólo nos permite apreciar nuevamente que el Anteproyecto está lleno de modificaciones que no tienen por fin enmendar y que, en la mayoría de casos no tienen justificación alguna que las sustente.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 203.- <i>El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.</i></p>	<p>Artículo 203.- Conocibilidad</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>El error se considera conocible cuando, con relación al contenido, a las circunstancias del acto, a las cualidades personales del destinatario de la manifestación, dicho error hubiese podido ser advertido actuando con diligencia ordinaria.</i> 2. <i>Cuando se trate de acto unilateral no recepticio no se requiere de conocibilidad.</i>

Sobre el artículo 203 propuesto no hay nada que comentar, pues en esencia su inciso 1 dice lo mismo que la norma actual.

Por su parte, el inciso 2 se restringe a decir lo evidente, lo que toda persona puede deducir por sí misma sin necesidad de *quemarse las neuronas* en el intento, esto es, que cuando el acto jurídico sea unilateral no se exige –pues sería imposible hacerlo–

que sea conocible.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 204.- <i>El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad.</i></p>	<p>Artículo 204.- Error de cálculo <i>El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación.</i></p>

Como indicáramos hace unos momentos, la Comisión, en su afán de modificar por modificar, tuvo la brillante idea de agregar el literal e) al inciso 1 del artículo 202, colocando allí, palabra por palabra, la segunda parte del vigente artículo 204.

Así, la gran modificación que se ha realizado en esta norma consiste en haberla recortado sin ningún motivo aparente.

TÍTULO IX Nulidad

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 219.- <i>El acto jurídico es nulo:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.</i> 2. <i>Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.</i> 3. <i>Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.</i> 4. <i>Cuando su fin sea ilícito.</i> 5. <i>Cuando adolezca de simulación absoluta.</i> 6. <i>Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.</i> 7. <i>Cuando la ley lo declara nulo.</i> 8. <i>En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.</i> 	<p>Artículo 219.- Causales de nulidad</p> <p><i>El acto jurídico es nulo:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto o éste carece de discernimiento.</i> 2. <i>Cuando se ha celebrado por las personas a las que se refiere el artículo 43, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 o disposición legal diferente.</i> 3. <i>Cuando su objeto es física o, en su caso, jurídicamente imposible o cuando es indeterminable.</i> 4. <i>Cuando su finalidad es ilícita.</i> 5. <i>Cuando es aparente por simulación absoluta o relativa.</i> 6. <i>Cuando no reviste la formalidad prescrita con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.</i> 7. <i>Cuando la ley lo declara nulo.</i>

Analicemos ahora el texto propuesto para el artículo 219, que se encarga de regular las causales de nulidad.

En el inciso 1 la Comisión ha decidido agregar que el acto es nulo cuando el sujeto carece de discernimiento.

Frente a ello no podemos dejar de preguntarnos cuál es la razón que justifica esta adición. Qué, ¿acaso los sujetos que carecen de discernimiento no se encuentran comprendidos en el artículo 43 del Anteproyecto, de donde se sigue que se está agregando algo que ya está dicho en el inciso 2?

Lo cierto es que esta reiteración no es sino una consecuencia de ese cambio absurdo y problemático respecto al modelo que maneja el Código sobre la capacidad.

Y ese problema no es el único pues, como podemos apreciar en el proyectado inciso 2, se ha tenido que recurrir a la frase *las personas a las que se refiere el artículo 43*, pues ya no hay una denominación que las comprenda a todas. Actualmente se utilizan las denominaciones de absoluta o relativamente incapaces, según corresponda. En el Anteproyecto, por una sutileza de escuela, se prefiere emplear largos eufemismos *para no ofender a nadie*.

Pero allí no terminan las complicaciones del inciso 2, sino que se ha dejado sin corregir un defecto del que adolece el texto actual. Así, no se ha corregido la redacción del mismo, redacción que, en nuestra opinión debió omitir la remisión al artículo 1358, pues bastaba con la expresión *salvo disposición legal diferente*.

De igual manera, el inciso bajo examen, al referirse a los sujetos del artículo, está comprendiendo a quienes se hallan habitualmente privados de discernimiento o no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, por lo que –en estricto– ello se encuentra regulado en el inciso 1. No olvidemos que esos sujetos no cuentan con una voluntad jurídicamente relevante.

En los incisos 3, 4 y 6 la Comisión comete los mismos errores, muy graves por cierto, que hemos advertido en el artículo 140 del Anteproyecto, por lo que nos remitimos a las críticas que sobre

esos temas ya hemos esgrimido, pues todas ellas son perfectamente aplicables.

En el inciso 5 se sanciona con nulidad incluso al acto jurídico que es aparente por simulación relativa; no obstante, en el artículo 193 la pretensión de nulidad sólo está regulada en función de la nulidad absoluta, lo mismo que en el artículo 221.

El inciso 7 es exactamente igual al actual, así que no tenemos nada que comentar sobre aquél. No obstante, lo que sí tenemos que decir es que se ha omitido el inciso 8, nuevamente, sin razón alguna que sustente tal omisión.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 220.- <i>La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.</i> <i>Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.</i> <i>No puede subsanarse por la confirmación.</i></p>	<p>Artículo 220.- Legitimidad. Declaración de oficio</p> <p>1. <i>La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada sólo por quienes tengan interés directo o por el Ministerio Público. No obstante, en los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 219 la nulidad no podrá ser alegada por las partes que con conocimiento del vicio hubiesen ejecutado el acto en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.</i></p> <p>2. <i>Si el Juez advierte la existencia de una nulidad que no es materia de las pretensiones demandadas, la pondrá en conocimiento del</i></p>

	<p><i>Ministerio Público y de las partes. En ningún caso, el Juez puede declarar la nulidad de oficio.</i></p>
--	--

Continuando con nuestra revisión del Anteproyecto debemos subrayar que el artículo 220 propuesto por la Comisión hace gala de serios y peligrosos defectos que, como explicaremos, desnaturalizan la figura de la nulidad del acto jurídico.

En el inciso 1 la Comisión ha restringido la legitimidad para solicitar la nulidad a aquellos que tienen interés directo.

Gracias a este desacierto, quien es indirectamente perjudicado por un acto jurídico nulo no puede demandar su nulidad, viéndose obligado a buscar otras vías para velar por sus intereses.

¿Cómo poder justificar algo como lo que se propone, si se trata de un acto jurídico nulo, que –como tal– adolece de un vicio que violenta al ordenamiento jurídico? ¿Cómo es posible que sólo se otorgue la legitimidad para demandar la nulidad a quien tenga interés directo y al Ministerio Público?

El artículo en actual vigencia emplea la expresión *interés* en el sentido más lato de la palabra, justamente porque la sanción de nulidad implica que el acto adolece de un vicio que lo hace contrario al orden público. De este modo, cualquiera que demanda demuestra ya su interés en ese sentido lato, pues de lo contrario simplemente no demandaría.

Lo cierto es que salvo en los casos de excepción, la declaración de nulidad de un acto jurídico interesa a toda la sociedad. Dentro de tal orden de ideas, cualquier persona debería poder alegarla.

Pero no crean que allí termina lo absurdo del proyectado inciso 1,

pues, para colmo, en el mismo se establece que la nulidad no podrá ser alegada por las partes si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar para sí a la acción de nulidad.

Con esa medida la Comisión está llevando la teoría de los actos propios, mal definida en el Título Preliminar del Anteproyecto, a extremos alarmantes, pues legitima su aplicación incluso en materia de nulidad, lo que es rechazado en doctrina.

El nivel de irreflexión alcanzado con una norma como ésta realmente nos deja perplejos. Con esta norma se abarca prácticamente todo. De este modo, si alguien celebró un acto jurídico cuando adolecía temporalmente de incapacidad o, siguiendo el modelo que pretende imponer la Comisión, de *capacidad de ejercicio restringida*, una vez recuperada su capacidad no podrá accionar por nulidad en caso haya ejecutado el acto antes de percatarse del vicio que éste tenía.

En otras palabras, gracias a esta aberración que se pretende convertir en norma, un sujeto podría estar condenado a los efectos de un acto jurídico que en esencia es nulo.

El inciso 2, por su parte, también se caracteriza por ser absolutamente injustificado generando consecuencias jurídicas contrarias a nuestro actual ordenamiento jurídico.

En dicho inciso la Comisión postula como fórmula, que el juez que durante un proceso advierta la existencia de una causal de nulidad del acto, simplemente no haga nada; sólo se limite a informar a las partes y al Ministerio Público sobre su hallazgo. Es más, la Comisión enfatiza que el juez nunca, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, puede declarar la nulidad de oficio.

Imaginemos un proceso en el que se discute sobre una donación y

nadie se ha dado cuenta de que el acto jurídico respecto del cual se discute es nulo. El juez advierte el vicio del que adolece la donación, pero no puede declararla pues la ley le exige seguir con el proceso y avisar a otros para que sean ellos quienes decidan si quieren demandar o no la nulidad. Si deciden hacerlo, será necesario otro proceso.

Incluso, si las partes pidieran la nulidad extemporáneamente, el juez no podría pronunciarse sobre tal pedido, pues la pretensión no se habría formulado en momento oportuno, por lo que se verían forzadas a iniciar un nuevo proceso.

Definitivamente la Comisión ha olvidado conceptos básicos en Derecho. Resulta imperdonable un artículo como éste, que no sólo se burla de la economía procesal generando gastos inútiles de recursos y tiempo, sino que, por si eso fuera poco, contraviene nociones elementales de acto jurídico.

En nuestra opinión el juez que conoce de una causa debería no sólo poder declarar la nulidad, sino que debería tener la obligación de declararla de oficio, cuando ella sea manifiesta.

La nulidad es algo que interesa a todos, es de orden público, implica la contravención del ordenamiento jurídico; cómo no declararla de oficio. No estamos hablando de anulabilidad o de ineficacia.

No entendemos tampoco qué papel jugaría en este tema el Ministerio Público. Si bien la nulidad implica que el acto jurídico adolece de un vicio, salvo el supuesto en que el acto fuere ilícito también en el campo penal, no habría delito alguno y la presencia del Ministerio Público sólo conllevaría un gasto inútil de recursos.

Realmente este artículo no tiene ni pies ni cabeza, es tan sólo una prueba más de lo insulso que resulta dar preeminencia a

sofisticaciones que carecen de lógica.

Artículo 220-A.- Efectos de la nulidad

1. *El acto jurídico nulo lo es desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare, quedando a salvo el derecho del tercero contratante a título oneroso y de buena fe.²*
2. *No puede ser convalidado, salvo disposición legal diferente.*

Además de realizar esas absurdas y lesivas modificaciones al precepto que acabamos de revisar, la Comisión ha tenido a bien agregar una norma. De esta manera, el Anteproyecto cuenta con el artículo 220-A en el que se regulan los efectos de la nulidad.

Empecemos por señalar que actualmente ese tema no tiene una normatividad expresa; no obstante, en la doctrina y en la jurisprudencia nacionales existe unanimidad de criterio en el sentido de que el acto jurídico nulo es nulo desde su celebración. Así, lo dispuesto en la primera parte del inciso 1 no hace sino recoger lo que hoy todos conocemos y admitimos.

La protección del tercero contratante es un tema que requiere de mayor reflexión. En el Anteproyecto se ha dispuesto que sólo se encuentra protegido el tercero contratante a título oneroso y de buena fe. Sin embargo, como pie de página se señala que la Comisión evaluará los supuestos de protección para establecer si éstos deben comprender también al tercero contratante a título gratuito.

A decir verdad, se señale o no una norma como ésta, el tercero perjudicado a título que sea, siempre tiene otras vías para tutelar

² La Comisión anota a pie de página que «evaluará integralmente los supuestos de protección al tercero para establecer si la protección debe comprender también al tercero contratante a título gratuito».

sus intereses. Dependiendo de las circunstancias podrá, por ejemplo, utilizar las normas sobre responsabilidad civil contractual o las de responsabilidad civil extracontractual, la acción pauliana, entre otras.

Lo que se indique en una norma que regula los efectos de la nulidad, otorga un mecanismo adicional a esos otros remedios que brinda el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Son tantas las posibilidades y supuestos, que hacer una lista de ellos sería imposible, pues la casuística es demasiado rica; por lo mismo, no estamos seguros de qué tan fructífero pueda resultar el esfuerzo al que se ha comprometido la Comisión.

Por otro lado, el inciso 2 sigue en la misma línea de las modificaciones del artículo 220, esto es, ignora los principios básicos sobre nulidad.

Según la Comisión, una disposición legal puede convalidar un acto nulo a pesar de que, como todos sabemos, la convalidación es contraria a la esencia de la nulidad.

Lo nulo es nulo. El único supuesto admisible por el cual un acto nulo es considerado válido es que la acción prescriba y no pueda ser declarado nulo. No hay otra forma y no debería haberla.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 221.- <i>El acto jurídico es anulable:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Por incapacidad relativa del agente.</i> 2. <i>Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.</i> 3. <i>Por simulación, cuando el acto real</i> 	<p>Artículo 221.- Causales de anulabilidad</p> <p><i>El acto jurídico es anulable:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Cuando se haya celebrado por las personas a que se refiere el artículo 44.</i>

<p><i>que lo contiene perjudica el derecho de tercero.</i></p> <p>4. <i>Cuando la ley lo declara anulable.</i></p>	<p>2. <i>Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.</i></p> <p>3. <i>Cuando la ley lo declara anulable.</i></p>
--	---

En el proyectado artículo 221 se regulan las causales de anulabilidad y, por extraño que resulte, la norma propuesta es menos extensa que la original.

El inciso 1 advierte que es anulable el acto celebrado por las personas a las que se refiere el artículo 44.

Como comentamos en su momento, el artículo 44 del Anteproyecto es una mezcla de supuestos, al punto que los defectos de esa norma nos hacen percibir con mayor claridad las bondades del criticado modelo actual (de 1984) en el tema de la capacidad.

En la citada norma se menciona a los retardados mentales. Ahora bien, ¿si el grado de retardo es grave, al punto de no permitir la manifestación de voluntad por falta de discernimiento, el acto no sería nulo en vez de anulable como se establece aquí?

Como podemos apreciar, en el artículo 221, inciso 1 se prolongan los errores del modelo que regula la capacidad. Esta norma, por ende, demuestra las consecuencias de dicha modificación, pues un mismo acto podría ser nulo y anulable. La falta de coherencia y coordinación es inapelable por donde se le mire.

En el inciso 2 se ha ignorado un cuestionamiento recurrente, esto es, no se ha solucionado la problemática de la violencia en los actos jurídicos. En nuestra opinión debió establecerse que la violencia y la intimidación son causales de anulabilidad, salvo cuando se elimina por completo la intención de celebrar el acto, pues en dicho supuesto el acto sería nulo.

Una verdadera enmienda en este artículo hubiera sido la de tomar en cuenta los distintos grados que puede tener la violencia o la intimidación, de modo que si llevaron a distorsionar la voluntad del agente el acto sería anulable, pero si la hubieran eliminado por completo, el acto sería nulo.

El inciso 3 repite lo que dice el actual inciso 4.

Por otra parte, se ha eliminado el vigente inciso 3, pues la Comisión ha optado, equivocadamente, por considerar a la simulación relativa como una causal de nulidad, lo que ya hemos criticado.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 222.- <i>El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.</i></p>	<p>Artículo 222.- Legitimados para solicitar la anulación. Efecto de la declaración</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>La anulación se pronunciará sólo a petición de parte del sujeto afectado.</i> 2. <i>El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.</i> 3. <i>La declaración de anulación no perjudica al tercero contratante a título oneroso y de buena fe.</i>

El artículo 222 del Anteproyecto se caracteriza por su carencia de novedades. Los dos primeros incisos se reducen a repetir lo regulado en la norma vigente, por lo que no ameritan mayores comentarios.

En realidad tampoco hay mucho que decir sobre el inciso 3, salvo que deberían medirse con más prudencia las consecuencias que puede acarrear preterir la protección de una de las partes y privilegiar al tercero.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 226.- <i>La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.</i></p>	<p>Artículo 226.- Capacidad restringida de uno de los sujetos <i>Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la restricción de capacidad de uno de ellos no puede ser invocada por otro que integre la misma parte, salvo cuando sean indivisibles la prestación o su objeto.³</i></p>

En este artículo, aunque con una redacción defectuosa, la Comisión ha adoptado la idea que el suscrito propusiera en *Tentaciones Académicas* años atrás. En tal sentido sólo nos queda dar las gracias.

CÓDIGO CIVIL 1984	ANTEPROYECTO DE REFORMA
<p>Artículo 228.- <i>Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.</i></p>	<p>Artículo 228.- Restitución de prestaciones <i>1. Como consecuencia de la declaración de nulidad o de anulación, procede la restitución de las prestaciones o, si esto no fuera posible, de su valor actual.</i></p>

³ La Comisión ha anotado, a pie de página, que este precepto está «pendiente de concordancia final con lo que se establezca en los artículos 1192 y 1193 del Libro de Obligaciones».

	<p>2. <i>Si la nulidad hubiera sido declarada por aplicación de los artículos 219.2 ó 221.1, el sujeto afectado está exonerado de restituir solamente lo que hubiera empleado en su subsistencia.</i></p>
--	---

Por último, en lo que al Libro de Acto Jurídico se refiere, la Comisión propone modificar el artículo 228.

El inciso 1 se limita a decir lo que nadie discute, pues siempre se ha entendido como uno de los efectos de la anulación o nulidad la restitución de las prestaciones o, de no ser posible, de su valor actual.

El inciso 2, en cambio, presenta un problema en su concepción que tiene como origen el descuido de la Comisión, que parece haber olvidado que el término *persona* puede estar referido no sólo a la persona natural sino también a la jurídica.

No cabe duda de que es posible que se configure un supuesto en el cual una persona jurídica no haya manifestado, a través de sus órganos o representantes, su voluntad en un contrato y, por consiguiente, el contrato sea nulo. La persona jurídica podría estar exonerada de restituir lo que hubiera empleado para subsistir, cantidad que podría llegar a ser altísima.

En síntesis, esta norma representa otro de los despropósitos de los que se encuentra colmado el Anteproyecto.