

## LA ISLA DE LA FANTASÍA

**(o la vieja y absurda idea de modificar un Código Civil que recién va a cumplir la mayoría de edad)**

*Mario Castillo Freyre\**

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

En los últimos diez años mucho se ha hablado sobre la supuesta necesidad de reformarlo integralmente. No creo en esa necesidad y, por ello, desde 1994 me he constituido en 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).

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

---

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

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 destinada a “enmendarlo” (¡magnífica conmemoración aquella que buscaba derogar buena parte del “homenajeado”!).

En aras de la pretendida reforma al Código Civil se han sostenido 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.

No debemos incurrir 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.

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

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

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

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

Sin embargo, a pesar de esa perfección, el legislador no pudo vencer sus tentaciones académicas, y por Ley N° 27291, de fecha 24 de junio del año 2000, se agregó al artículo 1374 un peligrosísimo e imperfecto segundo párrafo, en el sentido 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 exceso de reglamentarismo y de 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.

Primero, 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.

Y en segundo término, el argumento de la incompatibilidad con la Constitución cayó por su propio peso, pues quienes lo sostuvieron carecieron de perspectiva histórica, al creer que la Carta Política de 1993, dado su discutible origen, iba a durar más allá del régimen que la creó.

Hoy en día existe una fuerte corriente de pensamiento a favor o de retornar a la Constitución de 1979, o de que se elabore una nueva Carta Política que derogue y sustituya a la de 1993. Pero sobre este tema, el debate político y legislativo recién comienza.

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 Napoleón, 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 198 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 aun 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

convinciente, 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 (o derogarlo) 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 encarnaba la antigua Comisión, que buscaba elaborar una Ley de Enmiendas que abarcara la integridad del Código; una segunda posición, que apostaba por un Código Civil absolutamente novedoso; y, por último, una tercera posición, dentro de la que me encuentro, de todos aquellos que estamos convencidos 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.

Si la derogatoria del Código Civil de 1984 se hubiera producido, como hubiesen deseado algunos (por poner una fecha tentativa), en noviembre del año 2000, estaríamos hablando de un Código que habría tenido tan sólo 16 años de vigencia. Sin duda, el que un Código dure 16 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 un tercio de su predecesor inmediato. Por otra parte, no me cabe duda 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 la empresa de modificar el Código Civil de 1984, sostenían que el mismo era un Código de avanzada, y que ha 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– estén, en el fondo, convencidos del contenido de dichos elogios, pues si los compartieran no hubiesen transitado 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 huachafaría 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 me preocupa sobremanera que tanto se hayan enaltecido 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 un nuevo Código Civil, el mismo habría sido elaborado 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 pasado 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.

Me imagino que si –dentro de esa óptica equivocada– se llegara a elaborar un nuevo Código Civil, éste pecaría al extremo de convertirse en un precario y discutible manual de Derecho. Con él llegaríamos en el Perú a la degradación absoluta de lo que debe ser un Código Civil.

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.

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 un conocido profesor, 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 ha 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.

Pero deseo también abordar el tema puntual de eventuales reformas a los Libros de Obligaciones y Contratos. Voy a referirme a estas materias, haciendo alusión de manera paralela a aquellas propuestas que se han formulado en los últimos años, señalando los rubros que considero intrascendentes, así como aquellos que estimo relevantes y dignos de discusión.

El Libro de Derecho de Obligaciones es, sin lugar a dudas, el más

sofisticado del Código Civil, regulando materias cuya especialidad no siempre ha formado parte del conocimiento general.

Es más, el Libro de Derecho de Obligaciones es el que menos sugerencias o propuestas de modificación ha recibido, tal vez porque sea el más logrado del Código.

Sin embargo, se han venido sosteniendo ciertas ideas cuyo juicio de valor quiero compartir con ustedes.

La “obligación” puede denominarse también “relación obligatoria”, subrayando la existencia del vínculo jurídico creado entre las partes. Sin embargo, no sería razonable plantear, como sí lo han hecho algunos profesores, modificar la palabra “obligación” por la frase “relación obligatoria”. Esta modificación, aparte de ser inútil, implicaría simplemente querer manifestar un toque de refinamiento y sofisticación impropio de los hombres de Derecho.

Además, este planteamiento llevaría a modificar el texto de muchísimos artículos del Código Civil, evidentemente de manera innecesaria.

Dentro de esa línea de pensamiento, hay personas que también han propuesto modificar las expresiones “obligaciones de dar” por “relaciones obligatorias con prestación de dar”, “obligaciones de hacer” por “relaciones obligatorias con prestación de hacer”, “obligaciones de no hacer” por “relaciones obligatorias con prestación de no hacer”, “obligaciones alternativas” por “relaciones obligatorias con prestaciones alternativas”, “obligaciones facultativas” por “relaciones obligatorias con facultad de sustitución”, “obligaciones divisibles” por “relaciones obligatorias con prestaciones divisibles”, “obligaciones indivisibles” por “relaciones obligatorias con prestaciones indivisibles”, “obligaciones mancomunadas” por “relaciones obligatorias parciarias” y “obligaciones solidarias” por “relaciones obligatorias solidarias”.

Aunque suene increíble, todos estos cambios han sido sugeridos por profesores de Derecho de manera formal desde 1992, para modificar innumerables artículos del Libro de Obligaciones.

Es evidente que tal proceder resultaría innecesario, pues todos identificamos a la obligación con la relación obligatoria; porque el medio jurídico nacional, más allá de tecnicismos, sabe perfectamente en qué consiste una obligación mancomunada, y no vamos a cambiar su nombre, motivados por algún prurito perfeccionista; así como tampoco vamos a ceder y cambiar el nombre de las obligaciones facultativas por “obligaciones con facultad de sustitución”, como si alguien pudiera imaginar que la obligación facultativa es

aquella que otorga al deudor la facultad de cumplir o no cumplir con lo debido.

Por otra parte, se ha criticado que el “reconocimiento de las obligaciones” reciba tal denominación, sosteniéndose que debería cambiarse su nombre por el de “reconocimiento de la deuda”. Resulta evidente que el reconocimiento es efectuado por el deudor, y por tanto éste reconoce la existencia de una deuda, pero igualmente resulta obvio que al reconocer la deuda está reconociendo la existencia de una obligación, pues es imposible reconocer una deuda sin que exista crédito; y si hay deuda y crédito, hay obligación. Finalmente, en la práctica se emplean de manera indistinta ambas expresiones sin que nadie encuentre problemas en ello.

Otra de las propuestas que se ha formulado en torno al Libro de Obligaciones es la relativa a incluir un artículo dentro de las disposiciones generales de pago, por el que se establezca que “El deudor responde con todos sus bienes, presentes y futuros, del cumplimiento de la prestación a su cargo.” Es evidente que esta norma recogería un principio verdadero, es decir, aquél que señala que el patrimonio del deudor constituye prenda común de todos sus acreedores. Este principio no sólo es antiguo, sino que constituye un valor entendido en materia de Derecho de Obligaciones, tanto así que nadie duda de su existencia. Entonces, si estamos haciendo referencia a algo obvio, su inclusión resultaría superflua.

Tampoco estamos de acuerdo en cambiar el nombre de “intereses compensatorios” por el de “intereses retributivos”, ya que ello generaría confusión en un tema por demás complicado.

Independientemente de la discusión sobre la naturaleza jurídica del pago indebido, es claro que existen suficientes razones como para sostener que aquél deba ser considerado como una especie de pago, tal vez como una faceta deformada de propio pago. Sin embargo, no por el hecho de que exista una teoría que sostenga que el pago indebido es fuente de las obligaciones, vamos a tener que modificar su articulado y ubicarlo en el Libro de Fuentes de las Obligaciones, llamándolo con el exótico nombre de “Desplazamiento Patrimonial Indebido”.

En adición a lo expresado, rechazamos la idea de considerar que por el hecho que algunos medios extintivos de las obligaciones, como la transacción y el mutuo disenso, compartan la naturaleza jurídica de ser a la vez contratos, ellos deban pasar a ser regulados en el Libro de Fuentes de las Obligaciones, junto con los demás contratos nominados.

Todo lo mencionado constituye buena parte de lo que algunos profesores –en los últimos diez años– han planteado modificar en lo que respecta al Libro de Obligaciones. Consideramos que esas propuestas

constituyen fundamentalmente sutilezas impropias de cualquier reforma legislativa seria.

Debemos reiterar nuestra convicción de que no se necesita modificar el Libro de Derecho de Obligaciones.

Sin embargo, existen determinados temas cuya regulación actual en el Código puede merecer cierta discusión o debate académico con la finalidad de advertir necesarios criterios o pautas interpretativas.

Desde 1993 venimos elaborando conjuntamente con el Doctor Felipe Osterling Parodi nuestro Tratado de las Obligaciones, del cual ya han sido publicados los nueve primeros tomos. En ellos hemos advertido determinados puntos que resulta de interés analizar en este contexto.

Así, uno de los temas que ha merecido y debe merecer la atención de los estudiosos del Derecho es el relativo a las normas de concurrencia de acreedores, frente a un paralelo análisis de la conveniencia de mantener o no el actual sistema de transferencia de propiedad inmueble.

No creemos resulte necesaria la regulación de las obligaciones de dar bienes fungibles, ya que cualquier problema que eventualmente surgiese en torno a las mismas, podría ser fácilmente solucionado por reglas elementales de lógica y sentido común. Ello, por lo demás, ocurre todos los días.

Lo mismo pensamos sobre las obligaciones conjuntivas, tema que es necesario conocer pero de ninguna manera regular, como algunos han propuesto.

Con respecto a las obligaciones divisibles e indivisibles, tal vez resultaría conveniente perfeccionar el contenido del artículo 1174 del Código, relativo a la oposición del beneficio de la división, para que resulte plenamente coherente.

En torno a las obligaciones mancomunadas y solidarias, creemos que el punto central sobre el cual podría girar una discusión es el relativo al texto del segundo párrafo del artículo 1181, norma de economía legislativa que peca por exceso, y también por defecto, al referirse al tratamiento legal de una obligación solidaria que también sea indivisible.

En lo que respecta a la cesión de derechos, consideramos que los preceptos que integran el respectivo Capítulo se concentran fundamentalmente en la cesión de créditos, faltando –a lo mejor– alguna norma que precise con mayor claridad el tema de la cesión de derechos no crediticios.

Pensamos que las normas que contiene el Código Civil sobre pago de

intereses resultan adecuadas, estableciendo criterios amplios como para que dichos preceptos tengan vigencia, independientemente de la política que sobre los mismos adopten el Poder Ejecutivo y el Banco Central de Reserva. Creemos que dichas normas han demostrado sus bondades al resistir el embate que supuso el régimen vigente de tasas máximas y tasa legal efectivas y referenciales, en lugar de las tasas nominales y fijas que tenían vigencia al momento de la promulgación del Código Civil. Sin embargo, no descartamos que resulte útil estudiar la aplicación conjunta de todos los dispositivos legales sobre el particular.

En lo relativo al pago por consignación, sí consideramos necesario modificar la mayoría de preceptos introducidos al Código Civil por el Código Procesal Civil en el año 1993. Sin duda, las normas originales de esta materia eran muy superiores a las vigentes, en especial en lo relativo al absurdo artículo 1252 actual, que distingue el ofrecimiento de pago judicial y el extrajudicial en una serie de supuestos de fantasía.

En cuanto a la transacción, nos encontramos de acuerdo con el articulado vigente, pero consideramos que el artículo 1303, para evitar problemas de orden práctico, no debería imponer a las partes la necesidad de que renuncien a cualquier acción que tenga una contra otra sobre el objeto de dicha transacción, sino más bien debería indicar que la transacción, por su naturaleza, implica dicha renuncia.

En adición a lo señalado, resulta evidente que el tema que ha sido materia de mayor discusión –por sobre los demás– en materia de obligaciones, es el relativo a inejecución de obligaciones, rubro que se encuentra en permanente evolución, de modo tal que es necesario estudiar qué régimen debe guiar el Derecho de Daños, vale decir, si el régimen dual establecido por el Código Civil (inejecución de obligaciones contractuales y responsabilidad extracontractual), o si debemos tener en el Perú un régimen unificado.

Lo que debe quedar claro es que éste no es un tema cerrado, pues se encuentra en permanente debate y perfeccionamiento, no existiendo en nuestro país un único criterio sobre el particular.

En torno a la mora, en el Perú existen dos regímenes distintos, pues el Código Civil regula en su artículo 1333 –como regla general– a la mora por intimación o requerimiento, estableciendo cuatro supuestos de excepción relativos a la mora automática.

Por su parte, el Código de Comercio establece en su artículo 62 –como regla– a la mora automática, señalando en su artículo 63 dos supuestos de excepción de mora por intimación o requerimiento.

No nos aturde esta dualidad en cuanto al régimen de la mora, por cuanto cada uno de los referidos rubros tiene un ámbito de aplicación específico, además del hecho de no estar convencidos de las bondades de aplicar la mora automática de manera generalizada. Sin embargo, éste es uno de los temas que amerita seguirse discutiendo, como ha ocurrido desde 1984.

Finalmente, resulta clara la necesidad de volver más eficaz el régimen de la cláusula penal, ya que si bien el conjunto de normas que regulan este tema es bastante claro, la utilidad de la figura se ve desvirtuada por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1346, precepto que dispone que el Juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva. Es claro que si la pena puede reducirse, entonces volvemos al problema que se quiere evitar con la cláusula penal, que es – precisamente– el relativo a la probanza de la existencia y cuantía de los daños y perjuicios.

Además, el régimen peruano es injusto por cuanto sólo permite que el deudor solicite la reducción de la pena, si ésta fuese excesiva, pero no faculta al acreedor para solicitar el aumento de la misma, si ella resultase diminuta, salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior.

En materia de Contratos Parte General, estimo, igualmente, que la mayoría de propuestas de modificación que se han efectuado tienen carácter accesorio.

Desde hace muchos años se ha sostenido, en afirmación que compartimos, que el artículo 140 del Código Civil, relativo al concepto de acto jurídico, es redundante con lo establecido en el artículo 1351, precepto que recoge el concepto de contrato. Si bien es cierto que lo óptimo hubiese sido que la norma contractual estuviera redactada como especie del género acto jurídico, el que no se haya procedido de esa forma no resta en nada mérito al acertado concepto de contrato contenido en el Código Civil.

De otro lado, es cierto que en el Código existen algunas normas en donde se confunden los términos de “celebración del contrato” con el “perfeccionamiento” del mismo, vale decir, con la aptitud que tiene el contrato para surtir efectos. Si bien es cierto que ambos conceptos son distintos, estimamos que no constituye obstáculo mayor el que en ciertos artículos se hayan señalado estos términos de manera errónea, pues en la inmensa mayoría de casos es claro el sentido de las normas.

Por otra parte, en lo que respecta al numeral 1355 del Código Civil, precepto que establece que “La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos”, se ha sostenido que dicha norma debería derogarse por

encontrarse en contradicción con el artículo 62 de la Constitución Política de 1993, la misma que establece que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Estimamos que no resulta necesario derogar el artículo 1355, pues éste ya ha sido derogado, al ser absolutamente opuesto al texto constitucional.

En lo que respecta a la rescisión y resolución contractuales, el tema se encuentra regulado por los artículos 1370, 1371 y 1372 del Código. Estas normas, de por sí defectuosas en origen, se vieron empeoradas por las modificaciones que introdujo en el artículo 1372, el Código Procesal Civil.

Sin duda, la intención del legislador de 1984 de distinguir teóricamente la rescisión de la resolución tuvo una finalidad eminentemente didáctica, de acuerdo con la doctrina europea moderna.

Sin embargo, esta distinción trajo serios inconvenientes prácticos, pues el Código de 1936 abordaba el tema bajo el nombre genérico de rescisión.

No es el objeto de este estudio entrar al detalle de cada uno de estos temas, pero hace años he llegado a la convicción de que más allá de algunas sutilezas de orden teórico, los efectos y características de la rescisión son similares a los de la resolución, siendo conveniente en este caso, repensar seriamente la posibilidad de unificar su tratamiento bajo la palabra “rescisión”, evitando la confusión terminológica en que se ha llevado al medio jurídico y en la que el propio Código varias veces incurre.

Dentro de las propuestas de modificación a la Parte General de Contratos se ha dicho –de manera persistente– que resulta necesario establecer en lugar de la expresión “resolver el contrato”, la frase “resolver la relación contractual”, en el entendido que de acuerdo a las teorías más avanzadas, el contrato se agota en el momento de su celebración y lo que subsiste es la relación contractual creada por él. Si bien es cierto que la afirmación es verdadera en el plano teórico, ella carece en lo absoluto de importancia práctica y menos aún la tiene como para conducir a una reforma legislativa en tal sentido, la misma que –de producirse– no haría sino alterar inútilmente decenas de artículos del Código.

Las normas atinentes al objeto del contrato gozan de una adecuada redacción, la misma que, en todo caso, sería susceptible de mejorarse para evitar que cada contrato típico trate sobre el particular.

La excesiva onerosidad de la prestación podría merecer ciertos afinamientos, pero siempre debería verse desde la óptica de considerarla como una figura absolutamente excepcional y uno de los últimos remedios a los que

se puede recurrir para evitar inequidades contractuales.

Lo mismo podemos decir de la lesión.

En lo que respecta al contrato a favor de tercero, las imperfecciones que presenta este Capítulo son excusables si tenemos en cuenta la escasa importancia de la figura, la misma que se presenta fundamentalmente en el plano del Derecho de Seguros, área en la cual –por lo demás– no se pueden aplicar varias de las normas del Código Civil, ni tampoco importa.

Aún más escasa es la presencia práctica del contrato por persona a nombrar y de la promesa de la obligación o del hecho de un tercero.

Por último, debemos expresar que el Doctor Manuel de la Puente y Lavalle ha formulado una propuesta muy minuciosa de adecuación o “puesta al día” de la Parte General de Contratos, la misma que no constituye una reforma integral propiamente dicha, pues fundamentalmente corrige algunos escasos errores que tuvo esta parte del Código, que se basó en las doctrinas del propio De la Puente contenidas en su brillante tesis doctoral de 1979, titulada “Estudios Sobre el Contrato Privado.”

En lo que respecta a los contratos típicos, la mayoría de propuestas modificatorias ha girado en torno a introducir en el Código Civil una serie de contratos nominados adicionales a los ya existentes, que suelen ser llamados “contratos modernos”.

Si se optase a largo plazo por el camino de elaborar un Código que unifique los Derechos Civil y Mercantil, vale decir, por un Código de Derecho Privado, ello tendría una justificación teórica, mas no práctica, pues dichos contratos evolucionan día a día y –como todos sabemos– las pautas de su configuración y desarrollo no las marca nuestro país.

En tal sentido, sería lamentable observar que en el Perú se encasille –inútilmente, por una simple tentación académica– el tratamiento legislativo de mecanismos tan dinámicos de contratación.

Además, –en último caso y si se les desea regular– no debería descartarse la posibilidad de hacerlo en leyes especiales –más flexibles, por naturaleza, que un Código Civil–.

No creo que se esté pensando en que cada vez que el Derecho cree un nuevo contrato exista la imperiosa necesidad de legislar sobre él.

Pero lo que en realidad más nos preocupa, es el hecho de que la doctrina peruana no haya estudiado a profundidad los contratos típicos que ya

regula el propio Código.

Observamos que existe la intención de regular contratos nuevos sin haber explicado al medio jurídico el alcance de los contratos tradicionales.

Así, desde 1984, en todo el Perú sólo se han escrito cuatro o cinco obras que estudien todo el contrato de compraventa, dos que estudian la permuta y dos que abordan el suministro; pero podríamos preguntarnos ¿cuántos libros han escrito los profesores peruanos de Derecho sobre los contratos de donación, mutuo, arrendamiento, hospedaje, locación de servicios, obra, mandato, fianza, renta vitalicia, juego y apuesta?

Me temo que la respuesta a esta pregunta es muy dura: prácticamente no se ha escrito casi ningún libro.

En lo personal, he podido estudiar y publicar obras sobre cuatro contratos típicos: la compraventa, la permuta, el suministro y la donación; y en esos libros, sin duda, he formulado críticas al texto del Código Civil.

Sin embargo, considero, al igual que lo expresé en su debido momento, que esas críticas requieren ser acompañadas por el estudio que sobre estos temas efectúe el medio jurídico nacional en su conjunto.

Sin duda, habrían muchas normas que podrían perfeccionarse en un futuro, pero para discutir sobre el particular quisiera que los libros y artículos de mis colegas también nos sirvieran a todos como punto de obligada discusión y referencia...

Reitero mi convicción de que el proceso de reforma de un Código Civil no se gesta por imposición ni por comisiones oficiales o extraoficiales que se crean dueñas de la verdad. La reforma integral del Código Peruano, si ella se llega a producir algún día, debe ser fruto maduro de un largo y natural proceso de evolución del Derecho Nacional. Antes que ello ocurra sólo podremos hablar de opiniones, pareceres, pero no de una necesidad profunda e irrefrenable de todos los Abogados y de la sociedad, camino al cambio de la segunda ley más importante de la República, después de la Constitución, pero aquella ley que por tradición e historia siempre ha sido más estable que las propias Constituciones.

Estas palabras deberían terminar aquí, pero no puedo hacerlo sin referirme a una corriente de pensamiento que considera que el Código Civil se encuentra total y absolutamente desfasado de la realidad: el denominado Análisis Económico del Derecho.

Sin duda, desde esta teoría económica y jurídica, muchas figuras e instituciones a lo mejor no deberían existir, o –incluso– a lo mejor el propio Código no debería existir.

Me preocupa profundamente que desde esa óptica –sesgada, por cierto– se esté dando una visión meramente mercantilista del Derecho.

Estoy convencido que la función de un Código Civil no debe ser sólo la de disminuir determinados costos de transacción.

No podemos partir de tener una visión absolutamente deshumanizada del Derecho, so pretexto de considerar que eliminando todo aquello que tiende a proteger a los individuos, se les está perjudicando, se les está empobreciendo, en lugar de darles opciones para que decidan lo que es bueno para ellos.

Independientemente de las críticas que el Análisis Económico del Derecho ha recibido en su lugar de origen, los Estados Unidos de América, esta cosmovisión jurídica también ha empezado a ser duramente criticada en el Perú.

Pero mis críticas no se enmarcan dentro de una concepción filosófica del problema, sino desde una perspectiva netamente jurídica y social.

Creo que la sociedad, representada por el Estado, no puede renunciar, en un país pobre como el Perú, a establecer determinadas reglas que determinen topes o límites a la acción de los particulares, precisamente por tener la facultad de hacerlo y por estar convencido de que en la sociedad peruana los problemas y las desigualdades de los hombres y mujeres, no se solucionarán por si solos; por estar convencido de que el mercado no es un Dios; por estar convencido que en el Perú no ha habido ni hay un libre mercado; por estar convencido que muchos de los planteamientos de aquellas teorías que aprecian al Derecho como una mercancía, buscan fundamentalmente optimizar los ingresos de grandes corporaciones multinacionales y no enriquecer a los peruanos en general.

Quienes creen que el mercado es un Dios, parten de la premisa equivocada de que en el Perú funciona una economía de mercado, desconociendo las inmensas arbitrariedades que se cometen todos los días contra los consumidores; desconociendo la existencia de posiciones de predominio monopólicas; desconociendo la existencia de organismos regulatorios de dudosa reputación; desconociendo, en fin, que los “lobbys” y las componendas han formado y forman parte cotidiana de ese mal llamado e inexistente “libre mercado”.

Creo en una economía social de mercado, pero creo que el Derecho debe cumplir en el Perú una función dignificante del ser humano.

No me importa si alguien deja de ganar mucho más de lo que pensaba en un negocio, si es que con ello se protege a un conjunto de personas.

No me asusta que el Código Civil tenga un acento personalista y no economicista.

No me asusta que el Código Civil contemple instituciones de honda raíz dentro de nuestra tradición jurídica y basadas en los más profundos criterios de equidad y justicia, como son la lesión y la excesiva onerosidad de la prestación.

No quisiera que desaparezca de algunas normas, el viejo principio **favor debitoris**, en tanto y en cuanto se cuide que el mismo no desincentive el cumplimiento de las obligaciones.

No quisiera tampoco que los actos de disposición patrimonial de uno de los cónyuges, que no sean consultados al otro, tengan plena validez, en perjuicio de la sociedad conyugal.

No quisiera ver abusivas y numerosas ejecuciones extrajudiciales de garantías hipotecarias.

Como tampoco quiero ver un futuro, en el que desaparezca cualquier tope máximo en cuanto a las tasas de interés en las operaciones celebradas entre particulares. Creo que bastante problemático resulta ya, para muchos peruanos, el esquema de absoluta libertad en el que se ha dejado la regulación del tema crediticio, en lo que respecta a las instituciones del sistema financiero.

Claro ..., aquí decide el mercado, pero lo que no se suele decir es que quienes necesitan un préstamo, por lo general no reciben toda la información que deberían recibir y tampoco son enterados de las tasas de interés que realmente se les va a cobrar.

Tampoco estoy de acuerdo con que el tema de los contratos celebrados por adhesión y con arreglo a cláusulas generales de contratación deje de tener cualquier regulación de orden administrativo; como tampoco estoy de acuerdo en considerar válidas todas las cláusulas abusivas contenidas en dichos contratos.

Estimo que la perspectiva y el análisis de problemas jurídicos no deben ser apreciados desde criterios eminentemente fundamentalistas.

Creo que en muchos casos los plazos máximos, los topes, las normas imperativas y otros preceptos que algunos quisieran arrasar del Código Civil, son las pocas barreras que han quedado en pie dentro de nuestro ordenamiento jurídico en salvaguarda de los intereses de los pobres y de los débiles.

Creo también que muchos aprecian el tema de la reforma al Código Civil con criterios de conveniencia personal y de un mal entendido elitismo jurídico.

Creo que los profesores y hombres de Derecho no debemos enfocar nuestra perspectiva sobre el Código Civil, de acuerdo a lo que convenga más a nuestros clientes, sino de acuerdo a qué es lo que convendría más al Perú; y asumir con hidalguía, cuando ello corresponda, que quienes son clientes de uno no necesariamente representan fielmente a la mayoría de personas que piden justicia en el Perú.

No se piense, por lo que estoy diciendo, que me encuentro en absoluto desacuerdo con todos los planteamientos de esa Escuela. Pero es obvio que de ella me separa un abismo. Sin embargo, despojados de dogmatismos, podríamos conversar en el futuro y sin presiones de ningún tipo, sobre aquello que en materia civil más convenga a la sociedad peruana en su conjunto.

Lima, mayo del 2002.