MARIO
CASTILLO FREYRE

DERECHO DE LAS PERSONAS

NATURALES Y JURÍDICAS

GACETA JURIDICA
Av. Angamos Oeste Nº 526 Urb. Miraflores
Miraflores, Lima-Perú / ☎ (01) 710-8900
www.gacetajuridica.com.pe

DERECHO DE LAS PERSONAS
Naturales y jurídicas

© Mario Castillo Freyre
© Gaceta Jurídica

Primera edición: julio 2021
2580 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2021-06546
ISBN: 978-612-311-831-0
Registro de proyecto editorial
31501222100321

Prohibida su reproducción total o parcial
D. Leg. N° 822

Diagramación de carátula: Martha Hidalgo Rivero
Diagramación de interiores: Lucy Morillo Olivera

GACETA JURÍDICA S.A.

AV. ANGAMOS OESTE N° 526, URB. MIRAFLORES
MIRAFLORES, LIMA - PERÚ
CENTRAL TELEFÓNICA: (01) 710-8900
E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe / www.gacetacivil.com.pe

Impreso en: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Lima - Perú
Julio 2021
Publicado: julio 2021

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A quienes fueron mis maestros
en Derecho de las Personas, los doctores
Javier de Belaunde López de Romaña
y Adrián Revilla Vergara

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Palabras liminares

Este libro de *Derecho de las Personas naturales y jurídicas*, al igual que los de *Derechos Reales* y *Acto Jurídico*, también es fruto de la pandemia.

Apenas terminé de escribir *Derechos Reales (principales y de garantía)*, empecé a comentar el Libro I, Derecho de las Personas, del Código Civil de 1984, tanto en lo que respecta a las personas naturales como a las jurídicas.

He tratado de que las páginas que componen esta obra permitan la lectura más fluida posible y entretengan a quienes recurran a ellas, a la par que permitan acceder a los conocimientos básicos sobre la materia.

Se trata de un libro basado en la experiencia vivida y en el ejercicio profesional, razón por la cual el lector no debe extrañarse de que la obra tenga muy poca bibliografía citada y que parte de ella sea de mi autoría. Lo que pasa es que me puse a escribir aprovechando el estar en casa, lo que no equivale a haberme puesto a investigar. Sin duda, este libro no es un manual ni un curso, ni, mucho menos un tratado. Esa es una deuda que, ojalá, algún día pueda cumplir con mis lectores.

Dedico este libro a quienes fueron mis profesores en los cursos de Personas Naturales y de Personas Jurídicas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, los doctores Adrián Revilla Vergara y Javier de Belaunde López de Romaña, respectivamente, cuyas valiosas enseñanzas siempre guardo en el recuerdo.

Mario CASTILLO FREYRE*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

* Mario Castillo Freyre (Lima, 1964), es abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número y miembro del consejo directivo de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

LIBRO I
DERECHO DE LAS PERSONAS

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

SECCIÓN PRIMERA
PERSONAS NATURALES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título I
Principio de la persona

Estudio Mario Castillo Freyre

Título I
Principio de la persona

Sujeto de derecho

Artículo 1.- La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento.

La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo.

La Constitución Política del Perú de 1979 empezó a tener plena vigencia el 28 de julio de 1980 y en su artículo 1 establecía que: «La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla».

En el artículo siguiente (2, inciso 1), se señalaba que toda persona tiene derecho: «A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad».

Entretanto, el Código Civil de 1936, en su artículo 1 prescribía lo siguiente: «El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece a condición de que nazca vivo».

Como se puede apreciar, tanto el texto de la Constitución Política de 1979, como el del Código Civil de 1936, otorgaban relevante protección a los derechos de la persona. Incluso el Código Civil de 1936 establecía que al que estaba por nacer se le reputaba nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo.

Pero el Código Civil de 1984 fue mucho más allá, dado que, además de recoger la fórmula del artículo 1 del Código de 1936, agregó que la vida humana comienza con la concepción.

Estas dos consideraciones brindan protección a la persona humana, habida cuenta de que el derecho a la vida es protegido desde la concepción del ser humano, lo que equivale a decir que no se podrá permitir el aborto o cualquier

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

práctica en contra de ese ser humano, salvo, naturalmente, el aborto de carácter eugenésico, es decir, cuando resulte indispensable clínicamente, debido al peligro de que la madre pierda la vida. En ese caso, regularmente en el mundo, se prefiere preservar la vida de la madre. En el Perú ello también es así, en virtud de lo dispuesto por el artículo 119 del Código Penal peruano.

El Código Civil de 1984 representó un valioso precedente de la Constitución de 1993, a este respecto. La Carta Política en actual vigencia, en su artículo 1, señala que: «La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

En el artículo 2, inciso 1, se establece que toda persona tiene derecho: «A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece».

Entendemos que esta norma se refiere tanto a derechos extrapatrimoniales como aquellos de orden patrimonial.

Entre los primeros, están, por ejemplo, el derecho a la vida (sobre el cual ya nos referimos), el derecho a la salud, el derecho a la integridad física, etc.

Entre los segundos, se encuentran los derechos reales y, también los derechos obligacionales.

Nos explicamos.

El concebido podrá adquirir derechos en la medida de que se produzcan determinadas circunstancias que lo comprendan o comprometan jurídicamente.

El caso de la sucesión, por ejemplo, sería muy representativo. Imaginemos que fallezca su padre. En ese mismo instante, ese concebido se convertiría en uno de sus herederos. Si el causante tuviere otros hijos, pues será un heredero entre ellos, al igual que si el causante tuviere cónyuge (sea ésta es o no madre del concebido).

No olvidemos que la sucesión se abre en el momento mismo de la muerte del causante, en virtud de lo establecido por el artículo 660 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

> **Artículo 660**.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

Es así, entonces, que el concebido se convertirá en heredero del causante al momento mismo en que éste muera. Obviamente, se estaría en esta materia, a la condición de que el concebido nazca vivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Eso significa que, si mientras estaba en el vientre de su madre, todos los herederos, incluido él, representado por su madre, hubiesen hecho división y partición de la masa hereditaria, ella se verá automáticamente ratificada al momento mismo en que el concebido nazca vivo. En caso contrario, es decir, si naciera muerto, su porción de la herencia acrecerá las de los demás. Es claro que ello también ocurriría si no se hubiera hecho división y partición de la masa hereditaria.

Como resulta evidente, el concebido también podría haberse visto beneficiado con algún legado. Esto surtirá efecto si nace vivo. Si naciera muerto, el legado acrecerá la masa hereditaria, a menos que el testador hubiese dispuesto algo diferente.

Por otra parte, los padres del concebido son sus representantes legales mientras permanezca en este estado; y lo seguirán siendo cuando nazca. Dentro de tal orden de ideas, los padres del concebido podrían contraer obligaciones a nombre suyo, sea en calidad de acreedor o deudor. Tema complicado, por cierto, en la medida de que la condición de deudor no le favorecería en lo que respecta a una obligación apreciada de manera singular, pero sí podría favorecerlo en el marco de una determinada relación contractual.

Decimos esto, en la medida en que el artículo 1 del Código Civil señala que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. De esta manera, la citada disposición debería entenderse en su sentido más estricto, es decir, no pudiendo considerarlo titular de relaciones contractuales en las que él resulte obligado a ejecutar prestaciones, sino sólo en aquellos contratos en que él se beneficie y no se obligue a ejecutar algo, como podría ser el caso de un contrato de donación sin cargo, una cesión en la que se le ceda un derecho a título gratuito, y cualquier otro acto que no implique obligarlo a ejecutar una prestación. También sería válido, por cierto, si sus padres celebraran (ellos mismos y no en representación del concebido), con una compañía de seguros, un contrato de seguro de salud que empiece a regir desde su nacimiento. Sería, un típico contrato en favor de tercero.

La disposición del artículo 1, en el sentido de restringir aquello que favorezca al concebido, tiene un alto contenido de justicia y de respeto por el concebido, a efectos de evitar que las personas nazcan siendo deudoras de obligaciones que ellas nunca contrajeron. En lugar de nacer con un pan bajo el brazo, ese niño nacería con una deuda encima de la espalda; y esto el Derecho Civil no lo puede permitir.

Por último, como ya hemos señalado, la atribución de derechos patrimoniales en favor del concebido, está condicionada a que nazca vivo.

ESTUDIO MARIO CASTRO FIVRE

Esto es evidente, en la medida de que si naciera muerto y esa atribución de derechos no fuese condicionada, entonces, se tendría que abrir la sucesión del concebido y esto es algo que el Derecho considera innecesario.

Ahora bien, en cuanto al carácter de la condición, ella es de naturaleza suspensiva, vale decir, que tales atribuciones patrimoniales tienen validez en el momento en que son efectuadas, pero sólo surtirán efectos cuando nazca vivo. Si no naciese vivo, entonces tales atribuciones, si bien tuvieron validez desde el momento en que se efectuaron, quedarán sin efecto. Será, más o menos, como ocurre con la rescisión de los contratos. Ello equivale a decir que la ineficacia se entenderá con efectos retroactivos al momento en que se produjo el acto de atribución patrimonial.

Entendemos que esta tesis tiene mayor solidez que aquella que sostiene que se trataría de una condición resolutoria, pues si este fuese el caso, los actos de atribución patrimonial surtirían efectos desde el día en que se celebraron y dejarían de tenerlos si el concebido nace muerto. En este caso, la situación jurídica se complicaría, en la medida de que el concebido habría sido titular de tales derechos y, entonces, si nace muerto, se tendría que abrir la sucesión de ese concebido. Por lo demás, creemos que ese no es el sentido del precepto bajo comentario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Reconocimiento de embarazo o parto

Artículo 2.- La mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo o del parto, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento.

La solicitud se tramita como prueba anticipada, con citación de las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del juez, puedan tener derechos que resulten afectados. El juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes. En este proceso no se admite oposición.

El artículo 2 del Código Civil es una norma destinada a proteger los derechos del concebido, a la par que aquellos de la madre en gestación.

Si bien es cierto, cuando nazca el concebido, se podrá actuar una prueba de ADN, a efectos de verificar la identidad del padre, ello sólo resultaría necesario en caso la mujer no esté casada y el supuesto padre del concebido no desee reconocerlo. Se entiende, además, que todo proceso judicial que esté encaminado a obtener el reconocimiento de la paternidad del recién nacido (del menor, en general) tendrá por finalidad el preservar sus derechos personales, familiares y patrimoniales, a efectos de que no quede en desamparo, fundamental y urgentemente, en lo que atañe al tema de los deberes alimenticios del padre para con él.

Pero nótese cómo estos procedimientos no ampararían esos mismos derechos de la persona en gestación. De ahí que el primer párrafo del artículo 2 del Código Civil establezca que la mujer puede solicitar judicialmente el reconocimiento de su embarazo, con citación de las personas que tengan interés en el nacimiento. Ello, para que el ser humano en gestación pueda verse protegido desde estos momentos en lo que respecta a sus alimentos o algún otro derecho, si fuere el caso.

El segundo párrafo de la norma señala que este reconocimiento se tramitará como prueba anticipada. Entendemos que la prueba se referirá al embarazo o al parto, pero que vía prueba anticipada no se podría efectuar el reconocimiento de la paternidad, a menos que ello resultare posible en el terreno científico (nos referimos a la etapa en que la persona se encuentre en etapa de gestación), naturalmente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO ARROYO

Pero el tema no es del todo claro, en la medida de que el segundo párrafo del artículo 2 del Código Civil se refiere a que el juez puede ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que considere pertinentes. Ellos, es obvio, podrán terminar acreditando no sólo el embarazo o el parto, si fuere el caso, sino también la identidad del padre del menor en gestación. La norma no restringe el que se pueda actuar en ese sentido; ello, más aún, si es que todo este procedimiento podría tener por objetivo primordial el que quien sea padre del menor en gestación pueda ser condenado al pago de alimentos a su favor, desde esa temprana etapa de su vida.

Aquí —y esa es la razón de ser del artículo 2 del Código Civil— lo importante es mantener protegido al concebido y que ni él ni su madre pasen necesidades.

Por lo demás, es evidente que el artículo 2 y las pretensiones y medidas cautelares de que trata, no sólo se restringen al tema de alimentos; ellos pueden extenderse a derechos sucesorios, reales, obligacionales, etc.; en buena cuenta, todos aquellos que pudiesen estar en peligro y que la madre del concebido buscara proteger.

El segundo párrafo del artículo bajo comentario no corresponde al texto original del Decreto Legislativo n.° 295, que es, en buena cuenta, el Código Civil de 1984. El citado párrafo fue agregado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

Esta norma señala que la solicitud se tramita como prueba anticipada, en el entendido de que aquello que se quiere probar, servirá para respaldar el amparo de alguna pretensión en un futuro proceso judicial. Pero debemos convenir en que la obtención de tales medios probatorios podrá ser suficiente para considerar protegido algún derecho o reconocida alguna situación jurídica, lo que podrá, en algunos casos, hacer innecesario el iniciar un ulterior proceso judicial.

Es evidente también que en el procedimiento contemplado en el segundo párrafo del artículo 2, bajo comentario, deberá citarse a las personas que por indicación de la solicitante o a criterio del juez, puedan tener derechos que resulten afectados. Sería el caso de aquel a quien la madre gestante sindique como padre del menor, en caso de un eventual futuro reconocimiento de paternidad; o quienes, junto con el concebido, pudieren haber devenido en herederos o legatarios de alguien que ya hubiere fallecido. Todos ellos deberán ser notificados, a efectos de que puedan hacer ejercicio de su derecho de defensa.

LIBRO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, es de resaltar que el artículo 2, bajo comentario, establece que el juez podrá ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estime pertinentes.

Esto es así, en la medida de que será la propia judicatura la que coadyuve a que se aclare toda la verdad con respecto a la controversia que sea objeto del trámite de prueba anticipada. Se podrá decir que la ley (Código Civil) otorga al juez el deber de velar por esta misión, en resguardo de los derechos del concebido y en la eventualidad de una deficiente defensa o actuación judicial de su madre.

Es por ello que, inclusive, la norma agrega que en este proceso (que reviste la formalidad de la prueba anticipada), no se admite oposición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO II
DERECHOS DE LA PERSONA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Derechos de la persona

Capacidad

Artículo 3.- Toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos.

La capacidad de ejercicio solo puede ser restringida por ley. Las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

Originalmente, en 1984, el texto del artículo 3 era muy escueto y decía: «Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones expresamente establecidas por ley».

No obstante, éste fue uno de los muchos artículos del Código Civil que fueron objeto de reforma en el año 2018, a través del artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

Como sabemos, esta norma legal hizo una reforma profunda en lo que respecta a los derechos de las personas con discapacidad, de modo tal que restringió la categoría de la incapacidad absoluta únicamente para los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley (artículo 43, inciso 1); en tanto que la categoría de incapacidad relativa fue cambiada a «capacidad de ejercicio restringida», quedando el artículo 44 con la siguiente redacción:

Artículo 44.- Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- *Derogado.*

3.- *Derogado.*

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

El tema de las personas con discapacidad, antes de la reforma, tenía un tratamiento dual. A los retardados mentales (ex artículo 44, inciso 2) y a quienes adolecieren de deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad (ex artículo 44, inciso 3), se les nombraba un curador. Hoy estas personas (que no pueden manifestar su voluntad), podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente (artículo 45-B, inciso 2).

Las personas con discapacidad que manifiesten su voluntad (artículo 45) pueden contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente (artículo 45-B, inciso 1).

Las personas que se encuentren en estado de coma (capacidad de ejercicio restringida, artículo 44 inciso 9), que hubieran designado un apoyo con anterioridad, mantendrán el apoyo designado.

Y, además, tales personas (se entiende, si es que no estuvieren en el supuesto anterior), contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del Código Civil.

Finalmente, las personas con capacidad de ejercicio restringida, contempladas en los incisos 1 al 8 del artículo 44, contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.[1]

1 » **Artículo 43.-** Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. (*Este extremo fue rectificado por fe de erratas del Código Civil*).

2.- Derogado.

3.- Derogado.

Artículo 44.- Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Derogado.

3.- Derogado.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

Artículo 45.- Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Y es, precisamente, por la reforma del año 2018, que el artículo 3 del Código Civil establece, en su texto actual, que toda persona tiene capacidad jurídica para el goce y ejercicio de sus derechos. Antes de esta reforma, si bien todas las personas tenían capacidad de goce, había algunas que no la tenían, específicamente, los incapaces absolutos (antiguo artículo 43) y los incapaces relativos (antiguo artículo 44). Si bien en el actual artículo 43, inciso 1, se indica que los menores de dieciséis años siguen siendo absolutamente incapaces, se entiende que esta incapacidad se referirá únicamente a su representación.

Pero se trata de un eufemismo. Son personas absolutamente incapaces (artículo 43, inciso l), al igual que quienes por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (antiguo artículo 43, inciso 2), los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad, los mismos que hoy se encuentran regulados en el artículo 45-B, inciso 2 y para quienes se contempla la designación judicial de «apoyos» y «salvaguardias». No cabe duda de que tales personas que designen los tribunales, definitivamente actuarán como representantes, habida cuenta de que aquellos a quienes ayudan no podrían coadyuvar con ellos una manifestación de voluntad conjunta, en la medida de que es obvio que estos últimos no pueden manifestar su voluntad.

Eufemismos que contribuyen a la inseguridad jurídica en la contratación. Se trata de una ley elaborada con las mejores intenciones, pero eso no la releva de tener que ser examinada con rigor jurídico.

El artículo 3 del Código Civil agrega que las personas con discapacidad tienen capacidad de ejercicio en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.

EDILIO MARIO CASTILLO CISNEYROS

Artículo 45-A.- Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.

Artículo 45-B.- Pueden designar apoyos y salvaguardias:

1.- Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.

2.- Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.

3.- Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.

4.- Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código.

Veamos.

No tenemos duda alguna de que las personas con discapacidades físicas que no alteren la posibilidad de que expresen libremente su voluntad, siempre han tenido capacidad de ejercicio, antes y después de la reforma del 2018.

Por ejemplo, una persona con síndrome de Down, antes de la reforma no era considerada jurídicamente un incapaz. Para que ello se produjere, habría sido necesario que sus familiares iniciaran un proceso judicial a efectos de declararla relativamente incapaz, basándose en lo dispuesto por el antiguo artículo 44, inciso 2. Pero la inmensa mayoría de personas con retardo mental jamás eran declaradas incapaces. Como la incapacidad no era automática ni se presumía jurídicamente hablando, entonces, esas personas actuaban el resto de sus vidas como personas capaces, es decir, con plena capacidad de ejercicio, sin necesidad de algún apoyo o salvaguardia.

Y si sus familiares seguían el trámite judicial para que se les declarara incapaces, ello era, fundamentalmente, para proteger los derechos de esas personas y no para perjudicarlas.

Hoy en día ocurre lo mismo, sólo que nunca podrán ser declarados incapaces, pero sí podrían contar con auxilios o apoyos que ellos mismos designen (argumento del artículo 45-B, inciso 1).

Finalmente, las restricciones a la capacidad de ejercicio están dadas, para quienes no pueden expresar su voluntad, por la realidad de las cosas y no, como eufemísticamente señala el artículo 3 del Código Civil, en el sentido de que ella sólo puede ser restringida por ley. Por lo demás, el propio Código Civil, lo hace con el tema de los apoyos y salvaguardias (los mismos que mediatizan la expresión de voluntad del incapaz), además de hacerlo en el propio artículo 45-A, con los representantes legales para las personas comprendidas en los incisos 1 al 8 del artículo 44; a la par que con los apoyos y salvaguardias de quienes se encuentren en estado de coma (artículo 44, inciso 9; artículo 45-B, incisos 3 y 4).

Pero sobre estos temas volveremos más adelante, con ocasión del análisis del Título V de este Libro, relativo a la capacidad e incapacidad de ejercicio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Igualdad de derechos

Artículo 4.- El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

La Constitución Política de 1979 consagró la absoluta igualdad de derechos entre el hombre y la mujer. Ello, se puede decir, derogó de toda la legislación peruana los rezagos que quedaban de distinción entre los derechos del varón y la mujer.

El Código Civil de 1984 siguió la norma de la Constitución de 1979. Por lo demás, en esa época ya no existía duda alguna en el sentido de que el hombre y la mujer debían tener iguales derechos civiles.

En tiempos modernos se considera no sólo que la mujer debe tener iguales derechos que el hombre, sino que podría tener incluso más derechos que el hombre, en algunos aspectos que son inherentes a su condición de mujer, como sería el caso de la maternidad y la protección de derechos que les otorga la legislación laboral. Por lo demás, son múltiples las normas legales en ese sentido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Irrenunciabilidad de derechos

Artículo 5.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.

No cabe duda de que el Código Civil peruano de 1984 es un Código protector de los derechos de las personas. Siempre se ha resaltado esta virtud del referido cuerpo normativo.

El artículo 5 se encarga de resguardar determinados derechos básicos del ser humano, tales como la vida, la integridad física, la libertad, el honor y demás inherentes a la persona natural.

A todos ellos, el artículo 5, bajo comentario, los considera irrenunciables. Con esto se quiere indicar que no valdría contrato o acto jurídico alguno, a través del cual una persona renuncie a cualquiera de estos derechos. La norma hace la salvedad de lo dispuesto por el artículo 6 del Código, relativo a los actos de disposición del propio cuerpo. Pero hay que puntualizar que el artículo 6 únicamente atañe al derecho a la integridad física, razón por la cual reservaremos el grueso de nuestros comentarios sobre el particular para cuando estudiemos esa norma.

a) El derecho a la vida

Se trata de un derecho irrenunciable, obviamente, desde la concepción Así, es evidente que los representantes del menor ya concebido no podrán renunciar a ese derecho a la vida, quitándosela a través de un aborto.

Esta óptica del problema nos parece importante, en la medida de que el artículo 5 del Código Civil constituye otro elemento de protección de la vida del concebido.

Ya nacido, se sigue extendiendo esta protección, ahora en manos de sus padres o tutores, hasta que esta persona cumpla la mayoría de edad. Aquí será él quien no podrá celebrar acto jurídico alguno a través del cual renuncie a su derecho a la vida, sea esta renuncia total (como si acordara que lo maten de inmediato) o parcial (como si conviniera que lo maten dentro de un año).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por lo demás, quien pacte con esa persona la limitación del derecho a la vida y la limite por sí mismo, terminará siendo un homicida, con las consiguientes responsabilidades penales a que hubiere lugar.

b) El derecho a la integridad física

El artículo 5 del Código Civil también considera irrenunciable el derecho a la integridad física del ser humano.

Esta norma debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 6, cuando establece que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

El Derecho protege la integridad física de los seres humanos; pero también les permite celebrar actos de solidaridad, como la donación de sangre o de un riñón a alguien que lo necesite. La primera, no representará una disminución permanente a la integridad física; en tanto la segunda sí, pero esta persona podría vivir normalmente con un riñón (o con un pulmón, si fuera el caso).

Pero, sería contrario a ley el donar una pierna para un trasplante a otra persona, pues aquí sí nos encontraríamos ante un acto de disminución permanente de la integridad física. Ello, también, sería contrario al orden público y a las buenas costumbres. El Derecho no quiere que las sociedades se vean infestadas de personas con limitaciones físicas de esta naturaleza. El costo personal y social que implicaría aceptar como legal un pacto de esas características sería, sencillamente, impagable.

c) El derecho a la libertad

El derecho a la libertad implica que la persona tiene todo el derecho de ir a donde guste, de permanecer en su domicilio o salir de él, a circular por el territorio nacional, conforme convenga a sus intereses; y, más allá de las fronteras, según las disposiciones legales de los otros Estados y los tratados vigentes.

Pero nótese que las personas podrán reducir o limitar contractualmente, los alcances de esa libertad, según convenga a sus mutuos intereses.

Sería admisible, por ejemplo, que un jugador de fútbol se obligue con su equipo a no abandonar el hotel donde está concentrado su plantel, para no perder, precisamente, ningún elemento de los que se le instruya en ese establecimiento, por parte del comando técnico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aquí estaríamos en presencia de un recorte contractual de la libertad de ese deportista, pero ese pacto no sería atentatorio contra sus derechos humanos.

Se trataría, sin duda, de una renuncia parcial del derecho, pero de una renuncia parcial y razonable, la misma que, de manera alguna, viola los derechos humanos de ese deportista.

El derecho a la libertad tiene múltiples facetas, como podría ser que ese jugador de fútbol se hubiese obligado a hacer publicidad exclusiva —en sus implementos deportivos— de una determinada marca de ropa de deportes. Ello implicará, como resulta evidente, el abstenerse de usar ropa de otras marcas. Este no hacer, esta abstención, como todas, representa también una restricción a la libertad, pero dada su naturaleza y difusión, nadie pensará que se trata de un acto o contrato nulo. Ese futbolista habrá contraído en el contrato celebrado, múltiples obligaciones de no hacer, entre ellas, la de no jugar fútbol por cualquier otro equipo.

Se trataría de otra restricción a la libertad, pero cuando uno contrata, es evidente que uno pierde parte de esa libertad. Será el caso en que una persona cualquiera, asuma contractualmente obligaciones de dar o hacer. Ante de la renuncia parcial a la libertad, uno no podría escoger entre cumplir o no cumplir, lo que implica que esa persona habrá renunciado temporalmente (mientras dure la relación contractual) a dejar de hacer todo aquello que ahora puede hacer. O dejar de no hacer aquello que ahora puede no hacer. Parece un juego de palabras, pero creemos que de esta manera podemos ilustrar los límites de estas obligaciones.

d) El derecho al honor

- Resultaría impensable la validez de un contrato por el cual una persona renunciara, de alguna manera, a su derecho al honor. Esto no significa que esa persona, en los hechos, pueda renunciar al honor, cometiendo actos deshonestos, pero contractualmente no podría renunciar a preservar su honor y a permitir que el mismo sea vejado por terceros.

e) Demás derechos inherentes a la persona humana

Entendemos que aquí estarían comprendidos todos los demás derechos inherentes a la persona, que se hallan contemplados en el artículo 2 de la Constitución Política de 1993, teniendo siempre en cuenta que tal enumeración no excluye los demás derechos que la propia Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se funden en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno (artículo 3 de la Carta Política del Perú).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Actos de disposición del propio cuerpo

Artículo 6.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios.

Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.

Ya hemos visto, con ocasión del artículo 5, que los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Sobre esto no vamos a volver, pues el tema es claro.

El artículo 6 sólo considera válidos estos actos de disposición cuando ellos respondan:

a) A un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico

Sería el caso en el cual una persona hubiese nacido con una deformidad susceptible de ser amputada para que haga una vida normal.

También sería el caso en que la persona hubiese desarrollado un quiste o un tumor, cuya extracción resulte indispensable. Lo mismo podríamos decir de si, por ejemplo, hubiese que extraerle el apéndice, las amígdalas o una parte de los intestinos.

En el caso de personas con obesidad mórbida, también podríamos hablar de una operación que resulte necesaria para reducirles el estómago.

b) A motivos humanitarios

Podría tratarse de la donación de un riñón a un hermano que lo necesita, o la donación de sangre para poder operar a un paciente que lo vaya a requerir, etc.

El propio artículo 6 señala que los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia. Nos referimos a la Ley n.° 28189, Ley General de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, publicada el 18 de marzo de 2004; y su Reglamento, el Decreto Supremo n.° 014-2005-SA, publicado el 27 de mayo de 2005.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Donación de órganos o tejidos

Artículo 7.- La donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. Tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

La donación es regulada en el Código Civil peruano de 1984 como un contrato nominado, en los artículos 1621 a 1647. La primera de las normas citadas señala que: «Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien».[2]

Al ser la donación un contrato, estamos ante un acto generador de obligaciones; y, como tal, frente a obligaciones de contenido patrimonial, elemento característico de toda obligación.[3] Decimos esto, en razón de que el propio Código Civil emplea en el artículo 7, relativo a la donación de órganos y tejidos, la palabra «donación», para denominar a este tipo de actos jurídicos. Con ello, parecería que el Código Civil estima que estas partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneran tendrían contenido patrimonial.

¿Ello es así?

Pues no. Decimos esto, pues cuando se celebra ese acto jurídico, los órganos o tejidos renovables siguen formando parte del cuerpo de la persona que se compromete a entregarlos a otra.

En tal sentido, no podrían ser calificados como contratos aquellos actos que versen sobre los órganos y tejidos que integran el cuerpo de una persona viva, en razón a que esos órganos o tejidos no son susceptibles de valorización o valoración patrimonial.

De ahí que tengamos que concluir en que cuando el legislador de 1984 utiliza la palabra «donación» en el artículo 7 del Código, no lo está haciendo como si fuera un contrato de donación propiamente dicho; sino como si se tratara de un acto de contenido extrapatrimonial, muy parecido al contrato de

2 Ver: Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021, tomo II, pp. 59 y ss.

3 Ver: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, 2ª edición, volumen I, pp. CLIV a CLXV.

donación, salvo por el hecho de que versa sobre órganos o tejidos de una persona viva, con el objetivo o finalidad de que sean extraídos de ella y recibidos por otra persona que los necesita.

El artículo 7 del Código Civil pone énfasis en que esas partes del cuerpo u órganos o tejidos que no se regeneren, no deben perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. La idea del legislador es la de permitir este tipo de actos, pero sin sacrificio notable de la salud del donante. No tendría sentido mejorar la calidad de vida de un tercero, a costa del empeoramiento de la calidad de vida de otro. El Derecho no debe transitar por este camino.

Además, tenemos que reparar en que el artículo 7 del Código Civil establece que tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante.

Nos encontramos frente a un supuesto de consentimiento informado, en el que quien done esas partes del cuerpo, órganos o tejidos que no se regeneran en su cuerpo, deberá saber con la mayor precisión y claridad, lo que está por hacer y, naturalmente, la firma del donante deberá constar en ese documento. Nótese, además, que el artículo 7 se refiere al consentimiento expreso, por lo que, en este caso en especial, no se permite un consentimiento tácito del donante.

Como vemos, esta es la regulación con respecto a las partes del cuerpo humano y a sus órganos y tejidos no renovables. Si se tratara de tejidos renovables, como sangre, cabello, etc., no se requeriría de tantas formalidades para celebrar la donación. Entendemos que serán actos de formalidad libre. Aquí no resultaría aplicable lo relativo a las formalidades del consentimiento informado, artículo 29 del Reglamento de la Ley de Donación y Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos (Decreto Supremo n.° 014-2005-SA).

Hay un punto importante para el análisis; y es el relativo a que estas normas (los artículos 7, 8 y 9 del Código Civil) hacen referencia a la gratuidad o al altruismo que distingue a estos actos. No obstante, en ninguna norma del Código Civil o de la Ley de Trasplante de Órganos y/o Tejidos Humanos, se sanciona con nulidad si tales actos se hubieran celebrado a título oneroso.

En nuestra opinión, en nada perjudicaría la materia si tales actos se celebraran a título oneroso. Entendemos que son razones de orden moral aquellas que siempre se han levantado contra la onerosidad de este tipo de actos, pero en verdad, si la ley los aceptara de manera expresa, sería una manera de sincerar las cosas, dado que en la vida real se presentan muchos casos en los cuales el acto no es celebrado a título gratuito. Creemos que aquí lo fundamental es salvar la vida de alguien o mejorarla y no ir vetando estos actos por prejuicios de este tipo que no conducen a nada bueno.

FRIDA MARIO CASTILLO FERNANDEZ

Disposición del cuerpo *post-mortem*

Artículo 8.- Es válido el acto por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana.

La disposición favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos, que no persigan fines de lucro.

El artículo 8 del Código Civil peruano de 1984 establece que es válido el contrato por el cual una persona dispone altruistamente de todo o parte de su cuerpo para que sea utilizado, después de su muerte, con fines de interés social o para la prolongación de la vida humana.

Es la segunda ocasión en que las normas de esta parte del Código, hacen alusión al altruismo o a que el acto se celebrará a título gratuito. En verdad, recusamos, una vez más, este proceder legislativo, en la medida de que en nada perjudicaría a este tipo de actos jurídicos, el que sean celebrados a título oneroso. Si ellos (en el caso de los artículos 6 y 7) van a salvar más vidas o si van a permitir que otras se prolonguen (artículo 8 y, también, el 6 y el 7), entonces bienvenida sea la onerosidad. No obstante, entendemos que se trata de normas de treinta y siete años de antigüedad.

Cuando el artículo 8 se refiere a fines de interés social, podrían ser, por ejemplo, aquellos casos en que se disponga del futuro cadáver para los estudios de alumnos de Medicina en una Facultad del Estado.

Y, al referirse a la prolongación de la vida humana, se está haciendo alusión a los casos en que el cadáver vaya a servir para que los órganos y tejidos que lo componen sean de utilidad para todas las personas que estén necesitadas de algún trasplante o implante de algún órgano o algún tejido que, obviamente, al estar en buen estado, les permitirá prolongar su vida o mejorar su calidad de vida.

El segundo párrafo del artículo 8, bajo comentario, señala que lo dispuesto en esta norma favorece sólo a la persona designada como beneficiaria o a instituciones científicas, docentes, hospitalarias o bancos de órganos o tejidos que no persigan fines de lucro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como hemos señalado, entendemos la norma en su contexto. El Código Civil es de 1984, cuando todas estas instituciones carecían de fines de lucro. Desde inicios de los años noventa del siglo XX, no obstante, la reforma en materia de universidades permite que éstas sí se constituyan como empresas con fines de lucro.

Además, esa disposición del cadáver podría tener tanta utilidad en manos de una institución sin fines de lucro, como en manos de una que sí los tenga. Esto resulta irrelevante. Y, si la institución tuviera fines de lucro y solvencia económica, ¿qué problema habría en que se contrate con ella, a título oneroso para la disposición *post mortem* del cuerpo del contratante?

No debemos limitar, ni la investigación científica, ni la preservación y prolongación de la vida de las personas que se podrían beneficiar con los órganos y tejidos de ese cadáver.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Carácter revocable de estos actos

Artículo 9.- Es revocable, antes de su consumación, el acto por el cual una persona dispone en vida de parte de su cuerpo, de conformidad con el artículo 6. Es también revocable el acto por el cual la persona dispone, para después de su muerte, de todo o parte de su cuerpo.

La revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna.

Cuando el artículo 9 del Código Civil se refiere al carácter revocable de los actos que menciona (los contenidos en los artículos 6, 7 y 8 del Código Civil), a lo que está aludiendo, es a que ellos podrían ser dejados sin efecto de manera unilateral.

No menciona quién podrá revocarlos, pero es valor entendido que el Código Civil de 1984 se refiere a la persona que comprometió su voluntad para disponer en vida de alguna parte de su cuerpo, de órganos o tejidos; o que dispuso, para después de su muerte, de todo o parte de su cuerpo.

Pero, en verdad, el carácter revocable de estos actos especiales de donación se refiere, fundamentalmente, al hecho de que si el donante se arrepiente del acto celebrado, podrá dejar de entregar la parte de su cuerpo, órgano o tejido que había comprometido con su donatario. Pero, para esto, en realidad, no es necesario establecer el carácter revocable del acto, dado que en las obligaciones no cabe exigir su cumplimiento forzoso cuando sea necesario emplear violencia contra la persona del deudor; y, ello, aquí, sería más que evidente que resultaría indispensable, ante el arrepentimiento del deudor.

Además, la revocación o arrepentimiento de que trata el artículo 9, bajo comentario, no exime al deudor arrepentido del deber de pagar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor, fruto, precisamente, de ese arrepentimiento.

Imaginemos el caso, por ejemplo, en que el donante de un órgano se arrepienta a último momento, y el acreedor ya hubiese pagado todos los gastos de la clínica, sala de operaciones, habitación del deudor y habitación del acreedor, todos los honorarios de los médicos, todos los análisis previos etc., etc., etc.

El arrepentimiento no va a implicar que el deudor arrepentido no tenga que indemnizar al acreedor todos los daños y perjuicios que le hubiere causado,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

más aún si ese incumplimiento fuese deliberado, como ocurre en el ejemplo propuesto, vale decir, el de un incumplimiento doloso.

En otras palabras, a pesar de que el Derecho reconoce el arrepentimiento del deudor, ese reconocimiento no implica una exoneración de los deberes indemnizatorios que corresponda.

Es en ese entender que el arrepentimiento de que trata el artículo 9, bajo comentario, no será otra cosa que la inejecución de una obligación por parte de un deudor, a quien si bien no se le podría exigir la ejecución forzosa de la obligación, sí se le podría exigir el pago de los daños y perjuicios causados por haber roto deliberadamente la palabra empeñada.

Pero, dado que la ley no especifica en detalle que esta norma sólo se aplica al donante arrepentido, creemos que ella también será aplicable al donatario arrepentido, vale decir de quien iba a recibir esa parte del cuerpo, ese órgano o ese tejido del donante.

Es perfectamente entendible que el donatario también se pueda arrepentir de todo esto. Pero ello, al igual que en el caso anterior, no lo eximirá de indemnizar al deudor por los daños y perjuicios que le hubiera ocasionado.

Es de subrayar que tanto ante el arrepentimiento del deudor, como ante el arrepentimiento del acreedor, la parte afectada por el incumplimiento podría, también, reclamar por el daño moral causado.

Para concluir, es necesario mencionar que esta revocación también será aplicable para los actos en virtud de los cuales una persona dispone, para después de su muerte, de todo o parte de su cuerpo y también resultan de aplicación a este supuesto todas las consideraciones vertidas con respecto a los daños y perjuicios indemnizables, sean éstos de orden patrimonial o moral.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 9 del Código Civil señala que la revocación no da lugar al ejercicio de acción alguna.

Se trata, sin duda, de una norma inaplicable dentro del ordenamiento jurídico peruano.

En primer término, porque el artículo II del Título Preliminar del propio Código Civil no ampara el abuso del derecho; y, es evidente que un actuar poco serio a este respecto y el que ese actuar quede impune, implicaría abusar del derecho por parte de quien ejerza el arrepentimiento.

En segundo lugar, como se recuerda, el artículo 1328 del propio Código Civil, establece la nulidad de toda estipulación que excluya o limite la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor (y aquí el arrepentimiento sería un acto doloso). No cabe, pues, que por un lado, el Código Civil peruano de 1984, establezca el carácter revocable de estos pactos contractuales y que, por otro, la propia ley (el Código Civil, nada menos) permita que el incumplimiento doloso quede impune.

Y, pero aún sería si es que el donatario hubiese hecho un pago al donante del órgano, como contraprestación por el acto celebrado. ¿Qué, en este caso, tampoco cabría accionar para recuperar lo pagado? Por lo demás, ese pago ni siquiera calzaría dentro de lo dispuesto por el artículo 1275 del Código Civil, relativo a la improcedencia de la repetición por pago indebido, cuando señala que:

> **Artículo 1275**.- No hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito.
>
> Lo pagado para obtener un fin inmoral o ilícito corresponde a la institución encargada del bienestar familiar.

Esto, porque, en realidad no se trataría de un caso de pago indebido, sino de uno de enriquecimiento sin causa. El artículo 1954 señala que: «Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo».

Por lo demás, incluso si se llegara a considerar válido el segundo párrafo del artículo 9 del Código Civil, en el sentido de que la revocación no daría lugar al ejercicio de acción alguna, es obvio para nosotros que esta disposición no podría consagrar un enriquecimiento sin causa, sobre todo, por lo establecido en el artículo 1955 del propio Código, cuando indica que: «La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización».

Y, de considerarse válido el segundo párrafo del artículo 9 del Código Civil, entones, el acreedor burlado, no podría ejercer acción alguna contra el deudor arrepentido, salvo —claro está— la relativa al enriquecimiento sin causa, contemplada en el artículo 1954 del propio Código.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Disposición del cadáver por entidad competente

Artículo 10.- El jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana, con conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13.

Los mismos funcionarios pueden disponer del cadáver no identificado o abandonado, para los fines del artículo 8, de conformidad con la ley de la materia.

Es constante la lucha que se da en nuestro país a favor de promover que las personas dispongan que se coloque en sus Documentos Nacionales de Identidad (DNI), que aceptan donar sus órganos o tejidos después de muertos. En ese sentido, no resulta muy clara la disposición del artículo 10 del Código Civil en su versión actual.

Ahí se señala que el jefe del establecimiento de salud o el del servicio de necropsias donde se encuentre un cadáver, puede disponer de parte de éste para la conservación o prolongación de la vida humana con conocimiento de los parientes a que se refiere el artículo 13, es decir, el cónyuge del difunto, sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Nótese cómo esta norma, que fue introducida por la única disposición complementaria modificatoria de la Ley n.° 30473, publicada el 29 de junio de 2016, modificó el sentido del precepto original del Código Civil de 1984, que, si bien otorgaba a ese funcionario la facultad de disponer de parte del cadáver para la conservación y prolongación de la vida humana, ello debía hacerse previo conocimiento de los parientes indicados en el artículo 13, quienes podían oponerse a tal disposición.

Entendemos que con la modificatoria, al no poner en conocimiento previo de los parientes la facultad de disposición, entonces, ellos no podrían oponerse, salvo en un caso que resulta obvio, y es aquel en el cual figure en el DNI del fallecido, la negativa a que se disponga de su cuerpo para estos efectos después de muerto.

En este caso, el jefe del establecimiento hospitalario, ni siquiera debió hacer el intento, pues el fallecido ya había manifestado su voluntad y la misma no podría ser dejada sin efecto, ni por él, ni por sus parientes.

INSTITUTO MARIO CASTILLO FREYRE

Entonces, en la actualidad, no debería haber dudas al respecto, salvo, naturalmente, que el establecimiento de salud no tuviere acceso al contenido del DNI del fallecido. En este caso, sí resulta razonable que el funcionario del hospital o de la clínica proceda conforme establece el artículo 10 en actual vigencia, precepto que, en buena cuenta, sin decirlo, parte de la idea de que ante la ausencia de negativa de la persona, sea el jefe del establecimiento hospitalario, quien decida el destino del cadáver.

No obstante, la redacción del artículo 10 del Código Civil no resulta del todo clara. Por eso, habrá que concordarla con las otras leyes pertinentes, en especial, la Ley de Trasplante de Órganos y Tejidos Humanos y su Reglamento.

Para finalizar nuestros comentarios al artículo 10 del Código Civil, debemos recordar que su segundo párrafo establece que los mismos funcionarios pueden disponer del cadáver no identificado o abandonado, para los fines del artículo 8, de conformidad con la ley de la materia.

En el caso de cadáveres correspondientes a personas no identificadas, es lógico que la ley proceda de esta manera. Es la vía más correcta para propiciar el aprovechamiento de los órganos, tejidos o partes del cadáver.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sometimiento a examen médico

Artículo 11.- Son válidas las estipulaciones por las que una persona se obliga a someterse a examen médico, siempre que la conservación de su salud o aptitud síquica o física sea motivo determinante de la relación contractual.

Las estipulaciones contractuales para someterse a examen médico, son frecuentes en los contratos de trabajo o en los contratos de prestación de servicios. El artículo 11, bajo comentario, señala que la validez de estas estipulaciones tendrá lugar en los casos en que la conservación de su salud o aptitud psíquica o física sea motivo determinante de la relación contractual.

La expresión recogida en el artículo mencionado es tan amplia, que, en realidad, calzaría dentro de cualquier contrato de trabajo o de prestación de servicios. Ocurre que toda relación contractual de cualquiera de estos dos tipos, se contrae en virtud de considerar importante la conservación de la salud o aptitud psíquica o física.

Entendemos, naturalmente, que los límites de estos exámenes están dados por el propio Código en el artículo V de su Título Preliminar, cuando establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Es evidente que tales exámenes deben respetar a plenitud la dignidad del trabajador o servidor que sea examinado. Todo pacto que exceda esos límites, será nulo. Y si el contrato no los excediese, pero la empresa contratante exigiera el sometimiento a prácticas indignas, pues el trabajador o servidor podría negarse a ser examinado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Contratos peligrosos para la persona

Artículo 12.- No son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

El tema del que trata el artículo 12 no es sencillo.

Veamos.

En primer lugar, podríamos encontrarnos frente a contratos a través de los cuales alguien se obligue a realizar actividades tan peligrosas o riesgosas, que las mismas se encuentren dentro de la esfera de los actos físicamente imposibles.

Sería el caso de alguien que, en el Perú, sea contratado para cruzar, a nado, el Océano Atlántico, desde Nueva York, hasta Liverpool, sin parar. Esa actividad, por sí misma, resulta físicamente imposible y el contrato que la contiene sería nulo.

Pero también, en segundo lugar, tenemos una serie de actividades de riesgo extraordinario, que tal vez no sean imposibles, y que —entonces, teóricamente— sí resultarían posibles, tales como cruzar el Canal de la Mancha a nado o escalar el monte Everest. Ambos ejemplos registran numerosas personas que los han logrado, pero no por ello dejan de ser actividades excepcionalmente peligrosas.

En el texto del artículo 12 del Código Civil, tales obligaciones no serían exigibles. Entendemos que la contraprestación pactada, tampoco lo sería. Ello, salvo que tales prestaciones correspondan a la actividad habitual del deudor; en nuestros ejemplos, la de un nadador experto o la de un eximio montañista, ambos con la más vasta experiencia.

En otras palabras, si las personas fueran poco expertas o neófitas en las materias, las obligaciones no resultarían exigibles, pues el Derecho en el fondo, las considera físicamente imposibles, a pesar de no decirlo. Pero debemos advertir que en estos casos, el contrato sería nulo, al igual que las obligaciones nacidas de él; y no sólo inexigibles, como señala el artículo 12 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La excepción, es decir, aquellos supuestos en que el referido artículo considera válidos estos contratos, está dada por los casos en que tales obligaciones correspondan a la actividad habitual del deudor y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias.

Se trata de la protección de los derechos de la persona. Si bien todos tenemos derecho a contratar con fines lícitos, ese derecho también se enmarca dentro de los objetos físicamente posibles (argumento del artículo 140 del Código Civil).

Además, estableciendo la obligatoriedad de dichas medidas de seguridad y condicionándolas a la validez de estas obligaciones de alto riesgo, el Código protege la vida humana.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Actos funerarios

Artículo 13.- A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes.

A la muerte de una persona, pueden desatarse entre sus herederos una serie inimaginable de conflictos, muchos de ellos, seguramente, a efectos de poder heredar los bienes más valiosos y más preciados existentes en la masa hereditaria.

No obstante, los primeros conflictos que se van a desencadenar, son aquellos referidos a los actos funerarios del difunto, desde si se le vela o no, y dónde, si se le crema o no, dónde se le entierra, etc.

En muchos casos estos temas no revisten problema alguno, pero en otros sí, como ocurriría cuando el causante hubiese tenido dos hogares paralelos. Uno, con su esposa e hijos matrimoniales, y otro, con otra pareja y los respectivos hijos extramatrimoniales. Por esta razón es que el artículo 13, de manera muy atinada, establece un orden para adoptar las decisiones sobre los actos funerarios.

Así, en primer orden, decide el cónyuge, si lo hubiere; en segundo orden, deciden sus descendientes (hijos, antes que nietos, obviamente); y los hijos deciden por mayoría. En caso de empate entre los hijos (o descendientes, en general) la ley no establece una solución.

Pensamos que debió establecerse que primará la voluntad de los hijos que, entre ellos, sumen más años que los que sostienen la o las posiciones contrarias. Sería una salida justa y razonable.

En tercer lugar del orden prelatorio, tenemos a los ascendientes (padres, que priman sobre los abuelos). En caso de no haber acuerdo entre los padres, el impase podría solucionarse en favor de aquel que tenga mayor edad.

En cuanto al orden prelatorio, el artículo 13 menciona a los hermanos. A este caso, hacemos aplicables las consideraciones sobre desempate esbozadas anteriormente.

A pesar de no mencionarlo el artículo 13, debemos entender que los gastos que origine el sepelio de una persona, deberían ser asumidos por sus herederos, en los porcentajes que determina la ley.

Si los gastos fueren hechos en proporciones distintas, el tema deberá arreglarse con posterioridad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho a la intimidad personal y familiar

Artículo 14.- La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

No cabe duda de que la intimidad de la vida personal y familiar constituye un derecho de todos, el mismo que no puede ser vulnerado por terceros.

No obstante, debemos concluir en que en el mundo moderno cada vez más personas son proclives a compartir sus vidas personal y familiar con terceros. Esto, a través de las distintas plataformas que ofrecen las redes sociales. Es más, estoy convencido de que para muchas personas, el ámbito personal y familiar, como reducto exclusivo, ajeno al conocimiento de los demás, resulta un terreno prácticamente nulo o, cuando menos, una parcela minoritaria.

Pero más allá de que esa es la realidad e incluso la tendencia contemporánea, queda claro que el artículo 14 del Código Civil protege de manera absoluta esa intimidad personal y familiar, obviamente, en todo cuanto el titular del derecho desee proteger.

Ello significa que deberá estarse a lo que señale el titular; y que tal intimidad no podrá ser violentada por terceros, ni para su conocimiento propio, ni para su divulgación en la sociedad. Por lo demás, hoy en día prácticamente no podríamos hablar de una divulgación limitada, en la medida de que si algo ingresa a las redes sociales, en la práctica ingresará para siempre. Es cierto que se podría intentar retirar, pero antes pudo haber sido capturado por usuarios que lo reproduzcan en las redes cuantas veces lo consideren conveniente.

En adición a lo expuesto, estimo que dicha invulnerabilidad debería ser absoluta. Lo que ocurra en el terreno personal y familiar, siempre deberá quedar ahí. Sólo podría ser vulnerado por mandato judicial en el marco de la investigación de un delito; y, si ello fuese indispensable. Por lo demás, la prensa nunca podría violar esa intimidad personal o familiar, a menos que se quiera exponer a un proceso judicial de indemnización por parte del titular del derecho violentado.

No olvidemos que la Constitución Política de 1993 resalta el valor de la persona humana y de la familia, como núcleo indispensable en la construcción de la sociedad. Entonces, violando la intimidad personal o familiar, se

FONDO EDITORIAL CASTRO FREYRE

lograría atacar a los dos sujetos (persona y familia) más importantes del ordenamiento jurídico peruano.

La excepción está dada por el supuesto en que el propio titular del derecho autorice la divulgación de algún aspecto privado de su vida personal. Nótese cómo ese titular, ni siquiera podría autorizar —él solo— la divulgación de aspectos íntimos que comprendan a otros miembros de su familia, pues en ese caso se requeriría del asentimiento de todos los involucrados o de sus representantes, si fuese el caso.

Esto, en la medida de que el titular del derecho siguiera con vida. En el caso contrario, el tema resultaría más complicado, pues la autorización debería darla alguno de sus deudos. El artículo 14 establece que tal autorización (asentimiento) podrá ser otorgada por su cónyuge (se entiende el excónyuge o viudo, pues el titular del derecho ya falleció), sus descendientes, ascendientes y hermanos.

Sobre estos tres últimos supuestos hacemos de aplicación al artículo 14, *mutatis mutandis*, todas las consideraciones sobre la manera de adoptar la decisión que hicimos nuestra al comentar el artículo 13 del Código Civil.

No obstante, no habrá autorización alguna que valga a este respecto, si es que el titular del derecho hubiera dejado establecido en su testamento, que su intimidad no podrá ser revelada a terceros, bajo circunstancia alguna.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho a la imagen y voz

Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

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

El derecho a la imagen y el derecho a la voz son también muy importantes y merecen toda la protección de la ley civil.

En lo que respecta a la voz, es evidente que su protección no sólo implica el respetar el timbre de voz, sino además aquellas expresiones que haya vertido esa persona en privado. Nadie podrá aprovecharse de ella, en sentido alguno.

Podría ocurrir, por ejemplo, que alguna persona se haga conocida en el estadio de fútbol, por determinadas expresiones vertidas en público. Es evidente que nadie podrá hacer de su voz y de sus expresiones un aprovechamiento comercial. Lo propio podríamos decir de su imagen. Por ejemplo, ningún canal de televisión podría hacer comerciales de su programación con la voz e imagen de esta persona.

Lo propio ocurriría con una chica con un rostro muy hermoso, que sea fotografiada en la calle sin su consentimiento, y, luego, quien tomó la foto, venda la imagen a una imprenta que hace calendarios, para que aparezcan con su foto.

Este aprovechamiento inconsulto está prohibido tanto para actividades lucrativas como de beneficencia.

Es evidente que el aprovechamiento de la voz o de la imagen sí es válido cuando lo permite el titular, es decir, cuando se ha celebrado un contrato al respecto. En la práctica, estos contratos son algo complejos e incluirán mayores detalles cuanto más famosos sean los personajes cuya voz y/o imagen se va a utilizar. Tales contratos, por lo general, son celebrados a plazo determinado.

EDUARDO CASTILLO TREVIÑO

Es claro, también, que nadie puede hacer aprovechamiento de la voz e imagen de personajes que ya tengan fama y notoriedad. Ello está prohibido. Sólo se permite hacerlo con su autorización. En la práctica, en el Perú, esto lamentablemente no se cumple a cabalidad. Son numerosos los casos en que estos derechos se violan de modo flagrante y reiterado.

Si la persona hubiera muerto, el artículo 15 del Código Civil establece que la autorización podrán darla el cónyuge (se refiere al excónyuge viudo, obviamente), sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. Hacemos aplicables a este tema, *mutatis mutandis*, nuestros comentarios sobre el particular efectuados con ocasión del análisis de los artículos 13 y 14 del propio Código.

El segundo párrafo del artículo 15 señala que dicho asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona (por ejemplo, si fuese un actor o una actriz muy conocido); por el cargo que desempeñe (por ejemplo, un ministro de Estado); por hechos de importancia (por ejemplo, alguien que haya asesinado a una persona); o interés público (por ejemplo, el caso de un investigador que haya descubierto la vacuna contra un virus muy peligroso); didáctica (por ejemplo, el caso de alguien que haya explicado de modo muy claro, un tema jurídico penal y un canal de televisión tome sus opiniones de las redes sociales); o cultural (por ejemplo, el caso de un arqueólogo que hubiese hecho un descubrimiento notable de una nueva tumba preincaica); y siempre que tal utilización de la voz o de la imagen se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público.

Por nuestra parte, y como lo hemos señalado en nuestros ejemplos, creemos que estos supuestos de utilización de la voz o imagen de una persona, se extienden más allá de los casos señalados por el Código, siempre que se trate de medios de comunicación masiva.

Si se tratase de eventos públicos, regirá también lo dispuesto por el Código Civil; y si se tratare de eventos privados, poco habría que decir, en la medida de que este tema es imposible de controlar.

El artículo 15, segundo párrafo, finalmente, se encarga de precisar que no rigen las excepciones sobre las que trata la norma, cuando la utilización de la imagen o la voz atenta contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponda. Esto es lógico, pues cualquier uso que se haga de la voz o de la imagen de una persona, en este sentido, la perjudicará o degradará en público. En estos supuestos, el uso de la voz o de la imagen de esa persona, pasará, necesariamente, por contar con su autorización.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Carácter confidencial de la correspondencia y demás comunicaciones

Artículo 16.- La correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor.

Muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento. Si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

Imprescindible tema, el del secreto de las comunicaciones. El Código Civil de 1984 se refiere a la correspondencia epistolar. Se trata de textos que tienen por finalidad enviar un mensaje escrito a uno o más receptores que no se encuentran en el lugar o se encuentran en lugares lejanos.

Debemos recordar que al tiempo de la elaboración y entrada en vigencia del Código Civil, en 1984, no existía en el Perú y en la mayor parte del mundo, alguna otra forma de comunicación epistolar que no fuese la tradicional carta escrita a puño y letra o a máquina, enviada a través de correo, a la persona que fuese destinataria de la misma. A lo mucho, se podría pensar en cartas enviadas con mensajero de la empresa donde uno trabajara.

No estoy diciendo que la comunicación epistolar fuese el único medio de comunicación, pues existían también el teléfono (con la única función de entablar conversaciones), el télex y el cable, pero estos dos últimos estaban reservados o para comunicaciones entre empresas, o para servicio a terceros. Recuerdo mucho cuando iba con mi madre, con cinco o seis años de edad, al Centro de Lima, a recoger los cables que enviaba una tía muy querida que vivía en Manhattan, Nueva York, cada vez que iba a venir al Perú. Era el arte de decir las cosas en no más de veinte palabras (por temas de costos). Se podría

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

entender que, a este respecto, el cable fue predecesor del *Twitter*, obligando a los seres humanos a desarrollar su capacidad de síntesis.

Recuerdo que en 1986, dos años después de la entrada en vigencia del Código Civil, cuando practicaba en un Estudio de abogados, un viernes en la tarde, nuestro jefe nos llamó a todos los practicantes que estábamos ahí, que éramos como seis y a todas las secretarias, que eran como una docena de chicas, para ver en su oficina cómo iba a pasar un fax que le iba a enviar el presidente del directorio de un banco, cliente del Estudio. Se trataba de una carta, y, conforme ella se iba reproduciendo, todos nos asombrábamos como cuando de muy niños vimos —en directo— llegar el hombre a la Luna. Era todo un acontecimiento, era algo extraordinario el que una carta se pudiera reproducir —tal cual— a la distancia en una hoja de papel muy delgada.

Hoy los facsímiles tradicionales ya no existen; y, donde los hay, se conservan por inadvertencia, pues bien podrían ser piezas del museo del avance de la tecnología.

Luego, llegó el *Beeper*, y posteriormente los teléfonos móviles se consagraron como medios de comunicación multifuncionales. Hoy en día, la comunicación de voz es sólo una de sus cientos de funciones. Muchas veces se ha dicho que un celular contemporáneo tiene muchísimas veces más capacidad, como computadora que es, que todas las computadoras que en julio de 1969 hicieron que la NASA lleve al hombre a la Luna.

Pero también, muchas veces he señalado que los Códigos Civiles deben ser cuerpos de leyes diseñados para durar en el tiempo, y soportar todos los cambios que nos han traído y seguirán trayendo a la sociedad, la ciencia y la tecnología.

Y eso es lo que hace —y muy bien— el artículo 16 del Código Civil peruano de 1984. Este artículo se refiere a la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, las mismas que no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario.

Este precepto es muy importante, pues en primer término prohíbe las interceptaciones telefónicas —moneda corriente en el Perú de siempre—. En este país, el interceptar llamadas o comunicaciones es festejado por los medios de prensa e, incluso, difundido impunemente por ellos.

Es una lástima que si bien el ordenamiento jurídico peruano protege la confidencialidad de la correspondencia y demás comunicaciones, en los hechos la sociedad y las autoridades toleran su incumplimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nótese que el artículo 16, a efectos de que tales comunicaciones sean divulgadas, no sólo requiere de la autorización del remitente, sino también la autorización del destinatario (o destinatarios) de las mismas, todo lo cual haría muy complicada la divulgación. La norma es muy buena; la sociedad en la que está destinada a regir, no goza precisamente de tal característica.

En lo que respecta a la publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere de la autorización del autor. Esta norma es de justicia evidente. Sólo debemos agregar que si las memorias ofendiesen la imagen o el honor de terceros, el autor deberá responder por ello. Además, si las memorias revelaran el contenido de conversaciones o comunicaciones que el autor sostuvo con terceras personas, es evidente que requerirá el permiso o asentimiento de tales personas para poder revelar ese contenido.

Si no lo tuviere, el autor de esas memorias, también podrá incurrir en responsabilidad.

En el segundo párrafo, el artículo 16 del Código Civil establece que, muertos el autor o el destinatario, según los casos, corresponde a los herederos el derecho de otorgar el respectivo asentimiento.

Aquí debe subrayarse el hecho de que los herederos actuarán como si ocupasen el lugar del autor o destinatario(s) de las comunicaciones.

Es de interés reparar en que el segundo párrafo de la norma señala que si no hubiese acuerdo entre los herederos, decidirá el juez.

La norma no es clara. Entendemos que mayoría de porciones o porcentajes hereditarios, manda; es decir, la mayoría de tales porciones o porcentajes podrá adoptar un acuerdo. Por lo demás, el artículo 16 no exige unanimidad para tales efectos. Pensamos que la participación supletoria del juez sólo sería necesaria en ausencia de acuerdo mayoritario de los herederos, porque no se logró que emitieran opinión o, de haberse emitido, en caso se hubiese producido un empate. En estos supuestos es que se decidirá el tema en el Poder Judicial.

El artículo 16 concluye con un tercer párrafo en el que se establece que la prohibición de la publicación póstuma hecha por el autor o el destinatario, no puede extenderse más allá de cincuenta años a partir de su muerte.

La *ratio legis* de esta norma se basa en que la sociedad puede tener interés en conocer el contenido de dicha correspondencia o comunicaciones, en general. Es obvio que sólo en casos de personajes relevantes para la sociedad, estaremos hablando de estas eventuales publicaciones medio siglo después de su muerte.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Si los herederos del autor o de los destinatarios decidiesen publicar, después de transcurridos esos cincuenta años, el contenido de las conversaciones, lo harán por su cuenta y riesgo, porque el hecho de que la ley les permita publicarlos, será —claro está— con su asentimiento. Ello significa que el contravenir la voluntad expresa del autor o destinatario, podrá determinar que los herederos que decidieron proceder en ese sentido podrían ser pasibles de demandas indemnizatorias por parte de quienes sientan vulnerados sus derechos. En ese sentido, el levantamiento de la prohibición por el artículo 16, tercer párrafo, no constituye manto de impunidad.

Los herederos del titular siempre tendrán la última palabra respecto a publicar o no esos contenidos. Eso es indudable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Resarcimiento

Artículo 17.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

La responsabilidad es solidaria.

Conforme a este artículo, la violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

En realidad, esta norma no la podemos restringir a la violación de los derechos de la persona consagrados por el Código Civil, sino a todos los derechos de la persona recogidos por la Constitución Política y cualquier otro derecho que exista o pudiera existir y que no se halle regulado específicamente en la Carta Política de 1993.

Dentro de nuestro ordenamiento legal, si se tratara de la violación de algún derecho de la persona, producto de un incumplimiento contractual, resultarían aplicables las normas de los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, referidos a la inejecución de obligaciones.

Pero si se tratase de un caso de responsabilidad extracontractual, resultarán aplicables los artículos 1969 y siguientes del propio Código.

Para el supuesto de responsabilidad por inejecución de obligaciones, el plazo prescriptorio será de diez años (artículo 2001, inciso 1 del Código Civil); en tanto si el supuesto fuese de responsabilidad extracontractual, el plazo prescriptorio será de dos años (artículo 2001, inciso 4 del propio Código).

En ambos supuestos, el Código Civil establece que la acción (en realidad, se refiere a la pretensión), podrá ser incoada por el agraviado (o por sus herederos, si fuese el caso), a efectos de exigir el cese de los actos lesivos. Pero cuando el propio artículo señala que la responsabilidad es solidaria, obviamente se está refiriendo a pretensiones indemnizatorias.

Los deudores solidarios de tal indemnización, serán todos los causantes del daño. Si se tratare de responsabilidad por inejecución de obligaciones, la responsabilidad únicamente será solidaria, si la obligación tenía ese carácter (argumento del artículo 1195 del Código Civil). Si se tratase de un caso de responsabilidad extracontractual, la responsabilidad será solidaria, no sólo por lo indicado en la parte final del artículo 17, sino también por lo establecido en el artículo 1983 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Protección de los derechos de autor e inventor

Artículo 18.- Los derechos del autor o del inventor, cualquiera sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la ley de la materia.

En realidad, el artículo 18 del Código Civil es una norma de repliegue legislativo, en la medida de que no trata específicamente el tema de los derechos de autor ni de inventor, sino, más bien, remite a la legislación de la materia, que no es otra que el Decreto Legislativo n.° 822, Ley de Derechos de Autor, promulgado el 23 de abril de 1996 y sus modificatorias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Nombre

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Nombre

Derecho y deber de tener nombre

Artículo 19.- Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre. Este incluye los apellidos.

El derecho al nombre va de la mano con el derecho a la identidad. Este último derecho, independientemente de sus múltiples alcances, comienza por el relativo al nombre. Si alguien carece de nombre, no podrá ser identificado dentro y fuera de una sociedad. Esto significaría que sería una especie de ser desconocido, indeterminable, ajeno al resto, imposible de ser identificado para relacionarse con él a través de contratos y demás actos jurídicos. Sería una especie de «NN».

Las sociedades del mundo contemporáneo identifican primero a las personas por sus nombres, y también por números o códigos, por lo que se fomenta que todos tengamos un Documento Nacional de Identidad (DNI). Si se quiere poner el tema de manera gráfica, el nombre viene primero, el número viene después.

De ahí que el artículo 19 del Código Civil establezca el derecho de toda persona a tener un nombre, pero no sólo lo concibe como un derecho, sino también como un deber. Esto significa que, así como la sociedad tiene que identificar a la persona por su nombre, ésta, a su vez, tiene que identificarse con su nombre frente a la sociedad. El nombre, entonces, es para la persona, un derecho y, a la vez, un deber.

El artículo 19 establece que el nombre, como concepto jurídico para la ley peruana, incluye a los apellidos. Pero no sólo incluye los apellidos, sino también todos los nombres (prenombres) que se haya colocado al recién nacido. Entonces, el concepto de nombre incluye, los prenombres y los apellidos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Apellidos

Artículo 20.- Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.

El artículo 20 en su texto original de 1984, señalaba que: «Al hijo matrimonial le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre».

Como se puede apreciar, el artículo 20 del Código Civil fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.° 28720, publicada el 25 de abril de 2006; y en el texto en vigencia no se hace la precisión de que el tema de los apellidos y el orden de los mismos se circunscribe a los hijos matrimoniales.

El artículo 20 original hacía la distinción, pues concordaba con lo dispuesto por el, ahora también modificado, texto original del artículo 21 del propio Código, precepto que establecía que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido, caso en el cual el menor terminaba llamándose como si fuera hermano de su padre o de su madre, según fuere el caso de quien lo reconocía.

Además, con las pruebas sanguíneas existentes anteriormente, no era posible determinar —a ciencia cierta— la paternidad de un niño. No obstante, en tiempos modernos, la prueba de ADN no deja duda alguna al respecto, razón por la cual casi siempre se podrá saber quién es padre del menor, salvo casos de excepción en los que sea imposible ubicar al padre o a algún pariente cercano suyo para hacer las pruebas de ADN o, finalmente, porque en realidad la madre haya mantenido relaciones sexuales con tantas personas en la época de la concepción, que le resulte imposible saber quién es el padre y, menos aún, por dónde empezar a realizar las averiguaciones para ubicarlo.

El artículo 20, en su texto vigente, establece que el menor debe llevar el primer apellido del padre y el primero de la madre. Pero entendemos que en caso el padre no sea conocido, deberá llevar los dos apellidos de la madre, conforme establecía la norma derogada.

Por otra parte, el menor no podrá llevar los apellidos de sus padres, si éstos fuesen desconocidos.

Finalmente, y a pesar de no decirlo de manera expresa, el artículo 20 parte del valor entendido de que primero se coloca el apellido del padre, y luego el de la madre. Se trata de un tema impuesto por las costumbres y que en nada ha perjudicado su funcionamiento. Si la regla fuera la inversa, tampoco habría problema, salvo el de la costumbre (lo que hace innecesario variar la regulación legal). Lo que sí resultaría caótico, es que se deje a potestad de los padres el elegir el orden en que irán sus apellidos en el nombre del menor.

ESTUDIO MEJÍA CASTILLO PÉREZ

Inscripción del nacimiento

Artículo 21.- Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación *(sic)*.

Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento.

Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.

El texto original, de 1984, del artículo 21 del Código Civil, establecía que al hijo extramatrimonial le corresponden los apellidos del progenitor que lo haya reconocido. La norma agregaba que si era reconocido por ambos, llevaría el primer apellido de los dos. Terminaba el precepto señalando que regía la misma regla en caso de filiación por declaración judicial.

El artículo 21 en actual vigencia se coloca en el supuesto en el cual se trate de un hijo extramatrimonial y el mismo sólo sea inscrito en el Registro Civil (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec), por uno de sus progenitores. En este caso, la reforma legislativa operada por el artículo 1 de la Ley n.° 28720, publicada el 25 de abril de 2006, permite que ese progenitor inscriba al menor con su apellido y el del otro progenitor, revelando ante el Reniec el nombre de ese otro progenitor.

Es obvio que ese hecho no hace nacer un vínculo de filiación, habida cuenta de que el progenitor que lo inscribe podría haber mentido o podría haberse equivocado en torno a quién es el padre del menor. Decimos «el padre», porque, sin duda, se trata del supuesto más frecuente en la vida real.

En este caso, el menor llevará el primer apellido del padre y el primero de la madre, como establece, para todos los casos en general, el artículo 20 del Código Civil, antes comentado.

En tales supuestos, el segundo párrafo del artículo 21 del Código, establece que luego de la inscripción, dentro de los treinta días, el registrador, bajo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

responsabilidad, pondrá tal hecho en conocimiento del presunto progenitor, de conformidad con el reglamento.

Se trata, sin duda de una puesta en conocimiento de carácter imprescindible, a efectos de que el señalado como progenitor del menor y quien no lo ha inscrito, tenga la posibilidad de contradecir judicialmente esa paternidad. Se entiende que si no es el padre, estará muy interesado en que se aclaren las cosas lo más rápido posible, para que ese menor no lleve su apellido.

Pero en caso ese supuesto progenitor no inicie acción judicial alguna en ese sentido, luego de tomar conocimiento de la inscripción del menor con su apellido, tampoco es que exista un plazo a efectos de que, una vez transcurrido el mismo, se convierta jurídicamente en su progenitor.

En estos supuestos, en la práctica, será la madre del menor la interesada en que se inicie un proceso de reconocimiento de paternidad, en el cual ella emplazará al padre del menor para que judicialmente se le declare como tal.

El artículo 21 del Código Civil finaliza su contenido con el tercer párrafo, en donde se señala que cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos. Lo que ocurre es que hay ocasiones en las cuales la madre de un niño nacido fuera de un matrimonio, preferirá guardar silencio con respecto a la identidad del menor. Ello, a efectos de no generar algún escándalo, como podría ser el caso de que el padre de la criatura sea un hombre casado con otra mujer o alguien que, por su oficio, no debiera ser el padre, como sería el caso de un sacerdote, etc.

La idea es que en tales casos, sea cual fuere la motivación, la madre del niño prefiera guardar silencio al respecto. En estos supuestos, el menor será inscrito con los apellidos de su madre.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nombre del adoptado

Artículo 22.- El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes.

El hijo de uno de los cónyuges o concubinos puede ser adoptado por el otro. En tal caso, lleva como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso.

El texto original, de 1984, del artículo 22, sólo comprendía el primer párrafo de la norma.

El segundo párrafo fue agregado por el artículo único de la Ley n.° 30084, publicada el 22 de septiembre de 2013.

El artículo 377 del propio Código, establece que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

No hay duda de que a través de la adopción se brinda amparo a una persona que no lo tiene, especialmente cuando se trata de niños en estado de abandono o de aquellos que se encuentren en una situación de precariedad económica.

Si bien la adopción no se circunscribe a estos casos (pues cabe también con respecto a personas mayores de edad), fundamentalmente tiene lugar con relación a niños de corta edad.

Como la adopción implica una ruptura jurídica con respecto a la familia consanguínea del adoptado, entonces, si una persona es adoptada por una pareja (hombre y mujer), tendrá, luego de la adopción, que llevar el primer apellido del padre adoptivo y, luego, el primer apellido de la madre adoptiva.

Si la persona fuese adoptada únicamente por una persona y no por dos, entonces se aplicará lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 22, en el sentido de que llevará los apellidos del adoptante.

Si fuesen dos los adoptantes, llevará el primer apellido de cada uno (argumento del primer párrafo, *in fine*, del artículo 22).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este artículo 22 también prevé el caso en el cual el hijo de uno de los cónyuges o concubinos sea adoptado por el otro.

Aquí, el adoptado seguirá manteniendo el apellido de su padre o madre (quien, obviamente, no lo adopta porque ya es su hijo) y cambiará el apellido restante por el de la pareja (cónyuge o miembro de una unión de hecho) de su progenitor, quien sí lo está adoptando. En otras palabras, esa persona perderá el apellido de la expareja de su padre o madre y ese apellido será reemplazado por el de la actual pareja de aquel o de aquella, que lo está adoptando.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

NOMBRE DEL RECIÉN NACIDO DE PADRES DESCONOCIDOS

Artículo 23.- El recién nacido cuyos progenitores son desconocidos debe ser inscrito con el nombre adecuado que le asigne el registrador del estado civil.

Dentro de los casos bajo estudio, el más penoso es el regulado en el artículo 23, pues estamos frente a un recién nacido (aunque no necesariamente lo será, en el más estricto sentido literal de la expresión).

No se conoce, además, quiénes son sus padres, razón por la cual, al momento en que deba ser registrado ante el Reniec, no se le podrá asignar sus apellidos verdaderos.

En estos casos, corresponderá al registrador la delicada tarea de asignar a ese menor su nombre completo, vale decir, con su prenombre o prenombres y con sus dos apellidos. En otras palabras, el registrador deberá asignarle el nombre completo que estime pertinente. En ese sentido, deberá cuidar de no ponerle, por ejemplo, el nombre de un personaje conocido en el mundo, o en la localidad de donde se trate, a efectos de que el menor no tenga problemas de maltrato dentro y fuera del colegio, o colocarle algún nombre extraño o llamativo, etc.

En tal sentido, para expresarlo en pocas palabras, creemos que ese registrador deberá ser lo más conservador y lo más cauto que resulte posible en la asignación del nombre a ese menor en la orfandad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DERECHO DE LA MUJER A LLEVAR EL APELLIDO DEL MARIDO

Artículo 24.- La mujer tiene derecho a llevar el apellido del marido agregado al suyo y a conservarlo mientras no contraiga nuevo matrimonio. Cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio.

Tratándose de separación de cuerpos, la mujer conserva su derecho a llevar el apellido del marido. En caso de controversia resuelve el juez.

Constituye costumbre de antigua data el que la mujer utilice el apellido del marido.

Se entiende, a pesar de no ser claro el artículo 24 (pues se refiere al apellido del marido «agregado al suyo»), que la mujer tiene el derecho de adicionar el apellido del marido a sus propios apellidos.

Si la mujer se llama Carla Pérez González, y se casa con una persona de apellido Ramírez, entonces, ella podrá elegir llamarse Carla Pérez González de Ramírez o, si lo prefiere más abreviado, también podría decidir llamarse Carla Pérez de Ramírez, suprimiendo, así el uso de su segundo apellido. En la vida real se aprecia ejemplos de ambos supuestos. En tanto ella no contraiga nuevo matrimonio, podrá considerar el uso del apellido de su exmarido. Se entiende que la ley se refiere a los casos en que la mujer quede viuda.

La norma (artículo 24, primer párrafo), establece que cesa tal derecho en caso de divorcio o nulidad de matrimonio. Esto es lógico, pues en caso de divorcio, cesa el vínculo matrimonial y, por tanto, resultaría contrario a la lógica y al Derecho, que esa persona continúe utilizando el apellido de su anterior esposo.

No obstante, resulta sugestivo el caso en que la exesposa haya cobrado notoriedad social o en determinada actividad profesional o comercial, empleando el apellido de su exmarido, y que ella no haya sido la culpable del divorcio o la pareja se haya separado de manera convencional (por mutuo disenso).

En estos casos podría pensarse en la pertinencia y justicia de que pueda seguir empleando el apellido de su anterior marido, si ese fuese su deseo, naturalmente.

En el segundo caso (el de nulidad), también es correcta la solución legal, en la medida de que si el matrimonio fue declarado nulo, entonces eso significaría que jurídicamente nunca existió.

ESTUDIO PAÚL CASTILLO FREYRE

El artículo 24 señala que en caso de separación de cuerpos, la mujer conserva el derecho a llevar el apellido del marido.

Esto es así, en la medida de que la separación de cuerpos, si bien en muchos casos es la antesala del divorcio, habrá otros en que la pareja no llegue a divorciarse y se reconcilie.

Al menos, en estricto sentido jurídico, aquellos que están «separados de cuerpos» no han disuelto su vínculo matrimonial.

El artículo 24 del Código Civil establece que cuando ocurra alguna controversia por el uso del apellido del marido (entendemos que se refiere a aquella pareja que tiene separación de cuerpos, por hallarse esta disposición ubicada en este extremo de la norma), resuelve el juez. Entendemos que tal controversia podría ocurrir si es que la mujer, todavía casada y empleando el apellido del marido, inicie una nueva relación sentimental o lleve una vida licenciosa.

No obstante, resulta evidente que en caso de cualquier controversia referida al ámbito de regulación de todo el artículo 24, ella deberá ser resuelta en los tribunales de justicia. Esto es natural.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Prueba del nombre

Artículo 25.- La prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil.

El artículo 25 establece que la prueba referente al nombre resulta de su respectiva inscripción en los registros de estado civil (hoy, Reniec).

Esta norma es de meridiana claridad.

La prueba por excelencia del nombre estará representada por aquello que conste en el Reniec. No habrá forma de contradecir aquello que ahí figure registrado.

Dentro de tal orden de ideas, si existiere algún error en la inscripción o registro del nombre de la persona, el afectado deberá iniciar un proceso judicial o notarial de rectificación de nombre y, así, arreglar aquella situación que le incomoda o perjudica.

Como el acto de inscripción se realiza en un documento tipo formato y luego se registra electrónicamente, tampoco será posible acreditar algo en torno a otros títulos archivados, pues el único que existe es el firmado por el padre, la madre o ambos, en caso los dos hubieren ido a registrarlo al nacer.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Defensa del derecho al nombre

Artículo 26.- Toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre.

Cuando se vulnere este derecho puede pedirse la cesación del hecho violatorio y la indemnización que corresponda.

Al analizar el artículo 19 del Código Civil, dijimos que el nombre no sólo es un derecho, sino que constituye un deber el usarlo.

El artículo 26 establece que toda persona tiene derecho a exigir que se le designe por su nombre. Ello significa que los terceros deben llamarlo siempre por su nombre y no por otro.

Es verdad que muchas veces designamos a las personas por sus diminutivos o incluso por apodos. Esta política será aceptada por el Derecho, en tanto y en cuanto la acepte el propio sujeto a quien se le llame de esta manera.

Si no fuese el caso, y el sujeto rechazara estas denominaciones, podrá exigir que esos terceros lo llamen por su nombre.

El segundo párrafo del artículo 26, que venimos comentando, señala que cuando se vulnere el derecho al nombre, puede pedirse el cese del acto violatorio y la indemnización que corresponda.

En realidad, no hubiese sido necesario señalar aquello que indica el artículo 26 en torno al cese del acto violatorio, en la medida de que la parte interesada, por aplicación de las normas generales, siempre podría recurrir a solicitar las medidas cautelares que estime convenientes.

Lo propio podemos decir del tema indemnizatorio.

En síntesis, no resulta necesario que cada artículo del Código Civil señale esto ante la violación o vulneración de un derecho.

Lo regulado por el artículo 26, en términos generales, es muy importante, pues nos recuerda que el nombre es un derecho y que todos podemos exigir que se nos llame por nuestro propio nombre y no por algún otro que no cuente con nuestra aceptación. Si este fuera el caso, el afectado tendrá todo el derecho a exigir el cese de esos actos violatorios. Esto, que antes era ya un problema

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

para el afectado, en tiempos modernos constituye un tema mucho más grave, habida cuenta de que tales violaciones al derecho al nombre se realizan, en la mayoría de casos, a través de las redes sociales.

Por nuestra parte, entendemos que este derecho comprende a todas las personas, incluso a aquellas que tienen notoriedad pública, en tanto no acepten que se les denomine de otra manera. Es evidente, también, que la prensa, en general, debe respetar este derecho y no actuar como ciertos medios solían proceder en el Perú en la década de 1990.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Convenios sobre el nombre

Artículo 27.- Es nulo el convenio relativo al nombre de una persona natural, salvo para fines publicitarios, de interés social y los que establece la ley.

Los convenios sobre el nombre podrán ser nulos o válidos, dependiendo de qué es aquello que se pacta.

Veamos:

a) Convenios nulos

Serán nulos todos aquellos convenios a través de los cuales se ceda el nombre en favor de un tercero o aquellos por los cuales el titular del nombre renuncie a su uso futuro.

Es evidente que cualquiera de estos pactos o convenios similares, sean celebrados a título gratuito o a título oneroso, deberían ser declarados nulos, en tanto estarían afectando el contenido mismo de un derecho humano irrenunciable.

b) Convenios válidos

Pero no se piense que cualquier pacto sobre el nombre estaría viciado de nulidad. Como sabemos, ello no es así. El propio Código Civil de 1984, en el artículo 27 bajo comentario, establece algunos supuestos en que tales contratos revestirían validez.

b.1) Convenios con fines publicitarios

Estos contratos son muy frecuentes, sobre todo en relación a personajes que revistan notoriedad, como es el caso de deportistas, que son contratados por famosos productores de bienes o servicios y ellos se obligan a ceder el derecho de uso de su imagen y de su nombre, para dar respaldo al bien o servicio que se desea promover.

Estos contratos son muy sofisticados, mientras más importancia o notoriedad tiene la persona a quien se contrata. También es el caso de modelos cuya belleza será utilizada para campañas publicitarias de productos del ramo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En todos estos contratos siempre se conviene un plazo determinado o determinable para el uso de la imagen y el nombre de la persona. Es evidente que toda violación al plazo podrá ser objeto de un reclamo indemnizatorio por lucro cesante, fundamentalmente.

b.2) Convenios con fines de interés social

Entendemos que el legislador de 1984 ha distinguido este rubro del relativo a fines publicitarios, pero ellos no tienen por qué resultar incompatibles. En verdad, no tendría mucho sentido el ceder el uso del nombre si esa cesión no tuviere fines publicitarios, por más que la actividad para la que se va a utilizar sea una que tenga fines benéficos.

No vemos diferencia alguna en el supuesto en que Lionel Messi cede el uso de su imagen y de su nombre a la Pepsi Cola, obviamente con fines comerciales y a título oneroso, con el caso en el cual el mismo jugador de fútbol cediera el uso de su imagen y de su nombre a la Organización de las Naciones Unidas (a título oneroso o a título gratuito), a efectos de realizar una campaña publicitaria contra el consumo de drogas por parte de niños y adolescentes.

Las campañas publicitarias, en ambos casos, emplearán la imagen y el nombre del famoso jugador argentino. Y si los actos son celebrados a título gratuito u oneroso, poco interesará.

No obstante, la distinción que hace el Código de 1984 en su artículo 29 resulta ilustrativa o con fines didácticos.

b.3) Convenios con los fines que establece la ley

Este es el tercer supuesto de convenios sobre el uso del nombre que establece el artículo 27 del Código Civil. Si bien el Código de 1984 no entra en detalle al respecto, entendemos que se refiere a las bases de datos que posee el Estado y sus dependencias, que hoy están centralizadas en el Reniec.

Pero el empleo del nombre de una persona, sólo podría darse con fines de naturaleza estadística, de investigaciones o cualquier otra labor de las dependencias estatales, que garantice el absoluto respeto de la persona y privacidad del nombre de la persona. Ello, a menos que se trate de supuestos de excepción, los mismos que tengan como finalidad el resguardo del derecho de la sociedad en su conjunto.

Recomendamos al lector, como referencia, acceder al contenido de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley n.° 29733, publicada el 3 de julio de 2011.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

USURPACIÓN DE NOMBRE

Artículo 28.- Nadie puede usar nombre que no le corresponde. El que es perjudicado por la usurpación de su nombre tiene acción para hacerla cesar y obtener la indemnización que corresponda.

Está prohibida la usurpación de nombre. El artículo 28, bajo comentario, así lo señala de manera expresa, cuando indica que nadie puede usar un nombre que no le corresponde. No obstante, aquí estamos en presencia no de una sino de dos figuras distintas; a saber:

a) El uso del nombre de otro

En este caso, nos encontraríamos frente a un típico supuesto de usurpación de nombre. Nótese que la usurpación parte de la idea de que el titular del nombre usurpado, desconozca que un tercero está cometiendo esa ilicitud.

Pero perfectamente podría darse el caso en el cual el tercero sí hubiese dado su asentimiento. Este supuesto también está prohibido y poco importará al Derecho, el que se cuente con el asentimiento del titular del nombre.

El Derecho no tolera este tipo de actos, cualquiera fuese la finalidad de la cesión del derecho o si ésta no existiese.

Al Derecho le interesa que cada uno emplee su propio nombre en exclusiva.

Los actos de contravención de este precepto serán actos ilícitos y, sin duda, algunos de ellos, incluso, entrarán en la ilicitud penal.

b) El uso de un nombre ficticio

Este sería el caso en el cual la persona no emplee su propio nombre, sino se invente uno que, en la realidad de los hechos, no pertenezca a nadie.

En estos casos, si bien no habrá un titular perjudicado por el uso de su nombre, sí podría haber terceras personas que contraten con alguien que no exista.

Este perjuicio de terceros también se podría producir, claro está, en el supuesto a) de este acápite.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Todos los daños y perjuicios que cause quien emplea el nombre de otro o un nombre ficticio, deberán ser resarcidos al titular del nombre, en su caso; y a las personas que hubiesen contratado con él.

Estas usurpaciones de identidades resultan muy frecuentes luego de que se hurtan tarjetas de crédito o débito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cambio o adición de nombre

Artículo 29.- Nadie puede cambiar su nombre ni hacerle adiciones, salvo por motivos justificados y mediante autorización judicial, debidamente publicada e inscrita.

El cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad.

Complicado tema el del cambio o adición de nombre.

En primer término, debemos recordar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 19 del Código Civil, antes comentado, el nombre incluye los apellidos; de modo tal que cuando hablamos de cambio o adición de nombre, nos estamos refiriendo tanto a los prenombres como a los apellidos.

Es una verdad de Perogrullo el que nadie decide, al nacer, los prenombres o apellidos con los que será identificado. Ello no sólo dependerá de sus padres sino de otras circunstancias, como podría ser el caso en que el recién nacido hubiese sido abandonado al nacer. Pero todos estos temas ya han sido abordados por nosotros en su momento.

Cuáles son, entonces, los supuestos en que alguien buscará el cambio o la adición del nombre. Intentaremos explorar tan compleja materia:

a) Cuando el nombre incluya un error

Este caso es muy frecuente. Por ejemplo, que el error recaiga en el prenombre: Se le inscribió como Pahola, y, evidentemente esta no es la manera correcta de escribir este nombre, sino Paola. En este caso, la titular del nombre mal registrado, tendrá un motivo justificado para querer cambiarlo.

Y mayores motivos existirán cuando el error radique en uno de los apellidos. Será el caso de una persona cuyo padre se apellida Gonzales y fue registrado como González. En este caso, ese error en la escritura del apellido le podría ocasionar a la persona perjudicada, tremendas dificultades, por ejemplo, en temas de carácter sucesorio.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

b) Cuando el nombre sea ridículo u ofensivo

En materia de nombres, hay de todo y, en la mayoría de casos, las personas asumen sus nombres sin problemas. Pero en otras, los nombres representarán una verdadera tortura.

Por ejemplo, imaginemos el caso de una persona cuyos padres le hubiesen colocado por nombre el prenombre y apellido de un asesino muy conocido, como, por ejemplo, Charles Manson. Imaginamos todos los problemas que esa persona debería haber tenido desde sus primeros años con ese nombre.

O, el caso de una persona que lleve un primer apellido muy escaso en el Perú, pero que se vuelva muy conocido, dado que es el mismo primer apellido de un asesino serial. Esa persona tendría más que un motivo legítimo para cambiar su primer apellido, porque el mismo devendría para él en ofensivo, pues la sociedad ahora lo identifica como familiar de ese asesino. En otras palabras, mencionar ese apellido hará recordar inevitablemente, al asesino serial.

Peor aún sería si se tratare de un homónimo de nombres y apellidos. En este caso, el cambio de nombre resultaría imperativo.

c) Cuando el nombre resulte muy común

Imaginemos una persona que sólo tenga como prenombre el prenombre más común en el Perú y que tenga como apellidos el primer y el segundo apellido más comunes en el Perú. Ya podemos imaginar cuántas personas se llamarían exactamente igual que él, y todos los problemas de homonimia que tendría esa persona, incluso con implicancias de naturaleza penal.

En este caso, el cambio de nombre sería la mejor solución.

Le sería beneficioso, por ejemplo, colocarse más de un prenombre que no sean muy comunes; y, si también lo quisiera, proceder a cambiarse uno o sus dos apellidos.

d) Cuando se quiera afirmar un parentesco

Cuando estudiaba Derecho y practicaba en un Estudio de abogados, uno de los abogados me sugería, de manera recurrente, el cambiar mis prenombres por Juan Lino, a efectos de que el medio jurídico pudiese identificarme como descendiente de Juan Lino Castillo Vargas, pionero del Derecho Tributario en el Perú.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No lo hice, pero siempre recuerdo la anécdota, debido a que en este caso hubiera habido un motivo justificado para proceder de esta manera.

Nótese cómo estos cambios o adiciones de nombre deben tener justificación.

Ello implica que el solicitante señale cuál es la razón y ésta tenga un fundamento justificado. Por ejemplo, no procedería si alguien que se llama Enrique solicitara llamarse Pedro, sólo porque este último nombre le gusta más. Ello, sin el sustento adecuado, no debería proceder.

Algo que debemos mencionar es lo relativo a la solicitud de un cambio de nombre que implique variar hacia un nombre del sexo opuesto.

Existen nombres que son utilizados, en la práctica, tanto por hombres como por mujeres. Por ejemplo, Jesús, José María, etc.

Pero qué pasaría si Carlos desea cambiarse el nombre a Carla o si Luisa desea ahora llamarse Mateo.

En estos casos, entendemos, el juez no debería aceptar el cambio de nombre, a menos que el mismo derive de un proceso en el cual el interesado hubiere solicitado que su documentación adecúe su identidad sexual al sexo real que tenga esa persona. En estos casos, entonces, sí debería permitirse el cambio, pues un hombre no debería tener por nombre el de una mujer, ni viceversa. Pero esto ya implicará palabras mayores.

Debemos recordar que al inicio del tratamiento del tema de los derechos de la persona, hemos abordado la materia, aunque de manera sucinta.

El artículo 29 del Código Civil, bajo comentario, incluye un segundo párrafo que establece que el cambio o adición del nombre alcanza, si fuere el caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad.

Esto significa que la esposa, si así lo desea, podría adicionar el nuevo apellido de su marido a los suyos. Si venía usando el anterior apellido de su marido, lo podría cambiar por el nuevo; ello, a menos que se hubiese hecho conocida por el anterior, caso en el cual, entendemos, como lo hemos señalado, que sería justo y muy lógico que lo siga empleando.

En el caso de los hijos menores de edad, ellos también cambiarán su apellido paterno por el nuevo apellido de su padre. El Código Civil de 1984, en su artículo 29, bajo comentario, no admite consulta a los hijos menores de edad, pero, entendemos que una vez cumplida la mayoría de edad, estas personas podrán solicitar judicialmente el regreso a sus antiguos apellidos, por un tema

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de identidad, que debería comprenderse implícitamente incluido en el segundo párrafo del artículo 29. Nosotros creemos que para que proceda el cambio de apellido de los menores hijos, primero debería consultárseles al respecto y, claro está, tener muy presentes sus opiniones.

Para concluir, diremos que si bien el Código Civil solamente regula los supuestos de cambio o adición de nombre, este tema incluye la supresión de nombre. Sería el caso de alguien que hubiese sido registrado con seis nombres y que ello le generara problemas. Podría, perfectamente solicitar, por ejemplo, la supresión de cuatro de ellos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Efectos del cambio o adición de nombre

Artículo 30.- El cambio o adición del nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene ni constituye prueba de filiación.

Debemos subrayar que, más allá de lo relativo a la nueva identidad de esa persona y de la repercusión que su cambio de nombre pudiese generar respecto del cónyuge mujer y de los hijos de aquel que cambia de apellido paterno, no existen otros efectos legales del cambio de nombre.

En otras palabras, fuera de los beneficios que se puedan obtener con el cambio o adición de nombre, el cambio o adición de nombre no podrá reportar al titular, algún beneficio ilícito del cual quisiera sacar provecho.

En ese sentido, el artículo 30, bajo comentario, subraya dos casos concretos al respecto:

a) El cambio o adición de nombre no altera la condición civil de quien lo obtiene

Esta situación resulta evidente, en la medida de que si ello se permitiera, se trataría de un acto fraudulento. Se podría lograr por vía indirecta (el cambio de nombre) aquello que tal vez no pueda lograrse por vía directa (el divorcio). Además, si ello se permitiera, se podría lograr algo que en materia de estado civil nunca puede lograr una persona casada, y es volver a ser soltera.

El cambio o adición de nombre no tendría efecto alguno sobre el estado civil del interesado. Y la razón de fondo no es otra que, aunque ahora tenga un nombre distinto, se trata de la misma persona.

b) El cambio o adición de nombre no constituye prueba de filiación

Sería el caso de una persona que, en el Perú, decidiera cambiar su nombre al idioma inglés y también sus apellidos por los primeros apellidos de Felipe, Duque de Edimburgo y de la Reina Isabel II de Inglaterra. Así, nuestro amigo, que, supongamos se llama José, pasaría a llamarse Joseph y a apellidarse Mountbatten y Windsor (ex Sase-Coburg y Gotha).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entonces, Joseph, se quiere reclamar como hijo de los reyes de Inglaterra; pero no sólo eso, sino que, además, por haber nacido en 1946, dos años antes que Carlos, el Príncipe de Gales, iniciará las acciones legales para sustituirlo en el uso de ese título y como primero en la línea de sucesión de la Corona británica.

Esto sería absurdo y, si tuviera validez, sería objeto de los más variados intentos de quebrantar la ley y de obtener ilícitos beneficios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IMPUGNACIÓN JUDICIAL POR CAMBIO O ADICIÓN DE NOMBRE

Artículo 31.- La persona perjudicada por un cambio o adición de nombre puede impugnarlo judicialmente.

En el caso de nuestro ejemplo citado en el análisis del artículo 30, precedente, el cambio de nombre que hizo José, podría llegar a perjudicar la imagen de los reyes de Inglaterra, si José viviera en ese país. En tal sentido (y, obviamente, salvando en nuestro ejemplo lo relativo a la legislación aplicable), los citados monarcas y el Príncipe de Gales podrían impugnar judicialmente ese cambio de nombre de José. ¿Y por qué? Pues, muy simple, ya que ese cambio de nombre tuvo fin ilícito. Por ello, el acto de cambio de nombre sería susceptible de que se declare nulo por fin ilícito (argumento del artículo 219, inciso 4 del Código Civil peruano de 1984).

Los supuestos de cambio de nombre con fin ilícito, podrían ser múltiples, como el caso de un médico que se cambió el nombre para pasar a llamarse igual que otro médico muy famoso y, así, aprovecharse de ese nombre para atraer a clientes incautos.

O, incluso, podría haberse colocado sus mismos apellidos y otro prenombre, para hacerse pasar por su hermano y, así sacar provecho ilícito. O, también, podría hacerse pasar por su hijo. Las variantes son múltiples y en todas ellas, el afectado podrá impugnar ese cambio de nombre, además de solicitar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, si fuese el caso.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Seudónimo

Artículo 32.- El seudónimo, cuando adquiere la importancia del nombre, goza de la misma protección jurídica dispensada a éste.

El artículo 32 establece la protección jurídica del seudónimo, cuando éste adquiere la importancia del nombre. Esa protección jurídica es equivalente a la que tiene el nombre.

El seudónimo es el nombre que usa una persona en lugar del suyo verdadero, teniendo frecuencia esta práctica, entre pintores, artistas, escritores, etc.

Las razones que lleven a una persona al empleo de un seudónimo, en vez de su nombre real, pueden ser muchas. Podría obedecer a resguardar sus opiniones o creaciones artísticas en el anonimato o para distinguir esa actividad de aquellas otras que realice empleando su propio nombre.

En tiempos antiguos, el uso de seudónimos era mucho más frecuente que en nuestros tiempos. Entendemos que en la actualidad, con los medios de comunicación existentes y con el uso de las redes sociales, es casi imposible mantener en secreto la identidad real de aquel que se oculta bajo el seudónimo.

No obstante, diversos escritores emplean el seudónimo, por ejemplo, cuando escriben en tono de broma, en tanto que cuando escriben sobre temas serios, lo hacen con su propio nombre.

El uso reiterado y difundido del seudónimo conduce a que quien lo usa, sea también conocido por este otro nombre ficticio o de fantasía. Ese uso le reportará beneficios de diversa índole: social, económica, publicitaria, etc. En ese sentido, reviste plena lógica que la ley (artículo 32 del Código Civil) otorgue al seudónimo idéntica protección que aquella que otorga al nombre.

Ahora bien, resulta evidente que cuando a través del uso del seudónimo, su titular cause daños y perjuicios a terceros (imaginemos que es columnista de un diario y, en sus columnas, ofende a un tercero), es claro que quien responderá por los daños y perjuicios causados, será la persona que lo emplea. No podría haber otra solución, en la medida de que el seudónimo solamente es una ficción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Domicilio

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Domicilio

Concepto

Artículo 33.- El domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar.

El Código Civil peruano de 1984 entiende por domicilio el lugar de residencia habitual de la persona. La Real Academia Española señala que residencia habitual es el lugar donde una persona física está establecida a título principal, aunque no figure en registro alguno y aunque carezca de autorización de residencia.

Asimismo, la Real Academia Española señala que es el lugar donde una persona jurídica o moral tiene su sede principal, administración central o centro de actividad principal.

Es muy importante incidir en que el concepto de domicilio se vincula necesariamente con el lugar de residencia habitual de la persona.

No hay que confundir el domicilio, como lo entiende el Código Civil, con otros domicilios que la legislación contempla, como puede ser la dirección que consignamos en el Documento Nacional de Identidad (DNI), la misma que obedece, muchas veces, a razones de conveniencia o tradición con respecto a la zona o distrito donde uno ejerce su derecho al voto en los procesos electorales.

Tampoco hay que confundirlo con el domicilio tributario, que es aquel que declaramos ante la Sunat, el mismo que puede ser el de nuestros contadores, por citar un ejemplo.

Tampoco hay que confundirlo, en el caso de los abogados, con la casilla electrónica que se registra a efectos de notificaciones judiciales de los procesos en que somos letrados patrocinantes.

Tampoco debe ser confundido con el domicilio procesal, que es aquel que se señala en cualquier proceso, de naturaleza administrativa, judicial o arbitral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tampoco debe ser confundido con el domicilio contractual, que es aquel que uno consigna al momento de celebrar un contrato o acto jurídico en general.

Como puede apreciarse, existe pluralidad de domicilios, o, si se quiere, de direcciones que se pueden consignar a título de domicilio, pero domicilio civil, en estricto, solamente hay uno, que es el recogido en el artículo 33 del Código Civil, es decir, el lugar de residencia habitual de la persona. Ese es el domicilio civil y no otro; de modo tal que si no se hace una especificación al respecto, domicilio es solamente el regulado por el artículo 33 del Código Civil peruano de 1984. Esto para las personas naturales.

Pero nótese que las personas jurídicas también tienen un domicilio, el mismo que debe entenderse, como vemos citando a la Real Academia Española, como el lugar donde ella tiene su sede principal, administración central o centro de actividad principal.

En el caso de las personas naturales, debe señalarse que el domicilio no necesariamente estará dado por el lugar donde duerme o pernocta esa persona. El domicilio podrá ser su lugar de trabajo, pues pasa más horas ahí que en su casa, o en sus casas, en los supuestos de personas que viven en más de un lugar, solos o acompañados. En estos supuestos, el lugar de residencia habitual será la oficina y no alguna de esas casas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Domicilio contractual

Artículo 34.- Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente, salvo pacto distinto.

Antes de comenzar con el tratamiento de este tema, debemos decir que el Código Civil de 1984 tenía un artículo 34 de texto distinto al actual. Así, la norma original del Código señalaba que: «Se puede designar domicilio especial para la ejecución de actos jurídicos. Esta designación sólo implica sometimiento a la jurisdicción correspondiente, salvo pacto distinto».

El artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993, por el texto que hemos consignado al comienzo de este tema.

El cambio fundamental fue haber variado la referencia a «jurisdicción correspondiente» por «competencia territorial correspondiente». Se trató de una corrección válida, de un error muy común (el de confundir jurisdicción con competencia), pero innecesaria, al fin y al cabo.

El domicilio contractual es aquel que se señala para la celebración de un acto jurídico en particular o una serie de ellos. Tiene como único efecto práctico el habilitar ese domicilio para cualquier comunicación que las partes deseen hacer en el futuro, las mismas que tendrán plena validez en tanto no hubiere operado algún cambio de domicilio por parte de alguno de ellos (con las formalidades del artículo 40 del Código Civil) y dejando a salvo lo señalado por el artículo 1239 del propio Código, en torno a la posibilidad de notificar al nuevo domicilio o al anterior, en los supuestos teóricos desarrollados en nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones*, escrito con el doctor Felipe Osterling Parodi, fuente a la cual remitimos al lector. Todo esto, siempre en el marco de la ejecución contractual de buena fe, cuya guía permanente es el artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984.

Debemos resaltar que si bien en la práctica a este domicilio se le denomina como «domicilio contractual», su aplicación trasciende a otros actos jurídicos de distinta naturaleza, como es el caso del matrimonio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Toda comunicación remitida a ese domicilio será considerada válidamente conocida por el destinatario, en aplicación del principio de recepción con presunción de cognición, recogido para toda declaración de voluntad recepticia por los artículos 1373 y 1374 del Código Civil peruano de 1984, con todas las consecuencias sustantivas que ello implica.

De otro lado, la segunda parte del artículo 34 establece que esta designación de domicilio (contractual) sólo implica sometimiento a la competencia territorial correspondiente.

Esto será así, en la medida de que las partes no se hubiesen apartado de la jurisdicción ordinaria, a efectos de la solución de sus futuras eventuales controversias. Pero si hubiesen pactado un convenio arbitral, se estará a lo ahí contemplado.

Finalmente, debemos precisar que sólo la minoría de los contratos que se celebran en una sociedad cuentan con domicilios contractuales establecidos por las partes. Decimos esto, en la medida de que la inmensa mayoría de contratos son de ejecución inmediata e instantánea y comprometen pequeños montos de dinero o bienes, como serían los casos de una carrera de taxi, de la compra de bienes en un quiosco, etc. Todos estos contratos prescinden del señalamiento de domicilios contractuales, en la medida en que ello no es necesario porque la ejecución inmediata e instantánea supone que la relación contractual se comience a ejecutar acto seguido de la celebración del contrato y se termina de ejecutar o de modo instantáneo o en un tiempo muy breve.

Ello significará que las partes dan por satisfechas las prestaciones ejecutadas por la contraria y asumen que no se producirá reclamo alguno o que no habrá reclamo pendiente y que, si lo hubiere, quien compró el bien o adquirió el servicio, o no reclamará, o irá a reclamar al establecimiento donde compró el bien. Por ello, no interesan los domicilios contractuales.

Todo esto, a diferencia de los contratos que involucran volúmenes patrimoniales considerables o que suponen una ejecución diferida o continuada en el tiempo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Persona con varios domicilios

Artículo 35.- A la persona que vive alternativamente o tiene ocupaciones habituales en varios lugares se le considera domiciliada en cualquiera de ellos.

El artículo 35, bajo comentario, es una norma de gran importancia. En buena cuenta, regula dos supuestos distintos, a saber:

a) A la persona que tiene ocupaciones habituales en varios lugares, se le considera domiciliada en cualquiera de ellos

Este puede ser el caso de una persona que, por razones de trabajo, vive en más de una ciudad. Sería el supuesto de un vendedor de maquinaria agrícola que pasa semanas enteras en Ica y semanas enteras en Lima, de donde es originario. Estas estancias prolongadas en una ciudad ajena a su ciudad de origen, harán que se considere que no sólo tiene domicilio en Lima, sino también en Ica.

El problema se presentará cuando no domicilie en Ica en el mismo lugar todas las veces que llega de viaje. Si tuviese un departamento y ahí habitara siempre que va a Ica, pues ese será su otro domicilio, pero si se alojara en varios hoteles, no se podría decir que en Ica tiene un lugar de residencia habitual (argumento del artículo 33 del Código Civil). En ese sentido, entonces, ese vendedor de maquinaria agrícola sólo tendría un lugar de residencia habitual y será su casa en la ciudad de Lima.

Aquí no habrá, entonces, pluralidad de domicilios.

Más complicado sería el caso de las personas que hoy pasan su tiempo viajando de manera permanente. Si radicaran en varios lugares (direcciones), se les consideraría domiciliadas en todos ellos. Pero podría ocurrir el caso en el cual esta persona se aloje siempre en hoteles en todos los destinos a los que llegue. En este caso, podríamos pensar que no llegaría a tener un domicilio físico, en el sentido del artículo 33 del Código Civil peruano de 1984.

Ese sería un problema teórico y práctico y no son pocas las personas que están al filo de llegar a situaciones como ésta.

De ahí que en la actualidad, la dirección más conocida correspondiente a cada uno de nosotros sea la electrónica y no la real o física.

LEDGARD MARIO CASTILLO FREYRE

Temas como el mencionado deberían hacernos reflexionar en torno al concepto de domicilio que tradicionalmente ha manejado el Derecho. Esto, a efectos de ver si la dirección electrónica debería, en tiempos modernos, ser considerada como domicilio, con todos los efectos jurídicos que ello tendría.

Además, no debemos olvidar que la dirección virtual hoy se tiene mucho más presente y es de mucho mayor utilidad que la dirección física. Un correo electrónico de uso permanente, podría ser, en el futuro próximo, considerado como el lugar de residencia habitual de cada persona. Creemos que este es un tema muy importante a considerar.

b) A la persona que vive alternativamente en varios lugares, se le considera domiciliada en cualquiera de ellos

El Código Civil, en este supuesto, no hace vinculación alguna con temas de índole laboral, motivo por el cual hemos circunscrito el acápite anterior a esta materia.

Como sabemos, hay personas que tienen varios domicilios, porque pasan temporadas de verano o invierno en sus casas de playa o de campo, respectivamente.

Pero nótese que esa residencia habitual no será por períodos alternativos (una semana sí, otra no), sino muchas veces por temporadas largas (tres meses, por ejemplo). Si sólo acudiesen a esas casas, por ejemplo, los fines de semana, entonces sí se produciría esa alternatividad. No obstante, a pesar de que esas casas de verano o invierno también serían sus domicilios, quien desee notificar a esa persona con alguna comunicación, deberá actuar con la mayor buena fe (artículo 1362), considerando estas circunstancias. Esto significa que no será posible, por ejemplo, enviar una carta notarial a la casa de Chaclacayo, en febrero, y considerar que a pesar de que no había nadie en esa casa, el destinatario habría sido bien notificado.

Si bien esa persona tendría tres domicilios, la alternatividad de los mismos, como puede apreciarse, sería bastante relativa.

La alternatividad también podría producirse en los casos en que una persona haya constituido varias familias en paralelo, y algunos días pernocte con una de ellas y otros días lo haga con otra. Casos de este tipo son más frecuentes de lo que uno imagina. Pensemos, por ejemplo, en personas que proceden de esta forma y que sus familias se hallan en ciudades diferentes, lo que es posible de mantener en función a la naturaleza de sus trabajos u ocupaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Domicilio conyugal

Artículo 36.- El domicilio conyugal es aquel en el cual los cónyuges viven de consuno o, en su defecto, el último que compartieron.

El artículo 36 aborda el domicilio conyugal.

En realidad son dos los temas tratados por la citada norma.

El primero de ellos, es el relativo al actual domicilio conyugal, que no es otro que el lugar de residencia habitual de esa pareja.

El segundo es el referido a cuando los cónyuges ya no viven juntos. En este caso, el artículo 36 del Código Civil recurre a una ficción, la de considerar que el domicilio será el último que compartieron. Decimos que se trata de una ficción, en la medida de que en la actualidad ya no viven juntos y lo que habría que decir, en verdad, es que esos cónyuges carecen, precisamente, de un domicilio conyugal. Pero la ley quiere mantener vigente el concepto de domicilio conyugal, a pesar de que la pareja ya no viva en el mismo lugar.

Pensamos que la fórmula del Código Civil es peligrosa, en la medida de que lo más probable es que en la actualidad ninguna persona vinculada a los cónyuges viva en ese antiguo domicilio y, en verdad, esa comunicación nunca sea conocida por ellos. Entonces no habrá razón práctica para seguir manteniendo esta ficción.

Creemos que si la pareja (los cónyuges) ya no viven juntos, lo más lógico sería decir que sus domicilios actuales son dos: aquel donde vive el marido y aquel donde vive la mujer. Así, toda comunicación que se les remita, llegaría a conocimiento de ellos. La fórmula actual del Código Civil los condena a no recibir tales comunicaciones, como si fuera una sanción de la sociedad por haberse separado. Eso es absurdo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Domicilio del incapaz

Artículo 37.- Los incapaces tienen por domicilio el de sus representantes legales.

Cuando entró en vigencia el Código Civil, en 1984, el régimen de la incapacidad era muy claro y el mismo establecía que los incapaces relativos o absolutos debían tener un representante legal. Para los menores de edad, sus padres o, en su defecto, sus tutores; para los incapaces mayores de edad, sus curadores. Ellos eran los representantes de los incapaces.

Esta situación, no obstante, como sabemos, fue modificada radicalmente por el Decreto Legislativo n.° 1384, al cual ya hemos hecho referencia, el mismo que fuera publicado el 4 de septiembre de 2018. Esta norma varió el régimen de la capacidad e incapacidad de las personas con discapacidad.

Así, hoy en día sólo tendrán representantes legales los incapaces absolutos, cuyo único caso subsistente es el de los menores de dieciséis años (artículo 43, inciso 1) y las personas con capacidad de ejercicio restringida contenidas en los numerales 1 a 8 del artículo 44[4], quienes ejercerán los

4 **Artículo 44**.- Tienen capacidad de ejercicio restringida:
1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2.- *Los retardados mentales.*
Numeral derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.
3.- *Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.*
Numeral derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.
4.- Los pródigos.
5.- Los que incurren en mala gestión.
6.- Los ebrios habituales.
7.- Los toxicómanos.
8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.
9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.
Numeral incorporado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.
De conformidad con la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, las personas señaladas en los numerales 6 y 7 del presente artículo que cuentan con certificado de discapacidad pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

derechos de estas personas, según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.

No obstante, preferimos remitir al lector a nuestros comentarios sobre estos artículos.

Tiene sentido lo dispuesto en el artículo 37, porque el domicilio del representante del incapaz es el de la persona que está ejerciendo los derechos de este último. Así, el hecho de que el domicilio del representante legal sea considerado como el domicilio del incapaz, resulta no sólo natural, sino eficiente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Domicilio de funcionarios públicos

Artículo 38.- Los funcionarios públicos están domiciliados en el lugar donde ejercen sus funciones, sin perjuicio, en su caso, de lo dispuesto en el artículo 33.

El domicilio de las personas que residen temporalmente en el extranjero, en ejercicio de funciones del Estado o por otras causas, es el último que hayan tenido en el territorio nacional.

Este artículo versa sobre el domicilio de los funcionarios públicos.

Podríamos hablar del supuesto de un funcionario público que haya sido trasladado dentro del Perú. En este caso, si ese funcionario radicara y trabajara en otra localidad distinta de aquella donde antes residía, es claro que habrá cambiado de domicilio. Sobre esto habría que aplicar las normas generales sobre domicilio.

Lo señalado, naturalmente, salvo que ese funcionario trabaje y viva en una localidad, pero suela ir a aquella otra donde antes vivía, por ejemplo.

Imaginemos el caso de un registrador público de la Zona Registral n.° XI, de Ica. Ese funcionario, como tal, estará domiciliado en Ica, pero en el plano personal podría tener dos domicilios, en la medida de que viaje todos los fines de semana a la ciudad de Lima (ciudad donde domiciliaba antes de ejercer el cargo público) para estar con su familia, que sigue radicando en esta última ciudad.

El funcionario público que se encuentra destacado o fuera de su ciudad de origen o en el extranjero, si bien está acatando órdenes superiores, se halla de acuerdo con el traslado. De lo contrario, podría pedir su baja en la dependencia pública donde trabaje, lo que incluye al servicio diplomático, las fuerzas armadas y la policía.

No obstante, si ese funcionario reside temporalmente en el extranjero, y, como ocurre a menudo, incluso con toda su familia, no tiene sentido considerarlo domiciliado en el último domicilio que tenía en el Perú. Sería el caso de un funcionario diplomático destacado a una embajada o consulado del Perú en Europa, por cuatro años.

ERICK MARCA CASTILLO PEYRE

Tal situación haría que, por ejemplo, toda comunicación notarial o judicial que se le remita a su antiguo domicilio (lugar donde ya no vive y hasta donde es muy probable que no habite algún conocido suyo), surtirá efectos jurídicos, lo que equivale a decir que incluso podría entablarse contra él (y hasta que concluya, con el paso de los años) un proceso judicial en su contra y que ello ocurra con pleno desconocimiento del caso por parte de ese funcionario público.

Creemos, entonces, que la calificación del domicilio que realiza el artículo 38 del Código Civil para los funcionarios públicos que ejerzan funciones de Estado en el extranjero o que estén allí por otras causas, se debería circunscribir únicamente a aquellos que estén por lapsos muy breves en el extranjero, como podría ser en una misión que negocie un tratado de libre comercio con otro país, donde vaya por unos quince días. O, en una interpretación distinta, que esta norma se debería o podría aplicar únicamente al domicilio como funcionario público, para comunicaciones oficiales y no ampliar sus alcances al concepto de domicilio civil.

Por lo demás, la difusión masiva de las comunicaciones por Internet hace que disposiciones como éstas vengan teniendo cada vez una menor importancia.

Antes de concluir con nuestros comentarios sobre el artículo 38, debemos subrayar que el precepto sólo aborda estos casos para los funcionarios públicos, pero no para cualquier persona.

Si se tratase de una persona común y corriente y ésta se hubiere ido a trabajar y a residir en el extranjero y ella no fuese funcionario público, entonces la citada persona se entenderá que tiene domicilio en el extranjero, no siendo aplicable a su caso ficción alguna.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Cambio de domicilio

Artículo 39.- El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.

El artículo 39 señala que el cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar.

Nótese cómo el cambio de domicilio no implica el simple traslado a otro lugar, sino el traslado de la residencia habitual a ese otro lugar.

Por lo general, ocurrirá que la persona que se ha mudado, se quedará a vivir en ese nuevo lugar por un lapso apreciable, no obstante, podría ocurrir que sólo sea por un corto tiempo. Aquí lo importante es el ánimo o vocación de habitualidad, por más de que las circunstancias hagan —posteriormente— que la estadía en ese otro domicilio sea más o menos breve.

Sin duda, habrá casos en donde una efímera estancia de la persona lleve a dudar sobre si en realidad constituyó o no un nuevo domicilio, pero no podemos establecer más reglas al respecto, habida cuenta de que la casuística es infinita.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Oposición del cambio de domicilio

Artículo 40.- El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar.

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

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

El texto original de 1984, del artículo 40 del Código Civil era muy escueto. Sólo decía que: «El cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable».

La modificación de la norma se produjo en virtud del artículo 1 de la Ley n.° 27723, publicada el 14 de mayo de 2002.

El artículo 40 se refiere a los efectos del cambio de domicilio en Derecho de Obligaciones.[5] El tema, por tanto, reviste enorme importancia.

En materia de lugar de pago, la regla general está constituida por el artículo 1238 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

> **Artículo 1238**.- El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.
>
> Designados varios lugares para el pago, el acreedor puede elegir cualquiera de ellos. Esta regla se aplica respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

Entonces, la regla es que el acreedor vaya a cobrar al domicilio del deudor, a menos que se pacte en contrario, que la ley establezca algo distinto o que

5 Remitimos al lector a Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, 2ª edición, volumen III, pp. 1001 a 1015.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se deduzca algo diferente de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

De ahí que el acreedor tenga que conocer cuál es el domicilio del deudor.

Por lo general, ese domicilio estará señalado en el contrato, por lo que hablaríamos del domicilio contractual.

Pero es evidente que el deudor podría cambiar de domicilio mientras esté vigente la relación contractual. Para ello está el artículo 40 del Código Civil.

Esta norma establece formalidades para la comunicación del cambio de domicilio.

Veamos.

a) En primer lugar, ese cambio de domicilio debe ponerse en conocimiento del acreedor mediante comunicación indubitable

Podríamos referirnos desde una comunicación electrónica, si fuese una vía o medio de comunicación que esté habilitado en la relación contractual, hasta una carta notarial.

Lo que se quiere es que no exista duda alguna de que se efectuó tal comunicación y de su contenido.

b) El cambio de domicilio debe efectuarse dentro de los treinta días de ocurrido el hecho

Vale decir, dentro de los treinta días de haberse producido la mudanza al nuevo domicilio.

Pero adviértase que esto no siempre será así. El plazo referido regirá en tanto y en cuanto la prestación a cumplir por el deudor que se muda de domicilio, no deba ejecutarse antes de que venza ese plazo de treinta días, pues si así fuese (imaginemos que el deudor deba cumplir su prestación al día siguiente de producida la mudanza), entonces el deudor sólo tendría el plazo que medie entre la mudanza y el momento en que deba cumplir la prestación, como todo plazo para comunicar la variación de su domicilio. En el caso de nuestro ejemplo, tendría sólo unas pocas horas para comunicarlo.

No se puede interpretar el plazo de treinta días señalado en el artículo 40 como un plazo que permite violar los derechos del acreedor. Este último no podrá encontrarse ni un segundo sin conocer el nuevo domicilio

FONDO MARIO CASTILLO FREYRE

del deudor, desde que la prestación ya hubiere devenido en exigible. Es evidente, entonces, que el cambio de domicilio tiene que ser comunicado con anterioridad.

Así las cosas, el plazo de treinta días contenido en el artículo 40 del Código Civil, deberá ser entendido como un plazo máximo y no como un plazo estándar.

Si la prestación debe cumplirse tres meses después de producida la mudanza del deudor, entonces ahí este último sí gozaría del plazo de treinta días para comunicar al acreedor su cambio de domicilio.

El acreedor, como debe cobrar en el domicilio del deudor, no deberá encontrarse sin conocer el nuevo domicilio de éste ni un instante, cuando ya pueda cobrar.

Pero adviértase que esta comunicación indubitable contemplada en el artículo 40 del Código Civil, no sólo rige para los casos en que el pago deba realizarse en el domicilio del deudor, sino para todos los supuestos.

Pero debemos recordar que las reglas generales en lo que respecta al lugar de pago, son los artículos 1238 y 1239 del Código Civil. El texto del artículo 1239 es el siguiente:

> **Artículo 1239**.- Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.
>
> Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

Queremos reparar en lo señalado por el artículo 1239, cuando establece que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo.

Uno se podría preguntar cuál sería la lógica de esta norma si se comunicó el cambio de domicilio, aplicando estrictamente lo dispuesto por el artículo 40 del propio Código.

Pues, la razón de ser de esta norma es la de no permitir al deudor imponer al acreedor ir a cobrar a algún lugar que implique al acreedor el realizar un mayor esfuerzo para tal efecto. Es como si el deudor, cuyo domicilio contractual estaba señalado en el distrito de La Victoria, en la ciudad de Lima, comunique al acreedor que su nuevo domicilio se encuentra en la ciudad de Beijing, en la República Popular China.

ASTOLFO MARIO CASTILLO FREYRE

¿Acaso el acreedor tendría, por aplicación de la regla del artículo 1238, que ir a cobrar a China? La respuesta negativa se impone. El Código peruano le faculta a realizar actos de cobro en el domicilio contractual del deudor, aunque ya no domicilie ahí. Toda comunicación intimatoria será válida en el domicilio anterior.

Lo que se busca con el artículo 1239, es evitar el abuso del deudor contra el acreedor, o viceversa, si fuese el caso que el lugar de pago fuera el domicilio del acreedor.

Por otra parte, debemos recordar que el artículo 1238 del Código Civil establece en su segundo párrafo, la posibilidad de que se hubiere designado varios lugares para el pago, caso en el cual el acreedor podrá elegir cualquiera de ellos; aplicándose esta regla respecto al deudor, cuando el pago deba efectuarse en el domicilio del acreedor.

El artículo 1239, por último, en su segundo párrafo, establece que si el acreedor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el deudor puede pagar en el primer domicilio o en el nuevo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Personas sin residencia habitual

Artículo 41.- A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.

El artículo 41 del Código Civil se refiere al domicilio de las personas que carecen de residencia habitual y establece como solución el que se les considera domiciliadas en el lugar donde se encuentren.

Cuando se elaboró el Código Civil de 1984, seguramente el legislador pensó en aquellas personas que podrían denominarse vagabundos, es decir, aquellas personas que no tenían lugar de residencia alguno, pues dormían en las calles, debajo de los puentes, en las plazas, etc. Y esos ejemplos, lamentablemente, existen treinta y siete años después.

Pero, como ya lo hemos mencionado, el concepto del artículo 41 del Código Civil, también resultaría aplicable a aquellos ejecutivos o empresarios que se pasan la vida en los aviones y en los hoteles haciendo negocios. Estas personas, que podrían constituir, en el plano económico, la otra cara de la moneda, también calzan dentro del artículo 41, bajo comentario.

Pero el considerar que una persona tiene su domicilio en el lugar en el que se encuentre, es tan vago e impreciso que no calzaría para efectos de alguna comunicación formal que se le quisiera hacer. Además, justamente esa movilidad tan rápida, prácticamente haría imposible ubicarla en algún lugar en el que esté y del cual todavía no se haya ido.

De ahí que sería bueno considerar que para casos como éstos —y, en verdad, no sólo para casos como éstos— rija el domicilio electrónico, entendido como la dirección de correo (*email*) privada que más use esta persona.

Si el domicilio —como concepto— evolucionara en este sentido, mucho ganarían el mundo, las comunicaciones oficiales y la seguridad jurídica.

Sin duda, falta mucha tela por cortar.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

TÍTULO V
CAPACIDAD E INCAPACIDAD DE EJERCICIO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título V

Capacidad e incapacidad de ejercicio

Capacidad de ejercicio

Artículo 42.- Toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio. Esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Excepcionalmente tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerciten la paternidad.

El tema de la capacidad no sólo deriva de la ley. En lo fundamental, deriva de la naturaleza.

Por ejemplo, un ser humano que, por desgracia sea mayor de edad y no pueda expresar —de manera alguna su voluntad— obviamente es una persona realmente incapaz.

Ahora bien, una ley podrá convertirla en una persona capaz, pues las leyes están llenas de ficciones, fundamentalmente en el Derecho Civil.

Lo inverso también puede ocurrir. Veamos el caso del ebrio habitual. Conozco a varios ebrios habituales que son personas plenamente capaces. Más capaces que muchos que no lo son. Buenos hombres de negocios, buenos profesionales, buenos padres de familia, etc. Pero también son muy buenos tomando alcohol. Si esas familias desearan inhabilitar a las personas en cuestión, lo podrían hacer y, de este modo, serían declaradas personas con capacidad de ejercicio restringida (antes, incapaces relativos), por el artículo 44, inciso 6 del Código Civil.

Nótese cómo, por ficción de la ley, se le puede restar plena capacidad a personas que en la vida real tienen infinitas aptitudes y un solo defecto.

EDUARDO MARIO CASTILLO REYRE

La ley (el Derecho positivo) puede hacer muchas cosas; la ley puede decir que lo blanco es negro y que lo negro es blanco. Puede hacerlo. Puede, en buena cuenta, torcer la realidad.

El régimen con respecto a la capacidad que tenía el Código, en su texto original de 1984, partía del valor entendido de que todas las personas mayores de edad tenían plena capacidad de ejercicio.

En otras palabras, hablando estrictamente en el terreno jurídico, nadie mayor de dieciocho años era considerado incapaz. Pues para que lo fuera, era necesario declararlo judicialmente como tal.

Así, los que por cualquier causa se encontraran privados de discernimiento (antiguo inciso 2 del artículo 43); los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable (antiguo inciso 3 del artículo 43), eran consideradas personas capaces hasta que judicialmente se les declarase interdictas.

Nótese que la ley peruana nunca presumió la incapacidad. Ella debía ser declarada judicialmente, previa pericia sobre la persona en cuestión.

Así que es absolutamente falso que, por ejemplo, la ley peruana de 1984 considerara a las personas mayores de edad con síndrome de Down como incapaces.

Digo esto, en la medida de que tales personas tenían DNI sin restricciones, podían ejercer sus derechos al voto, al trabajo, a contratar, etc. Únicamente podrían perder su capacidad de ejercicio si lograban ser declarados incapaces, situación que hubiese tenido como única causal el antiguo inciso 2 del artículo 44 del Código Civil de 1984 («los retardados mentales»), como causal de incapacidad relativa; no absoluta.

Pero no nos olvidemos de que para que ello se hubiese producido, hubiere sido necesario que sus familiares inicien un proceso judicial de interdicción. Pero la inmensa mayoría de familias optaban por no hacer que se declare incapaces a estas personas, con lo cual mantenían incólumes sus derechos civiles a lo largo de sus vidas.

Lo propio ocurría con los casos de los ebrios habituales (artículo 44, inciso 6) y los toxicómanos (artículo 44, inciso 7).

No pasaba lo mismo con los casos de quienes incurrían en mala gestión (artículo 44, inciso 5) o de los pródigos (artículo 44, inciso 6).

Los supuestos de quienes adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad (antiguo inciso 3 del artículo 44) presentaban escenarios

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de los dos tipos. Habida cuenta de que básicamente el deterioro mental se presenta con el paso de los años, en algunos casos sí resultaba necesario declarar interdicta a la persona, para poder manejar su patrimonio. En otros casos, precisamente cuando los asuntos de orden patrimonial no constituían un problema, el proceso de interdicción devenía en innecesario.

Además, debemos señalar que con el régimen legal de 1984 jamás estuvo en duda que todas las personas tenían capacidad de goce. Esta capacidad era —y lo sigue siendo— invulnerable.

Como sabemos, el régimen relativo a la capacidad fue modificado sustancialmente a través del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, norma legal que no sólo modificó las normas del Título V, que vamos comentando, sino una serie de preceptos adicionales del Código Civil.

El Decreto Legislativo en cuestión fue objeto de un intenso debate y la norma que finalmente se aprobó, si bien es defectuosa, no lo es tanto como pudo haberlo sido, si no se hubiesen corregido algunos errores muy graves.

En resumen, el régimen legal vigente prescinde de las categorías de «incapacidad absoluta» (en este último caso, excepto para los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley).

Además, la categoría de curador sólo ha permanecido vigente para los casos de curatelas especiales, como, por ejemplo, la curatela de bienes del ausente.

La tutela sí ha permanecido, para los casos de menores de dieciocho años que no estén bajo la guarda de sus padres.

Con el régimen vigente en 1984, el artículo 42 del Código Civil, hoy modificado, señalaba que: «Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44».

Esta pauta general fue modificada, como hemos señalado, por el Decreto Legislativo n.° 1384. Ahora, el artículo 42 parte de señalar que toda persona mayor de dieciocho años tiene capacidad de ejercicio. En realidad, esta es una falacia, pues quienes sean declarados interdictos y estén regulados en el artículo 44, incisos 1 al 8, deberán tener «representantes legales», término con el que la reforma del 2018 denomina a los antiguos curadores de incapaces. En sustancia, ambos son lo mismo.

Nótese, además, que quienes con el régimen vigente tienen representante, lo tendrán para que ejerza los derechos de la persona a quien representa,

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela (argumento del artículo 45-A del Código Civil).

En otras palabras, para las personas del artículo 44, incisos 1 al 8, no habrá ajustes razonables y apoyos (artículo 45), los mismos que se reservan para las personas con discapacidad que requieran de ajustes razonables o apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, y que podrán solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.

El artículo 42, bajo comentario, luego de señalar que toda persona mayor de dieciocho años tiene plena capacidad de ejercicio, agrega que esto incluye a todas las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás y en todos los aspectos de la vida, independientemente de si usan o requieren de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de su voluntad.

Como vemos, la afirmación del artículo 42 no es cierta, pues ella se ve horadada por el artículo 45-A y por el artículo 44, incisos 1 al 8.

Por lo demás, nunca ha estado en discusión la plena capacidad de las personas que sufran de alguna discapacidad que no implique o su retardo mental (antiguo artículo 44, inciso 2), o un deterioro mental que les impida expresar su libre voluntad (antiguo artículo 44, inciso 3), o su privación de discernimiento (antiguo artículo 43, inciso 2) o que sean sordomudos, ciegosordos o ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

Los demás discapacitados eran personas con plena capacidad de ejercicio con el Código Civil de 1984 y no podían ser declarados incapaces, pues no existía otra causal.

En la actualidad, esas personas difícilmente podrán —ellos mismos— designar a sus ajustes razonables o apoyos, pues sólo en el caso de quienes padecen retardo mental, ellos sí pueden manifestar su voluntad. Los demás tres grupos de personas sólo podrán contar con apoyos o salvaguardias designados judicialmente.

Pero si son personas en el estado de no poder expresar su voluntad, por su condición de salud, lo que hubiese correspondido era que se les nombrara un representante legal (lo que en el régimen legal de 1984 se denominaba curador) para que las represente en el sentido más cabal de la palabra; y no el nombramiento de alguien que coadyuve a manifestar una voluntad que esas personas incapaces, precisamente, no pueden manifestar.

Esta, sin duda, es una de las muchas contradicciones del Decreto Legislativo n.° 1384.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero luego nos ocuparemos en detalle de las figuras de los ajustes razonables y apoyos.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 42 establece que, de manera excepcional, tienen plena capacidad de ejercicio los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan matrimonio, o quienes ejerzan la paternidad.

Esta disposición tiene plena lógica, pues se trata de personas que han asumido, a corta edad, grandes responsabilidades en diversos órdenes de cosas, fundamentalmente en el orden familiar. Es por ello que el Derecho opta por considerarlas personas con plena capacidad de ejercicio, régimen legal que facilitará el cumplimiento de las obligaciones asumidas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Incapacidad absoluta

Artículo 43.- Son absolutamente incapaces:

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- *Derogado.*

3.- *Derogado.*

El Código Civil de 1984, en su texto original, contenía un artículo 43 con tres incisos.

El inciso 2 señalaba que eran absolutamente incapaces, los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; en tanto el inciso 3 hacía extensiva esta condición, a los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.

Hoy, como vemos, sólo ha quedado vigente el inciso 1 del artículo 43, que considera como absolutamente incapaces a los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Esto concuerda con el artículo 44 inciso 1, que considera como personas con capacidad de ejercicio restringida a los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

En el caso de los menores de dieciséis años, es evidente que se trata de incapaces absolutos, salvo que la ley disponga lo contrario.

Ellos no podrán actuar jurídicamente por sí mismos, sino representados por sus padres o, si no estuviesen bajo la guarda de éstos, por sus tutores.

Este es el único supuesto de incapacidad absoluta que ha quedado en el Código Civil, luego de la reforma del año 2018.

No vamos a abundar sobre este tema, pues será abordado en reiteradas ocasiones a lo largo de nuestro estudio de este Título V.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CAPACIDAD DE EJERCICIO RESTRINGIDA

Artículo 44.- Tienen capacidad de ejercicio restringida:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- *Derogado.*

3.- *Derogado.*

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.

No vamos a pronunciarnos sobre los incisos derogados del artículo 44, (los retardados mentales y los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad), pues nos hemos referido a este tema en otra oportunidad.

Nos ocuparemos de las normas en actual vigencia.

El artículo 44 regula ahora los supuestos de personas con capacidad de ejercicio restringida, lo que antes de la reforma del Decreto Legislativo n.° 1384, se denominaba incapacidad relativa (por oposición a la incapacidad absoluta de que trataba el artículo 43).

Veamos:

a) Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (inciso 1)

La ley considera que una persona que cumple dieciséis años ya tiene un grado de capacidad y de criterio tales, que debe dejar de ser considerado como un incapaz absoluto. Eso, en materia de actos jurídicos, por ejemplo, determinará que aquellos actos que celebre, serán susceptibles, no de nulidad, sino de anulación, tal como prescribe el inciso 1 del artículo 221 del propio Código.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Nótese, sin embargo, cómo se presenta el absurdo de que los actos celebrados por una persona absolutamente incapaz (artículo 43, inciso 1 —menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley—), no son susceptibles ni de ser anulados, ni de ser declarados nulos, dado que, precisamente la reforma del 2018 derogó el inciso 2 del artículo 219 (el acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz).

Este es un error gravísimo de la reforma del 2018, pues los actos jurídicos celebrados por dichos incapaces hoy carecen de causal de nulidad expresa y ella tendría que ser obtenida del artículo V del Título Preliminar del Código Civil ("Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres"). El tema de la nulidad de los actos jurídicos de incapaces absolutos se ha vuelto, entonces, muy complicado.

b) Los pródigos (inciso 4)

El pródigo es aquella persona que dilapida su patrimonio. La prodigalidad es sinónimo de derroche, despilfarro, liberalidad.

Si la persona dispendiara su patrimonio en favor de terceras personas y a título gratuito, estaríamos ante un caso de prodigalidad.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 584 del Código Civil, puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible.

Nótese que no sería prodigalidad si la persona en cuestión se desprendiera de sus bienes en favor de sus herederos forzosos y lo hiciera dentro de los porcentajes que les correspondería, esto a título de anticipos de legítima.

Decimos esto, en la medida de que en los casos de prodigalidad, quienes tendrían legítimo interés en que se le declare interdicto judicialmente, serían sus potenciales herederos forzosos. Si el pródigo careciera de potenciales herederos forzosos, nadie podría pretender se le declare interdicto por prodigalidad, en tanto y en cuanto cualquier persona carecería de legítimo interés.

Se debe precisar que la prodigalidad no se configura sólo por la celebración de una serie de actos o contratos a título gratuito, pues podría ocurrir esto, pero también, paralelamente, el pródigo podría tener un patrimonio lo suficientemente grande y sólido como para que todos esos actos de prodigalidad no le hagan mella.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para que se configure la prodigalidad del inciso 4 del artículo 44 del Código Civil, esos actos de liberalidad deberían hacer notoria mella en el patrimonio de la persona en cuestión, de modo tal que complique su situación personal y la de su familia (a quienes debe alimentos) y la de sus potenciales herederos, quienes verían notoriamente disminuido o diluido en su totalidad el patrimonio del eventual futuro causante. Esta condición de causante será una mera expectativa, pues en sede sucesoria nunca se sabe quién morirá primero.

c) Los que incurren en mala gestión (inciso 5)

El mal gestor es quien tiene un pésimo desempeño en el manejo de sus negocios, sea por negligencia o por alguna otra motivación distinta, naturalmente, a la prodigalidad.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 585 del Código Civil, puede ser restringida en su capacidad de ejercicio por mala gestión, la persona que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos.

Se entiende que esa pésima gestión no sólo lo va a perjudicar a él, sino también a su familia y a sus potenciales herederos. Esos familiares y esos potenciales herederos tienen legítimo interés en que se declare interdicto al mal gestor.

d) Los ebrios habituales (inciso 6)

¿Quién es un ebrio habitual?

Existen muchas personas que beben licor a menudo, o en reuniones sociales, pero que tal situación no altera o no afecta su desempeño en la vida de relación con los demás.

En ese sentido, cuando hablamos de un ebrio habitual, nos estamos refiriendo a aquel cuya existencia se ha visto invadida y capturada por el alcohol. El ebrio habitual dejará de lado muchas cosas y personas importantes en su vida de relación para priorizar la ingesta de alcohol y para encontrarse en serio estado etílico.

Es de suponer que en casos como éstos, los familiares buscarán su rehabilitación. Pero, mientras eso no se logre, se le podría nombrar un representante (artículo 45-A), lo que en la vigencia de las normas originales del Código Civil de 1984, se denominaba curador.

EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

Este representante de la persona con capacidad de ejercicio restringida, se encargará de ejercer sus derechos, según las normas referidas a la curatela (artículo 45-A). La finalidad de que el ebrio habitual tenga un representante, es que alguien se ocupe adecuadamente de su patrimonio, sin que esta ebriedad habitual perturbe tales decisiones (al igual que en el caso del pródigo y del mal gestor).

e) Los toxicómanos (inciso 7)

Los mismos supuestos y fundamentos que respaldan la representación del ebrio habitual, sustentan la del toxicómano, es decir, de la persona cuya vida se centra en el consumo de drogas prohibidas, de aquellas que no le han sido medicadas y que posterga —por esa toxicomanía— toda su vida de relación.

f) Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (inciso 8)

La interdicción civil es el estado en que deviene la persona a quien se le declara incapaz de celebrar o realizar determinados actos de la vida civil y quien, en virtud de esta consideración, es privada de la administración de su persona y de su patrimonio.

Es evidente que si una persona sufriere una pena por la que se le declare interdicta o se le inhabilite civilmente, entonces requerirá que se le nombre un representante legal, en la medida de que aquélla habrá devenido en persona de capacidad de ejercicio restringida.

g) Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubieran designado un apoyo con anterioridad (inciso 9)

Este inciso, a diferencia de los incisos 4 al 8, no corresponde al Código de 1984; el mismo fue introducido por el Decreto Legislativo n.° 1384.

En verdad, las personas que se encuentran mencionadas en el inciso 9 del artículo 44, no deberían haber sido consideradas como sujetos con capacidad de ejercicio restringida, sino como absolutamente incapaces. Ello, en la medida de que quienes se encuentran en estado de coma, no requieren de apoyos o salvaguardias, sino de un representante. Esto debería ser así, tanto si el representante fuese designado por el propio sujeto que luego se halla en estado de coma, como para los casos en que dicha persona devenga en ese estado y luego se le tenga que designar un representante (por no haberlo hecho ella cuando lo pudo hacer).

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

Todo esto, porque el estado de coma implica un estado de falta de conciencia, que no permite a la persona ni pensar, ni razonar, ni nada. Será, en muchos casos, la antesala de la muerte; en otros, felizmente, de la recuperación.

Para concluir, debemos puntualizar que de conformidad con la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo n.° 1384, las personas señaladas en los numerales (incisos) 6 y 7 del artículo 44 del Código Civil, que cuenten con certificado de discapacidad, pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ajustes y apoyo

Artículo 45.- Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.

El texto original del artículo 45 del Código Civil de 1984, establecía que: «Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela».

Nótese que el artículo 45 fue modificado por el Decreto Legislativo n.° 1384, cuyo texto hemos consignado. No obstante, el contenido del antiguo artículo 45, ha pasado a formar parte del artículo 45-A, que estudiaremos más adelante.

El texto vigente del artículo 45 debe ser concordado con los nuevos artículos 659-A al 659-H, que también fueron introducidos al Código Civil por el Decreto Legislativo n.° 1384, antes citado.[6]

6 **Artículo 659-A**.- La persona mayor de edad puede acceder de manera libre y voluntaria a los apoyos y salvaguardias que considere pertinentes para coadyuvar a su capacidad de ejercicio.
Artículo 659-B.- Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo. El apoyo no tiene facultades de representación salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E. Cuando el apoyo requiera interpretar la voluntad de la persona a quien asiste aplica el criterio de la mejor interpretación de la voluntad, considerando la trayectoria de vida de la persona, las previas manifestaciones de voluntad en similares contextos, la información con la que cuenten las personas de confianza de la persona asistida, la consideración de sus preferencias y cualquier otra consideración pertinente para el caso concreto.
Artículo 659-C.- La persona que solicita los apoyos determina su forma, identidad, alcance, duración y cantidad de apoyos. Los apoyos pueden recaer en una o más personas naturales, instituciones públicas o personas jurídicas sin fines de lucro, ambas especializadas en la materia y debidamente registradas.
Artículo 659-D.- La persona mayor de edad que requiera de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede designarlo ante un notario o un juez competente.
Artículo 659-E.- El juez puede determinar, de modo excepcional, los apoyos necesarios para las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad y para aquellas con capacidad de ejercicio restringida, conforme al numeral 9 del artículo 44. Esta medida se justifica, después de haber realizado esfuerzos reales, considerables y pertinentes para obtener una manifestación de voluntad de la persona, y de habérsele prestado las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, y cuando la designación de apoyos sea necesaria para el ejercicio y protección de sus derechos. El juez determina la persona o personas de apoyo tomando en cuenta la relación de convivencia,

LUIS ALBERTO CASTILLO FREYRE

Sobre el tema de los apoyos que prevé el Decreto Legislativo n.° 1384, ellos constituyen una novedad dentro del régimen de la discapacidad en la legislación peruana y, en principio, pueden ser nombrados por la persona con discapacidad, ante un notario o un juez competente (artículo 659-D).

El primer párrafo del artículo 659-B establece que los apoyos son formas de asistencia libremente elegidas por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de éstos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo.

El segundo párrafo de la citada norma, indica que el apoyo no tiene facultades de representación, salvo en los casos en que ello se establezca expresamente por decisión de la persona con necesidad de apoyo o el juez en el caso del artículo 659-E, es decir, cuando después de haber llamado a la persona, se entienda —así lo deducimos nosotros, pero no lo expresa la ley— que eso sería lo mejor para la persona con discapacidad.

Estas personas a quienes el juez deba designar un apoyo, se encontrarán entre quienes lo pueden nombrar por ellos mismos y quienes requieren de un representante porque no pueden manifestar su voluntad.

El problema con quienes sí pueden nombrar apoyos, pero tienen alguna discapacidad, es que no debe quedar (al notario o al juez ante quien se realice el

---

confianza, amistad, cuidado o parentesco que exista entre ella o ellas y la persona que requiere apoyo. Asimismo, fija el plazo, alcances y responsabilidades del apoyo. En todos los casos, el juez debe realizar las diligencias pertinentes para obtener la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias de la persona, y atender a su trayectoria de vida. No pueden ser designados como apoyos las personas condenadas por violencia familiar o personas condenadas por violencia sexual. El proceso judicial de determinación de apoyos excepcionalmente se inicia por cualquier persona con capacidad jurídica.

Artículo 659-F.- Toda persona mayor de 18 años de edad puede designar ante notario el o los apoyos necesarios en previsión de requerir en el futuro asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, la persona puede disponer en qué personas o instituciones no debe recaer tal designación, así como la forma, alcance, duración y directrices del apoyo a recibir. En el documento debe constar el momento o las circunstancias en que su designación de apoyos a futuro surte eficacia.

Artículo 659-G.- Las salvaguardias son medidas para garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que recibe apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brinda tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas. La persona que solicita el apoyo o el juez interviniente en el caso del artículo 659-E establecen las salvaguardias que estimen convenientes para el caso concreto, indicando como mínimo los plazos para la revisión de los apoyos. El juez realiza todas las audiencias y diligencias necesarias para determinar si la persona de apoyo está actuando de conformidad con su mandato y la voluntad y preferencias de la persona.

Artículo 659-H.- La persona o personas que realicen el apoyo están exentas de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el artículo 426.

trámite) duda alguna de que esa es una voluntad bien constituida, es decir que no se trate de una voluntad viciada por la propia incapacidad, caso, este último, en el cual el apoyo debería —necesariamente— ser designado por el juez.

Las personas con discapacidad también podrán designar salvaguardias, que no son otra cosa que personas naturales o jurídicas que garanticen el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que reciba apoyo, prevenir el abuso y la influencia indebida por parte de quien brindó tales apoyos; así como evitar la afectación o poner en riesgo los derechos de las personas asistidas (argumento del primer párrafo del artículo 659-G).

Ahora bien, entendemos que los apoyos y salvaguardias resultan aplicables a las personas con alguna discapacidad mental, pero también lo serán para aquellas personas con discapacidad física que les impida desempeñarse en su relación con los demás de manera normal, en lo que respecta a la celebración de actos jurídicos y contratos.

En el régimen previo a la vigencia del Decreto Legislativo n.° 1384, las personas con alguna discapacidad de estos tipos podían actuar libremente frente a terceros. Con el régimen vigente también lo podrían hacer, pero tienen la posibilidad de nombrar apoyos y salvaguardias.

No me incomoda este régimen. Pero creo que el mismo puede tener un vicio de origen,que estaría dado por si la persona con discapacidad designa a sus apoyos y no tenga —en realidad— toda la capacidad necesaria para hacerlo y para entender el complejo régimen jurídico que acompañaría a estas figuras y sus consecuencias.

No lo sé. Creo que se ha partido de la idea de que el curador era un enemigo del discapacitado; y eso no es así. En fin, veremos cómo se desarrolla este régimen.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE S.A.C.

Representantes legales

Artículo 45-A.- Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela.

El artículo 45-A fue introducido en el Código Civil por el Decreto Legislativo n.° 1384 y el mismo regula el tema del representante para determinadas personas con capacidad de ejercicio restringida, contempladas en el artículo 44, incisos 1 al 8.

Veamos.

Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (inciso 1) estarán representados por sus padres o tutores. Ellos serán, pues, sus representantes legales. Sobre esto no hay novedad.

Los pródigos (inciso 4), los que incurren en mala gestión (inciso 5), los ebrios habituales (inciso 6), los toxicómanos (inciso 7) y los que sufren para que lleva anexa la interdicción civil (inciso 8), tendrán como representante legal a un curador. Sobre esto, tampoco hay novedad.

Nótese cómo la figura de la curatela sí ha sido conservada por la reforma del 2018, para las personas que requieran de un representante legal siendo mayores de edad, pero no sufran de discapacidad, pues en este último caso corresponderán los apoyos y salvaguardias.

Pero la representación legal (curatela) no se extiende al inciso 9 del artículo 44, precepto que contempla el caso de las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad (argumento del artículo 659-F). Pero si no tiene apoyos designados con anterioridad, lo que le correspondería sería que se le nombre un representante legal (curador) y no un apoyo, como prevé —equivocadamente— el artículo 659-E, primer párrafo, primera parte.

En ese sentido, lo idóneo hubiese sido que a las personas en estado de coma se les nombre un representante, pues sus apoyos no podrán coadyuvar a una mejor manifestación del sujeto; ello, por la sencilla razón de que quien se encuentra en estado de coma, no puede expresar voluntad alguna que coadyuve con la de un eventual apoyo. Aquí la necesidad de un representante (curador) es clarísima, así como también es claro el error de la reforma del 2018 al contemplar apoyos para quien se encuentre en estado de coma.

ESTUDIO MARIO CASTILLO REYES

Designación de apoyos y salvaguardias

Artículo 45-B.- Pueden designar apoyos y salvaguardias:

1.- Las personas con discapacidad que manifiestan su voluntad puede (sic) contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente.

2.- Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente.

3.- Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad mantendrán el apoyo designado.

4.- Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del presente Código.

El artículo 45-B fue introducido en el Código Civil por el Decreto Legislativo n.° 1384 y contempla cuatro supuestos que pasaremos a analizar:

a) Las personas con discapacidad que manifiesten su voluntad pueden contar con apoyos y salvaguardias designados judicial o notarialmente (inciso 1)

Entendemos que en estos casos estarían las personas con alguna discapacidad, pero que puedan manifestar su voluntad sin vicio alguno.

Entonces, la pregunta que podríamos formular es para qué necesitarían esas personas como apoyos o salvaguardias.

Creemos que el inciso 1 se está refiriendo a las personas con alguna discapacidad relacionada con la manifestación de la voluntad, pero que, a pesar de eso, pueden expresar su voluntad. Por ejemplo, sería el caso de algunas personas que sufran de síndrome de Down en un grado no muy severo, quienes podrán expresar su voluntad, a pesar de tener algún grado de retardo mental. No sería el caso de quienes sufran de un severo retardo mental, quienes no podrían designar —por sí mismas— apoyos o salvaguardias. En tales casos lo deberá hacer el juez (artículo 659-E, primer párrafo, primera parte).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, podrán contar con apoyos y salvaguardias designados judicialmente (inciso 2)

En este supuesto, entendemos, se encuentran tanto las personas con discapacidad que no pueden manifestar su voluntad, como aquellas otras que, si bien pueden expresarla, lo hacen de una manera algo viciada, lo que se determina, en buena cuenta, por factores relativos a la propia discapacidad de la persona.

En estos casos, no resultaría posible que ellos mismos designen a sus apoyos y salvaguardias. Ellos tendrían que ser nombrados por el juez, ineludiblemente.

c) Las personas que se encuentren en estado de coma que hubieran designado un apoyo con anterioridad, mantendrán el apoyo designado (inciso 3)

El artículo 659-F del Código civil contempla la designación de apoyos a futuro, en previsión de requerir, obviamente en el futuro, asistencia para el ejercicio de su capacidad jurídica. Dentro de estos casos puede encontrarse el relativo a si la persona cae en estado de coma. Si este fuese el supuesto y la persona hubiera designado apoyo con antelación, entonces mantendrá ese apoyo y no se le nombrará uno.

Reiteramos nuestras críticas en el sentido de que aquí lo que hubiese correspondido es la designación judicial de un representante, o, la designación previa de un representante, para que cumpla las funciones de curador.

d) Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el numeral 9 del artículo 44 contarán con los apoyos y salvaguardias establecidos judicialmente, de conformidad con las disposiciones del artículo 659-E del Código Civil (inciso 4)

En este punto sólo nos queda reiterar nuestras críticas, en el sentido de que las personas en estado de coma requerirían de un representante legal (curador) y no un apoyo, habida cuenta de que no pueden manifestar voluntad alguna.

ESTAMPADO CASTILLO FREYRE

Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial

Artículo 46.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo o la hija, para realizar solamente los siguientes actos:

1.- Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas.

2.- Demandar por gastos de embarazo y parto.

3.- Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas.

4.- Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas.

5.- Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas.

6.- Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad.

7.- Impugnar judicialmente la paternidad.

El artículo 46 del Código Civil de 1984 ha sufrido tres modificaciones.

El texto original, era el siguiente:

Artículo 46.- La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. (Este extremo fue rectificado por fe de erratas del Código Civil).

Tratándose de mujeres mayores de catorce años cesa también por matrimonio.

La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La primera modificación de este artículo fue realizada por el artículo 1 de la Ley n.° 27201, publicada el 14 noviembre de 1999, cuyo texto es el siguiente:

> **Fin de la incapacidad de mayores de 16 años por matrimonio o título**
>
> **Artículo 46.-** La incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.
>
> La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.
>
> Tratándose de mayores de catorce años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:
>
> 1.- Reconocer a sus hijos.
>
> 2.- Reclamar o demandar por gastos de embarazo y parto.
>
> 3.- Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.

La segunda modificación se realizó a través del artículo único de la Ley n.° 29274, publicada el 28 de octubre de 2008, cuyo texto es el siguiente:

> **Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial**
>
> La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.
>
> La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.
>
> Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:
>
> 1.- Reconocer a sus hijos.
>
> 2.- Demandar por gastos de embarazo y parto.
>
> 3.- Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
>
> 4.- Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

Y, por último, la tercera modificación del artículo 46 fue a través del artículo 2 del Decreto Legislativo n.° 1377, publicado el 24 de agosto de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2018, cuyo texto, hoy vigente, es el que se ha transcrito al inicio de este comentario.

Procederemos a su estudio.

En principio, como se ha explicado, la plena capacidad de ejercicio se adquiere a los dieciocho años. No obstante, el artículo 46 establece que la incapacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio.

Se trata de dos supuestos en que el menor de edad habría adquirido un estado civil que le obliga a mantener una familia.

No olvidemos que, el casarse, y, eventualmente, haber tenido un hijo, lo sitúa como deudor alimentario, razón por la cual deberá trabajar y celebrar una serie de actos jurídicos y contratos que vayan de la mano con su nuevo estado civil.

Lo propio ocurre si el menor de edad ya obtuvo un título oficial que le autorice para ejercer una profesión u oficio.

En estos casos, el menor ya está habilitado para ganarse la vida por sí mismo y el Derecho lo entiende así.

En buena cuenta, los supuestos regulados por el primer párrafo del artículo 46, son muy pertinentes.

Luego, la norma precisa, en su segundo párrafo, que la capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste; lo que resulta lógico, en la medida de que esta eventualidad no enerva la experiencia adquirida por esa persona. Además, por una cuestión de plazos, resultaría prácticamente imposible que alguien que se hubiera casado con algo más de dieciséis años cumplidos, llegue a divorciarse antes de cumplir los dieciocho años.

Luego, el artículo 46 del Código Civil se ocupa del cese de la incapacidad de los mayores de catorce años, lo que ocurre sólo a partir del nacimiento del hijo o hija; y, además, sólo surtirá efectos para realizar determinados actos, que son enumerados por el propio artículo 46.

Veamos:

a) Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos o hijas (inciso 1)

Se trata de dos actos elementales, que requerirán de la participación de esa persona.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El problema se presentará en caso se reconozca a un hijo por error.

Aquí, entendemos que el menor de edad también debería poder demandar la anulación de ese acto jurídico, aunque ello no se establece de manera expresa en el artículo 46 del Código Civil.

b) Demandar por gastos de embarazo y parto (inciso 2)

Se trata de cubrir las necesidades básicas de una persona y más aún, cuando está embarazada teniendo poco más de catorce años. Se entiende por qué el Código Civil estima que en estos casos cesa la incapacidad.

c) Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas (inciso 3)

La tenencia de los menores, cuando ésta es discutida, deviene en una materia de imperiosa necesidad. Lo propio ocurre con los procesos de alimentos. No olvidemos que, de por medio, están la madre y el menor.

En lo que respecta a los procesos relativos a regímenes de visitas, ellos permitirán que el progenitor que pretende se establezca ese régimen, pueda ejercer sus derechos como padre a plenitud, teniendo el contacto requerido con su menor hijo.

d) Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas (inciso 4)

Lo común en el caso de menores de poco más de catorce años que han sido padres o madres, será que no hayan contraído matrimonio. Entonces, podría ocurrir que el padre del recién nacido no quiera reconocerlo. En esos casos, para obtener todos los derechos que concede la filiación, resultará necesario que el padre sea declarado como tal. En ese sentido, el inciso 4 del artículo 46 concede a quien haya sido progenitor del niño, derecho a demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

e) Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas (inciso 5)

Conforme al régimen legal vigente en el Perú, en una serie de procesos judiciales, es necesario recurrir a la conciliación antes de demandar, dentro de los cuales están aquellos que involucran derechos de los hijos. Ellos no forman parte de las excepciones contempladas por la Ley de la materia, Ley n.° 26872, artículo 6.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, resulta coherente que el Código Civil en su artículo 46, inciso 5, establezca que los mayores de catorce años que tengan hijos, puedan celebrar conciliaciones extrajudiciales, precisamente, a favor de sus hijos.

f) Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad (inciso 6)

El Documento Nacional de Identidad (DNI) resulta imprescindible para el ejercicio de la vida civil.

En ese sentido, el mayor de catorce años que tenga hijos, obviamente, puede tramitar —él mismo— su DNI. El legislador ha querido concederle estas naturales facilidades. No se esperaría menos.

g) Impugnar judicialmente la paternidad (inciso 7)

El Código Civil, en el inciso 7 del artículo 46, contempla el derecho del padre de impugnar judicialmente la paternidad. La ley desea que algo tan importante como esta pretensión, sea ejercida en persona por el propio interesado. Además, quien está en la creencia de que no es el padre de un niño, tendrá todo el derecho de impugnar la paternidad del menor.

Ello ocurrirá en caso se trate de un hijo matrimonial o extramatrimonial, pues en el supuesto de los hijos extramatrimoniales podría ocurrir que la madre del menor lo inscriba señalando que ese varón es padre del menor, en cuyo caso, esa persona mayor de catorce años, a quien se le ha sindicado como padre del niño, podrá impugnar su paternidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VI
AUSENCIA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VI
AUSENCIA

CAPÍTULO PRIMERO
DESAPARICIÓN

NOMBRAMIENTO DE CURADOR POR DESAPARICIÓN

Artículo 47.- Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso.

No procede la designación de curador si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscritas en el registro público.

El artículo 47 del texto original del Código Civil de 1984, establecía lo siguiente:

> **Artículo 47.-** Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y se carece de noticias sobre su paradero, el juez de primera instancia del último domicilio o del lugar donde se encuentren sus bienes puede proceder, a petición de parte interesada o del Ministerio Público, a la designación de curador interino.

Su primer párrafo fue modificado por el artículo 5 del Decreto Ley n.° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992, cuyo texto es el siguiente:

> Cuando una persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero, cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto, pueden solicitar la designación de curador interino. También puede solicitarlo quien invoque legítimo interés

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público. La solicitud se tramita como proceso no contencioso».

No procede tal designación si el desaparecido tiene mandatario con facultades suficientes.

Luego, el artículo 47 fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993; la misma que recoge las modificaciones hechas anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992 y la del artículo 5 del Decreto Ley n.° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992, cuyo texto, hoy en vigencia, es el transcrito al inicio del comentario a esta norma.

¿Qué se entiende por desaparición?

Cuando una persona ha salido de su domicilio y no se tiene noticias de ella, no se entenderá automáticamente que ha desaparecido. Será necesario esperar las horas que resulten razonables, transcurridas las cuales sin que se tenga noticias de esa persona, la familia o su entorno más cercano considerarán que ha desaparecido y, es muy probable que hagan una denuncia ante la policía, en torno a esta desaparición y a las circunstancias conocidas.

Pero, en términos de Derecho Civil, ello no bastará para que se considere que una persona se halla desaparecida, en la acepción que emplea el Código Civil al respecto.

- A decir del artículo 47 del Código Civil, es necesario que, aparte de no encontrarse en el lugar de su domicilio, hayan transcurrido sesenta días sin noticias sobre su paradero.

La ley civil exige un plazo apreciable como éste, en la medida de que la condición de desaparecido será fruto de un trámite legal, ante el juez correspondiente y, en virtud del cual se obtendrá una resolución que nombre un curador interino de los bienes del desaparecido. Eso no podría ocurrir si es que la persona en cuestión tiene menos de sesenta días de haber desaparecido.

¿Quiénes pueden recurrir el juez?

Lo podrá hacer cualquier familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, excluyendo el más próximo al más remoto. Ellos son quienes podrán solicitar el nombramiento judicial de curador interno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero no sólo ellos; habida cuenta de que también puede solicitarlo quien invoque legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido. Sería el caso de un socio en una empresa que tenga en común con el desaparecido, a efectos de llevar adelante la marcha de la misma.

También sería el caso de la contraparte en un contrato, que esté requiriendo del desaparecido a efectos de que realice los actos de colaboración necesarios para poder ejecutar sus obligaciones.

Esta solicitud, la haga quien la haga, debe realizarse con citación de los familiares conocidos y del Ministerio Público, con el propósito de que puedan cautelarse los derechos del desaparecido y que no se actúe en perjuicio o detrimento de él.

El primer párrafo del artículo 47 precisa que la solicitud se tramita como proceso no contencioso.

El segundo párrafo del artículo 47 establece que la designación de curador será improcedente si el desaparecido tiene representante o mandatario con facultades suficientes inscrito en el registro público.

Pensamos que esta norma resulta errada, en la medida de que, es correcto el extremo relativo a si tiene representante, pero es incompleto el extremo referido al mandatario, pues en este caso sólo será suficiente si ese mandatario tiene poderes de representación del desaparecido. Ello, pues de lo que se trata es de contar con una persona que actúe en nombre del desaparecido y no, simplemente, de alguien (como el mandatario sin representación) que actúe por cuenta e interés del desaparecido, pero que no lo represente. Es necesario recordar, en este caso, que el mandato se presume con representación (artículo 1807 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Normas que rigen la curatela del desaparecido

Artículo 48.- La curatela a que se contrae el artículo 47 se rige por las disposiciones de los artículos 564 a 618, en cuanto sean pertinentes.

Este artículo señala que la curatela del desaparecido se rige por los artículos 564 a 618, en cuanto sean pertinentes. Se trata de las normas que regulan la curatela, en el Libro de Derecho de Familia, como una de las instituciones supletorias de amparo.

Es evidente que la curatela implica la representación de las personas sujetas a ella, que en principio, son quienes tienen capacidad de ejercicio restringida, en virtud de lo dispuesto por los incisos 4 a 8 de artículo 44 de Código Civil. No obstante, el curador del ausente tiene una función absolutamente transitoria y es así como deberá entender su labor.

En tal sentido es que el artículo 48 hace aplicable esa normativa al curador del desaparecido, en cuanto sea pertinente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Segundo
Declaración de ausencia

Declaración judicial de ausencia

Artículo 49.- Transcurridos dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido, cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia.

Es competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes.

Podría ocurrir que la persona desaparecida reaparezca, caso en el cual deberá dejarse sin efecto el nombramiento del curador especial que se hubiere hecho. Pero también podrá ocurrir que se prolongue esa condición en el tiempo.

Si esa desaparición se prolongase dos años, pues entonces la persona en cuestión podrá ser declarada judicialmente como ausente, lo que, como veremos, acarreará consecuencias jurídicas diversas.

El segundo párrafo del artículo 49, bajo comentario, establece que será competente el juez del último domicilio que tuvo el desaparecido o el del lugar donde se encuentre la mayor parte de sus bienes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Posesión temporal de los bienes del ausente

Artículo 50.- En la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla.

Si no hubiere persona con esta calidad continuará, respecto a los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47.

Como hemos visto, la declaración de ausencia es un paso más severo en la situación jurídica que genera la no presencia de la persona en cuestión. Se puede decir que es un paso más allá de la desaparición, pero uno antes que la declaración de muerte presunta.

En ese sentido, uno de los aspectos más importantes que la ley tiene que decidir al respecto es el relativo a cuál será, de ahora en adelante, la situación jurídica de los bienes del ausente.

El artículo 50 establece que en la declaración judicial de ausencia se ordenará dar la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla.

Nótese cómo la solución legal tiene carácter intermedio. Ello, en la medida de que se aleja de la declaración de desaparición, donde el desaparecido no es desposeído de los bienes que conforman su patrimonio; y de la declaración de muerte presunta, donde, al declararse muerta a la persona en cuestión, se producirá la apertura de la sucesión (argumento del artículo 660 del Código Civil). En el caso de la declaración de ausencia, quienes serán herederos forzosos del ausente pasarán a poseer tales bienes en virtud de la sentencia judicial que lo declare ausente.

Se deberá respetar el orden sucesorio que tendrán estas personas al momento en que se le declare ausente. Estimamos que se trata de un tema discutible. Podría ser un error, pues el sujeto no desapareció en ese momento, sino cuando realmente desapareció (es decir, al momento en que se le dejó de tener ubicado). Pero entendemos que, al no estar hablando de desaparición en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, tampoco habría para qué presumir algo más que la desaparición y la ausencia, cuando éstas se declaren. En ningún caso podríamos presumir la muerte del sujeto.

ESTUDIO JURÍDICO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 50, bajo comentario, señala que si no hubiese persona con esta calidad (de heredero) continuará, respecto de los bienes del ausente, la curatela establecida en el artículo 47, es decir, la relativa a la persona que ha sido declarada como desaparecida.

Esta solución legal resulta lógica, en la medida de que si no hay a quién entregar la posesión de esos bienes, lo más seguro es que ellos permanezcan en el patrimonio del deudor, bajo la vigilancia de quien hubiese sido nombrado judicialmente como curador del ausente. En tales casos, esta curatela tendrá similares alcances que la curatela del desaparecido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Facultades y límites del poseedor de bienes del ausente

Artículo 51.- La posesión temporal de los bienes del ausente, a que se refiere el artículo 50, debe ser precedida de la formación del respectivo inventario valorizado.

El poseedor tiene los derechos y obligaciones inherentes a la posesión y goza de los frutos con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente.

Es evidente que la situación jurídica del ausente podría variar si el sujeto en cuestión reaparece. Ahí, él deberá reasumir el control de su patrimonio, se debería dejar sin efecto el nombramiento de curador, si fuese el caso y debería recuperar la posesión de sus bienes que hubiesen pasado a ser poseídos por sus herederos forzosos.

Por ello, a efectos de evitar el mal uso de esos bienes por parte de sus nuevos (y, probablemente, interinos) poseedores, es que el artículo 51 del Código Civil establece que tales herederos forzosos deban hacer inventario valorizado, previamente a entrar en posesión de tales bienes.

Entendemos, por lo demás, que tales herederos forzosos podrían renunciar a esa posesión temporal, tanto como —si fuese el caso— podrían renunciar en el futuro a la condición de herederos (quien puede lo más, puede lo menos).

El segundo párrafo del artículo 51, bajo comentario, establece que el poseedor tiene los derechos y deberes inherentes a la posesión y goza de los frutos, con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente (tercio o mitad, según corresponda, artículos 725 y 726[7] del Código Civil, respectivamente).

---

7 **Artículo 724**.- Son herederos forzosos los hijos y los demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, el cónyuge o, en su caso, el integrante sobreviviente de la unión de hecho.

Artículo 725.- El que tiene hijos u otros descendientes, o cónyuge, puede disponer libremente hasta del tercio de sus bienes.

Artículo 726.- El que tiene sólo padres u otros ascendientes, puede disponer libremente hasta de la mitad de sus bienes.

Artículo 727.- El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 725 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La previsión hecha por el Código Civil en cuanto a las porciones de libre disposición de los frutos, se basa en que, de aparecer el ausente y reasumir su patrimonio, este último no debería verse mermado en lo que respecta a los porcentajes de frutos que él tuviera a bien disponer, vía testamentaria, a favor de terceras personas, es decir, de personas distintas de sus herederos forzosos.

En realidad la reserva de la cuota de libre disposición del ausente, es una ficción, pues, al fin y al cabo, de retornar el ausente, no se sabrá, ni cuándo ocurrirá, ni quiénes serán sus herederos forzosos al momento de su muerte. Tal vez algunos coincidan con quienes hubiesen tenido tal calidad al momento en que se produjo la declaración de ausencia, pero, de seguro, otros no coincidirán.

Como se recuerda, la posesión es un derecho real, el mismo que se halla regulado en los artículos 896 y siguientes del Código Civil. La norma citada indica que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

En el caso de la posesión del artículo 51 del Código Civil, los poseedores sólo podrán usar y disfrutar los bienes, dentro de los límites ahí establecidos. De los frutos, ya nos ocupamos. En lo que respecta al uso, el mismo deberá ser lo suficientemente prudente como para que los bienes se conserven tan bien como si el ausente apareciera en cualquier momento y pudiera reasumir la posesión de los mismos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Indisponibilidad de los bienes del ausente

Artículo 52.- Quienes hubieren obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente no pueden enajenarlos ni gravarlos, salvo casos de necesidad o utilidad con sujeción al artículo 56.

Lo expresado en nuestros comentarios al artículo 51 deriva en el contenido del artículo 52, precepto que prohíbe que los poseedores de los bienes del ausente puedan enajenarlos o gravarlos.

Ello tiene como fundamento el que se trata de una posesión absolutamente provisoria, tanto por la incertidumbre de la eventual reaparición del ausente, como en lo que respecta a quienes —en definitiva, es decir, salvo muerte del ausente— serán —finalmente— sus herederos forzosos.

De ahí las limitaciones que impone el artículo 52 del Código Civil a la posesión provisoria de tales bienes, salvo casos de necesidad o utilidad, con sujeción al artículo 56, tema que estudiaremos posteriormente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Inscripción de la declaración judicial de ausencia

Artículo 53.- La declaración judicial de ausencia debe ser inscrita en el registro de mandatos y poderes para extinguir los otorgados por el ausente.

Como hemos visto, la declaración judicial de ausencia podrá conllevar o no el nombramiento de un curador (supuesto del artículo 50, segundo párrafo). En este caso, la declaración de ausencia, al nombrar un curador del ausente, haría necesario extinguir los poderes otorgados por el ausente.

Pero ello también debería ocurrir si no se tuviese que nombrar un curador del ausente. En ambos casos resulta obligatorio el inscribir la declaración de ausencia en el registro de mandatos y poderes, a efectos de extinguir los que hubiesen sido otorgados por el ausente.

Es de suponer, entonces, que si no se registrase la declaración de ausencia, seguirían vigentes los poderes otorgados por el ausente; pero es voluntad del legislador que durante el período por el que se prolongue el estado jurídico de ausencia, no existan personas que actúen a nombre del ausente (salvo el caso del artículo 50, segundo párrafo, antes mencionado).

Nótese que lo que se quiere es que estemos en presencia de una situación jurídica bastante similar a la que se presentaría si el ausente hubiese fallecido. Esto, pues la práctica general enseña que el estado de ausencia sólo es la antesala de la declaración de muerte presunta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Designación del administrador judicial

Artículo 54.- A solicitud de cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente, se procede a la designación de administrador judicial.

Como es de suponer, el hecho de que los bienes del ausente vayan a estar en posesión de los herederos forzosos del ausente, no solucionará la situación; ello, en la medida de que cuando una persona desaparece (y llega a la condición de ausente), lo más probable es que haya dejado no sólo bienes, sino también créditos y deudas.

Queda claro que los herederos forzosos del ausente no estarán encargados de responder por las deudas ni de cobrar los créditos. Esto ya sería, en la práctica, similar a una sucesión.

Dentro de tal orden de ideas, resultará necesario nombrar un administrador judicial del ausente, para que se encargue de ordenar todos los aspectos patrimoniales de esta situación.

Por ello, el artículo 54 del Código Civil establece que, a solicitud de cualquiera que haya obtenido la posesión temporal de los bienes del ausente, se procede a la designación de administrador judicial del patrimonio del ausente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ADMINISTRADOR JUDICIAL

Artículo 55.- Son derechos y obligaciones del administrador judicial de los bienes del ausente:

1.- Percibir los frutos.

2.- Pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra.

3.- Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el artículo 51.

4.- Distribuir regularmente entre las personas que señala el artículo 50 los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios.

5.- Ejercer la representación judicial del ausente con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición.

6.- Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial.

7.- Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley.

El artículo 55 se ocupa de los derechos y obligaciones del administrador judicial del patrimonio del ausente. En ese sentido, el párrafo introductorio de la norma incurre en un error al hacer mención a la administración de los bienes del ausente, cuando no será un administrador judicial sólo de los bienes del ausente, sino de la integridad de su patrimonio (bienes, créditos y deudas).

Se hace una enumeración de tales derechos y obligaciones.

Veamos:

a) Percibir los frutos (inciso 1)

Hemos señalado que los eventuales herederos del ausente tienen derecho a percibir sus frutos, con la limitación de reservar de éstos una parte igual a la cuota de libre disposición del ausente (argumento del artículo 51, segundo párrafo).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Se entiende, entonces, que tales herederos deberán entregar al administrador judicial de los bienes del ausente, no sólo esa parte de los frutos de la que se tenía que hacer reserva según el artículo 51, antes mencionado. Deberán entregarlos en su integridad, a efectos de que el administrador haga la repartición correspondiente.

b) Pagar las deudas del ausente y atender los gastos correspondientes al patrimonio que administra (inciso 2)

Es obligación del administrador judicial del patrimonio del ausente la indicada en el inciso 2 del artículo 55, bajo comentario.

Se trata de una función indispensable, no sólo para cumplir con los créditos de terceros, sino también para evitar que, ante una eventual falta de pago, esos acreedores puedan adoptar acciones judiciales contra el patrimonio del ausente, lo que podría conducir al detrimento indebido de su patrimonio.

c) Reservar en cuenta bancaria, o con las seguridades que señale el juez, la cuota a que se refiere el artículo 51 (inciso 3)

Esta obligación se relaciona directamente con lo dispuesto en el inciso 1 del propio artículo 55 y está concebida para la preservación de tales frutos.

d) Distribuir regularmente entre las personas que señala el artículo 50, los saldos disponibles, en proporción a sus eventuales derechos sucesorios (inciso 4)

Esta distribución de los frutos que generen los bienes del ausente, deducidos, naturalmente, los gastos que se tenga que sufragar, deberá hacerse respetando lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 51 del Código Civil, antes comentado.

e) Ejercer la representación judicial del ausente, con las facultades especiales y generales que la ley confiere, excepto las que importen actos de disposición (inciso 5)

Sobre este numeral, sólo nos corresponde señalar la restricción impuesta por la norma, en el sentido de que el administrador judicial carece de facultades de disposición. Esto se entiende perfectamente, en la medida de que el administrador judicial debe preservar el patrimonio del ausente y, para disponer de sus bienes, requerirá de autorización judicial, conforme lo establece el artículo 56 que veremos a en seguida.

ESTEBAN MARIO CASTILLO FREYRE

f) Ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuese conveniente al patrimonio bajo su administración, previa autorización judicial (inciso 6)

Nótese que la ley no quiere que el administrador judicial deje de ejercer sus funciones por defecto de la propia ley o de la resolución judicial por la que se produzca su nombramiento. En ese sentido, el inciso 6 del artículo 55, bajo comentario, le establece la atribución de ejercer cualquier otra atribución no prevista, si fuere conveniente al patrimonio bajo su administración, a cuyo efecto se requerirá de autorización judicial previa.

g) Rendir cuenta de su administración en los casos señalados por la ley (inciso 7)

La rendición de cuentas constituye factor natural de supervisión en todos los casos en que un tercero administre un patrimonio ajeno.

El administrador del patrimonio del ausente no constituye la excepción.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER DE LOS BIENES DEL AUSENTE

Artículo 56.- En caso de necesidad o utilidad y previa autorización judicial, el administrador puede enajenar o gravar bienes del ausente en la medida de lo indispensable.

Resulta obvio que en determinados supuestos de emergencia se requiera vender algún o algunos bienes del patrimonio del ausente.

La razón fundamental para que se presente este supuesto, debe ser, precisamente, la de preservar el resto de ese patrimonio. En buena cuenta, el sacrificio de esos bienes no puede ser inútil. Ello sería contrario a una buena administración.

Pero tal disposición se deberá restringir a lo indispensable, conforme señala explícitamente el artículo 56 del Código Civil peruano de 1984 y requerirá de previa autorización judicial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación supletoria del Código Procesal Civil

Artículo 57.- En lo no previsto por los artículos 55 y 56 se aplican las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles sobre administración judicial de bienes comunes.

El artículo 57 hace referencia al antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912, vigente al momento de la promulgación del Código Civil, en 1984.

El 28 de julio de 1993 entró en vigencia el Código Procesal Civil, que derogó el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912.

En ese sentido, la mención que hace el artículo 57 del Código Civil a la ley procesal de 1912, hoy debe entenderse hecha a la normativa legal vigente en la actualidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Alimentos para herederos forzosos del ausente

Artículo 58.- El cónyuge del ausente u otros herederos forzosos económicamente dependientes de él, que no recibieren rentas suficientes para atender a sus necesidades alimentarias, pueden solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado.

Esta pretensión se tramita conforme al proceso sumarísimo de alimentos, en lo que resulte aplicable.

Debemos dejar constancia de que el segundo párrafo del artículo 58 no corresponde al texto original del Código Civil de 1984. El mismo fue agregado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

Ya hemos explicado cómo los eventuales herederos forzosos del ausente se encuentran facultados para poseer los bienes de este último, mientras tuviere tal condición. Pero podría ocurrir que los frutos (rentas) que perciban de los mismos no fuesen suficientes para atender sus necesidades alimentarias.

- El artículo 58 menciona el caso del cónyuge del ausente y el de otros herederos forzosos que eventualmente se encuentren en esa situación.

A estos efectos, la ley autoriza a los herederos que se encuentren en esa situación, a solicitar al juez la asignación de una pensión, cuyo monto será señalado según la condición económica de los solicitantes y la cuantía del patrimonio afectado.

No nos cabe duda de que esta situación generará probablemente problemas entre los herederos que tengan requerimientos alimenticios y aquellos que no los tengan. Esto, porque, al fin y al cabo, «del cuero de estos últimos, saldrán las correas de todos».

El tema debe ser concordado necesariamente con el relativo a los deberes alimentarios, regulado por el Código Civil peruano de 1984 en los artículos 472 y siguientes. Obviamente estarán obligados a contribuir con los alimentos

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los herederos forzosos que se deban alimentos recíprocamente, de acuerdo al artículo 474:

> **Artículo 474**.- Se deben alimentos recíprocamente:
>
> 1.- Los cónyuges.
>
> 2.- Los ascendientes y descendientes.
>
> 3.- Los hermanos.

Y tales alimentos se prestarán, cuando sean dos o más los obligados, en un orden, que es el establecido por el artículo 475:

> **Artículo 475**.- Los alimentos, cuando sean dos o más los obligados a darlos, se prestan en el orden siguiente:
>
> 1.- Por el cónyuge.
>
> 2.- Por los descendientes.
>
> 3.- Por los ascendientes.
>
> 4.- Por los hermanos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Fin de la declaración judicial de ausencia

Artículo 59.- Cesan los efectos de la declaración judicial de ausencia por:

1.- Regreso del ausente.

2.- Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración.

3.- Comprobación de la muerte del ausente.

4.- Declaración judicial de muerte presunta.

El artículo 59 regula los supuestos de cese de la declaración judicial de ausencia. Ellos son los siguientes:

a) Regreso del ausente (inciso 1)

Si se produjera el regreso del ausente, cesarían los efectos de la declaración judicial de ausencia. No obstante, queda la duda de si este cese se produce por la sola reaparición del ausente o si es que tal cese debe ser declarado judicialmente. En principio, podría creerse que el regreso sería suficiente para que sus eventuales herederos le devuelvan los bienes que están poseyendo. Pero todo esto deberá hacerse en estrecha coordinación con el curador del patrimonio de ese exausente. Ello, a efectos de que esa entrega de bienes se realice en el marco de un ordenado procedimiento legal. Esto, además, debe ser concordado con lo dispuesto por el artículo 60 del propio Código.

De lo contrario, tendríamos una reasunción patrimonial del exausente, que estaría divorciada de todos los procedimientos legales que se siguieron para reasignar la posesión de su patrimonio y su administración.

b) Designación de apoderado con facultades suficientes, hecha por el ausente con posterioridad a la declaración (inciso 2)

Nótese que el supuesto regulado por el inciso 2 del artículo 59, no parte de la idea de que el ausente haya regresado (inciso 1), sino de que haya designado apoderado con facultades suficientes.

ESTUDIO ESPINOZA CASTILLO FREYRE

No existe obligación alguna en el Derecho Civil que obligue a las personas a dar razón a los demás sobre su paradero. Podría darse el caso, entonces, de alguien que se haya ido a recorrer el Perú, sin tener esposa e hijos y sin dar cuenta a nadie, al extremo de que se le declare desaparecido y, luego, ausente.

Pero qué pasa si un buen día se inscribe en Registros Públicos un poder otorgado hace un mes por esa persona en el Cusco. Ese poder, en el que otorgue representación con facultades suficientes a una persona, será prueba suficiente de que el ausente se está ocupando de sus asuntos, al nombrar ese apoderado para que vele por su patrimonio.

Para que deje de ser calificado como ausente, basta que dé alguna señal como ésta, que indique que está ocupándose de sus asuntos. La voluntad del exausente dejará, pues, sin efecto, cualquier representación que hubiese sido establecida por los tribunales. No obstante, esto requiere se siga un proceso judicial, tal como lo establece el artículo 60 del Código Civil.

c) Comprobación de la muerte del ausente (inciso 3)

Toda la problemática referida al ausente, parte de la idea de que esa persona está viva, pero no se sabe dónde se encuentra. En ese sentido, si se comprobase su muerte, entonces acabaría de inmediato su condición de ausente y se abriría su sucesión, heredándolo quienes corresponda, sea por existir testamento o por sucesión intestada. Nótese que sus herederos no necesariamente coincidirán con quienes tenían la calidad de eventuales herederos forzosos al momento en que se le otorgó judicialmente la calidad de ausente.

d) Declaración judicial de muerte presunta (inciso 4)

Este supuesto es, tal vez, el de más común ocurrencia con respecto a quien hubiese sido declarado ausente. Si alguien ya tuvo dos años de ausencia, es muy probable que siga en esta condición y llegue a cumplir diez años de ausencia. En este caso, como veremos posteriormente, se le podría declarar presuntamente muerto, en virtud a lo establecido por el inciso 1 del artículo 63 del Código Civil peruano de 1984.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Restitución o sucesión del patrimonio del ausente

> **Artículo 60.-** En los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 59 se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como proceso no contencioso con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia.
>
> En los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59, se procede a la apertura de la sucesión.

El texto original del artículo 60 del Código Civil de 1984 establecía lo siguiente:

> **Artículo 60.-** En los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 59 se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La resolución es dictada dentro del procedimiento de declaración judicial de ausencia.
>
> En los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59 se procede a la apertura de la sucesión.

Este artículo fue modificado por el artículo 5 del Decreto Ley n.° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992, cuyo texto es el siguiente:

> **Artículo 60.-** En los casos de los incisos 1 y 2 del artículo 59 se restituye a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre. La petición se tramita como proceso no contencioso con citación de quienes solicitaron la declaración de ausencia.
>
> En los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59, se procede a la apertura de la sucesión.

Posteriormente, el artículo 60 fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993; la misma que recoge las modificaciones hechas anteriormente a este artículo por la primera disposición modificatoria del Decreto Legislativo n.° 768, publicado el 4 de marzo de 1992 y la del artículo 5 del Decreto Ley n.° 25940, publicado el 11 de diciembre de 1992, cuyo texto vigente es el transcrito al inicio de este comentario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como acabamos de ver, el artículo 59 del Código Civil establece cuatro causales para el cese de la condición de ausente. Las dos primeras implican que el ausente, o se hace presente o designa a alguien para que se ocupe de sus propios asuntos (incisos 1 y 2, respectivamente); en tanto los incisos 3 y 4 implican que el ausente ha muerto.

Es así que el artículo 60 establece que para los dos primeros supuestos, lo que va a ocurrir es que se restituirá a su titular el patrimonio, en el estado en que se encuentre; a cuyo efecto la petición se tramita como proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaran la declaración de ausencia. En estos casos, de lo que se trata es de volver las cosas al estado en que se encontraban antes de que el exausente hubiese sido declarado como tal. Se podría decir que el ausente «dio señales de vida».

Lo opuesto sucederá para los casos de los incisos 3 y 4 del artículo 59, es decir, para aquellos supuestos en que el exausente ha muerto (se comprueba su muerte o se declara su muerte presunta). En estos supuestos lo que correspondería sería abrir la sucesión. No olvidemos lo dispuesto por el artículo 660 del Código Civil, en el sentido de que desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VII
Fin de la persona

Capítulo Primero
Muerte

Fin de la persona

Artículo 61.- La muerte pone fin a la persona.

El artículo 61 es muy escueto y elocuente. En menos de una línea señala la única causal por la que se pone fin a la persona. Se trata de la muerte. La muerte es definida como el final de la vida y ella es entendida, contemporáneamente, como el cese de la función o actividad cerebral de una persona. Podría darse el caso en que la persona haya dejado de tener funciones vitales en el resto de sus órganos, pero que se mantenga con vida de manera artificial, por ejemplo, conectada a un aparato que le haga respirar.

Podemos recordar que el artículo 3 de la Ley de Trasplantes de Órganos y/o Tejidos Humanos, establece que el diagnóstico y certificación de la muerte de una persona se basa en el cese definitivo e irreversible de las funciones encefálicas de acuerdo a los protocolos que establezca el reglamento y bajo responsabilidad del médico que lo certifica.

Pero una vez que hayan cesado las funciones cerebrales de la persona, y no sea ayudada a respirar de manera artificial, habrá muerto. La muerte, entonces, acarreará una serie de efectos, fundamentalmente de orden sucesorio (argumento del artículo 660 del Código Civil). Ello, en virtud a que un cadáver no puede ser titular de derechos subjetivos, ni reales, ni obligacionales.

Es importante subrayar que la legislación peruana no contempla ninguna otra causal de extinción de la persona. La protección de la vida está asegurada desde el nacimiento hasta la muerte. Incluso en materia penal, la pena de muerte se encuentra restringida en el Perú a los supuestos de traición a la patria, en caso de guerra y el de terrorismo, conforme a las leyes y a los tratados de los que el Perú es parte obligada (artículo 140 de la Constitución Política de 1993).

ASTUDILLO CASTILLO FREYRE

Conmorencia

Artículo 62.- Si no se puede probar cuál de dos o más personas murió primero, se las reputa muertas al mismo tiempo y entre ellas no hay trasmisión de derechos hereditarios.

En la gran mayoría de casos, la muerte de personas que tienen vocación sucesoria entre sí, se produce en momentos no sólo definidos, sino también distintos, pudiéndose distinguir con claridad quién murió primero y, así, como correlato, quiénes serán sus sucesores.

Pero hay situaciones, fundamentalmente derivadas de accidentes, en las cuales resultará imposible saber quién murió primero.

Sería el caso, por ejemplo, de un accidente automovilístico en el que mueran los padres y los dos hijos de esa pareja. Si la muerte hubiese sido instantánea para algunos, pero otros hubiesen fallecido algunos días después, podría ser aplicable lo dispuesto en el artículo 62 del Código Civil. No obstante, dicha norma sólo se puede aplicar si no resultara posible conocer quién murió primero.

Si se tratase de un accidente de aviación, en el que mueran todos los pasajeros, habría casos en que tal vez sea posible saber si alguien murió primero. Sería el del ejemplo del avión que se estrella contra un cerro y todos los pasajeros mueren. En este caso, podría presumirse que aquellos que estaban sentados en las primeras filas murieron antes que quienes estaban sentados en las últimas. No obstante, no sabemos si alguien estaba fuera de su asiento, en el baño, por ejemplo.

Ello será muy difícil de conocer luego de un accidente de estas características, que termine, incluso, con la explosión, incendio y pulverización de la aeronave y sus pasajeros.

En estos casos, se aplicará lo dispuesto por el artículo 62 del Código Civil. Pero nótese que debemos entender que este precepto sólo podría considerarse aplicable si es que se hubiese investigado el accidente y se hubiera llegado a la conclusión, por parte de los expertos, de que no resulta posible conocer con certidumbre quién murió primero. En este supuesto, si las personas fallecidas tenían vocación hereditaria entre sí, pues no heredarán entre ellas, ya que se les considerará como que han muerto en el mismo momento. Ello implicará, como bien señala el artículo 62, que entre ellas no habrá trasmisión de derechos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO REYES

Capítulo Segundo
Declaración de muerte presunta

Procedencia de declaración judicial de muerte presunta

Artículo 63.- Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos:

1.- Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.

2.- Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso.

3.- Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.

El artículo 63 se encarga de establecer que para que se declare la muerte presunta de una persona no será indispensable que antes hubiese sido declarada ausente (menos, desaparecida). Ello, aunque, probablemente, en la mayoría de casos sí habrá sido declarado ausente en su momento; nos referimos a aquellos supuestos en que su desaparición no se hubiera producido en circunstancias constitutivas de peligro de muerte.

Esta declaración de muerte presunta se tramita en la vía judicial, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público. Los casos en que procede son los siguientes:

a) Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco, si éste tuviere más de ochenta años (inciso 1)

El primer supuesto contemplado por el inciso 1 del artículo 63 es cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido.

Aquí se está empleando la palabra «desaparecido» en sentido lato o vulgar y no en sentido jurídico, pues la declaración judicial de desaparición no

LETRAS-LEGIO CASTILLO FREYRE

constituye requisito indispensable para poder luego solicitar la de muerte presunta.

Si una persona desaparece por diez años o más, sin haberse tenido noticias de él, habiendo dejado su familia y su patrimonio, es de suponer que no se encuentre con vida, pues si lo estuviera, entonces su proceder habría sido presumiblemente distinto. Es verdad que la ley parte de una presunción (la de considerarlo muerto a los diez años de su desaparición), y ello es correcto, pues no se le puede considerar vivo e incomunicado por siempre. Diez años es un plazo más que suficiente. Es cierto que con los avances en los medios de comunicación se trata de un plazo un tanto largo. Tal vez seis u ocho años hoy (no en 1984) serían suficientes. Sin embargo, convenimos en que cualquiera que fuere el plazo, el mismo sería arbitrario.

Pero el inciso 1, también se coloca en otro supuesto: si hubiesen transcurrido cinco años si el desaparecido tuviere más de ochenta años.

La ley procede en este sentido, porque si la persona tuviere más de ochenta años, una desaparición de cinco años sería más que suficiente para poder presumir su fallecimiento. Por lo demás, este plazo —como cualquier otro— es arbitrario. Nosotros, en tiempos actuales, preferiríamos uno de tres o cuatro años. Creemos que en la actualidad sería más que suficiente para presumir la muerte de esa persona.

b) Cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte (inciso 2)

Circunstancias constitutivas de peligro de muerte no equivalen a que se tenga certeza de la muerte de la persona.

Si un avión se estrella y desintegra y no se encuentra el cadáver de esa persona, pero sí los de casi todas las personas, será obvio que la persona en cuestión habrá muerto también, por lo que estaremos en el supuesto del inciso 3 del artículo 63 y no en el del 2. Pero si el avión hubiera desaparecido de modo que no se tenga noticias de él, se podrá decir que su desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, pero no se podrá asegurar que ha fallecido. Por eso, estaremos en el supuesto del inciso 2 del artículo 63.

En estos casos, el plazo corre a partir de la cesación del evento. Si se tratase de un evento de mínima duración (como sería el caso del vuelo de un avión desaparecido), no habrá problemas para el inicio del cómputo, salvo unas pocas horas. Pero hay eventos que duran más tiempo, como sería el caso de una guerra en la que desaparezca un soldado del ejército,

pero no se tenga certeza de su muerte, a pesar de haber desaparecido en batalla, vale decir, en circunstancias constitutivas de peligro de muerte.

Aquí el cómputo del plazo se hará a partir del fin de las hostilidades.

c) Cuando exista certeza de la muerte, aunque el cadáver no sea encontrado o reconocido (inciso 3)

Como ya hemos adelantado, existen casos en los cuales la desaparición de la persona se haya producido en un evento en el que conste su muerte, pero no se encuentre el cadáver. Será el supuesto en el cual, por ejemplo, un buzo muera tragado por una ballena, mientras parte de las personas de su equipo filmaba al animal, el mismo que, luego, desaparece en el océano y nunca es hallado. Aquí se tiene la certeza de la muerte de esa persona, a pesar de que no se encuentre su cadáver. De esta manera, procederá la declaración de muerte presunta.

En lo que respecta al extremo del inciso 3, relativo al no reconocimiento del cadáver, el mismo ha perdido mucha vigencia con el paso de los años y con la ayuda que a este respecto brindan las pruebas de ADN. No obstante, es verdad que no siempre será posible reconocer un cadáver, sea por el grado de deterioro sufrido (por ejemplo, en un incendio) o por su propia destrucción o desintegración.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Efectos de la declaración de muerte presunta con respecto al matrimonio

Artículo 64.- La declaración de muerte presunta disuelve el matrimonio del desaparecido. Dicha resolución se inscribe en el registro de defunciones.

Como sabemos, la declaración de muerte presunta surte los mismos efectos que la muerte de una persona. Jurídicamente hablando, la declaración de muerte presunta también pone fin a la persona y determina la apertura de su sucesión (artículo 660 del Código Civil).

Entonces, como produce los mismos efectos que la muerte, si la persona que ha sido declarada presuntamente muerta estaba casada, entonces, quien era su cónyuge pasará a tener el estado civil de viudo.

Esto determina que, como sabemos, el viudo podrá mantenerse en ese estado civil o pasar a estar casado. Si se casara y apareciese quien había sido declarado presuntamente muerto, el matrimonio de este último no recobrará validez. Su viuda seguirá casada con su nuevo esposo.

Debemos aclarar que ello será siempre así, aun el viudo que se hubiese vuelto a casar se hubiere divorciado o hubiere enviudado de un nuevo esposo o esposa.

Esto, por una simple cuestión de seguridad jurídica, lo que determina que si quien reaparece luego de haber sido declarado presuntamente muerto, desea volverse a casar con su antigua esposa, pueda volver a hacerlo, en tanto ella esté de acuerdo y no hubiere contraído nuevas nupcias, claro está.

Estos casos siempre me hacen recordar la famosa película «Los girasoles de Rusia», con Sofia Loren y Marcelo Mastroianni.

Para concluir, diremos que, en verdad, el artículo 64 no resultaría indispensable, habida cuenta de que su solución es natural, tratándose de una persona que ha muerto.

Pero, entendemos el propósito que ha tenido el legislador de 1984 al resaltar este tema.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CONTENIDO DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA MUERTE PRESUNTA

Artículo 65.- En la resolución que declara la muerte presunta se indica la fecha probable y, de ser posible, el lugar de la muerte del desaparecido.

El artículo 65 establece que la resolución que declara la muerte presunta de una persona deberá indicar la fecha probable de la muerte del desaparecido.

Ello será posible, naturalmente, cuando se tenga alguna pista o dato sobre el particular. Nos referimos, de manera específica, a los supuestos de los incisos 2 y 3 del artículo 63, casos en los cuales sí se tendría una idea aproximada de la fecha de la muerte de esa persona.

No ocurriría lo mismo en el supuesto del inciso 1, pues no hubo circunstancia constitutiva de peligro de muerte, ni muerte certera de por medio.

En lo que respecta al lugar de la muerte del desaparecido, su señalamiento, de ser posible, debe estar contenido en la resolución que declara la muerte presunta. Así lo establece el artículo 65 del Código Civil.

Sobre el particular hacemos aplicables, *mutatis mutandis*, nuestros comentarios en torno a la fecha de la muerte.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN DE MUERTE PRESUNTA

Artículo 66.- El juez que considere improcedente la declaración de muerte presunta puede declarar la ausencia.

La declaración de improcedencia de muerte presunta podría derivar del incumplimiento de algunos de los requisitos que establece la ley para tal efecto. En realidad, al tratarse de elementos de fondo y no de forma, debería hablarse de que el juez la considere infundada y no improcedente. No obstante, estimamos que el Código Civil, en su artículo 66, cuando emplea la palabra «improcedente», lo está haciendo en el sentido lato del término, como sinónimo de desestimar la pretensión, sea ésta declarada infundada o improcedente.

Lo que podría ocurrir es que el juzgador estime que no tiene la absoluta convicción de que se haya producido la muerte de la persona, por ejemplo, en caso existan dudas sobre si las noticias que hubo sobre su paradero fueron ciertas o falsas (inciso 1, artículo 63); o porque no esté plenamente convencido de que las circunstancias de su desaparición, hayan sido constitutivas de peligro de muerte (inciso 2, artículo 63); o que le falte convicción acerca de la certeza de su muerte (inciso 3, artículo 63).

Es de destacar que el artículo 66 señala que, en estos casos, el juez podrá declarar la ausencia de la persona, naturalmente, si tal ausencia no hubiese sido declarada previamente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Capítulo Tercero
Reconocimiento de existencia

Reconocimiento de existencia

Artículo 67.- La existencia de la persona cuya muerte hubiera sido judicialmente declarada, puede ser reconocida a solicitud de ella, de cualquier interesado, o del Ministerio Público. La pretensión se tramita como proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaron la declaración de muerte presunta.

El texto original del artículo 67 del Código Civil peruano de 1984 era el siguiente:

> **Artículo 67.-** La existencia de la persona cuya muerte hubiere sido judicialmente declarada debe ser reconocida a solicitud de ella, de cualquier interesado o del Ministerio Público, dentro del mismo proceso, con citación de quienes intervinieron en éste y sin más trámite que la prueba de la supervivencia.

Este artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993, cuyo texto, en actual vigencia, es el que se transcribe al inicio de este comentario.

Para analizar el artículo 67 del Código Civil, debemos partir de una idea central; y es que la declaración de muerte presunta es, en buena cuenta, una ficción a la que recurre el Derecho para que se considere muerta a una persona, sin que se haya podido extender sobre ella un certificado de defunción, requisito indispensable para —por la vía normal— poder extender la partida de defunción sobre ella y retirarla de la base de datos de los ciudadanos vivos, del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec).

La declaración judicial de muerte presunta no deja de ser eso, una resolución judicial en la que los tribunales de justicia declaran que una persona presumiblemente ha fallecido. Ello no asevera la muerte; la presume, nada más.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Esto determina que, dentro del orden de probabilidades, pueda ocurrir que esa persona, en verdad, no haya muerto y reaparezca. Si ese fuera el caso, tendrá todo el derecho, como persona que es y en base a su derecho a la identidad, a ser reconocida como que está viva.

En estos casos y, en la medida en que ello resulte posible, esa persona podrá intentar retrotraer su situación personal y patrimonial a como se encontraba antes de que fuera declarada presuntamente muerta.

Además del legítimo interesado, el artículo 67 establece que puede demandar ese reconocimiento, cualquier otra persona interesada o el Ministerio Público.

En esos casos, la pretensión se tramita como proceso no contencioso, con citación de quienes solicitaran la declaración de muerte presunta.

La resolución que ponga fin a ese proceso concluirá con la plena rehabilitación (reconocimiento) de la persona.

Se trata de un caso peculiar en el que alguien que fue considerado muerto, «resucita», jurídicamente hablando.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Efectos sobre el nuevo matrimonio

Artículo 68.- El reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge.

Resulta natural que si una persona es declarada presuntamente muerta, su viudo o viuda pueda volver a casarse. Es el mismo caso de quien ha enviudado en circunstancias normales. Por ello, el legislador de 1984 se preocupó de establecer de manera precisa, en el artículo 68, que el reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge.

Esto, por una cuestión de elemental seguridad jurídica. Por lo demás, si el excónyuge del reaparecido y reconocido como vivo, siente que quiere más a su anterior cónyuge, pues podrá divorciarse del nuevo cónyuge y contraer —otra vez— matrimonio con su antiguo cónyuge. Todo ello, naturalmente, si le fuese posible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Facultad de reivindicar bienes

Artículo 69.- El reconocimiento de existencia faculta a la persona para reivindicar sus bienes, conforme a ley.

Es natural que si la persona que había sido declarada presuntamente muerta, reaparece y logra ser reconocida por los tribunales, entonces, pueda reivindicar los bienes de su patrimonio, conforme a ley.

Presumiblemente tales bienes se encuentren en poder de quienes hubiesen sido declarados herederos o de los herederos testamentarios; ello, en la medida de que la persona en cuestión hubiera otorgado testamento antes de su desaparición.

Si los bienes siguieran en poder de tales herederos, serían reivindicables, así como si hubiesen sido enajenados a título gratuito (de manos del adquiriente de los mismos). Si hubiesen sido enajenados por el heredero a título oneroso, tales bienes resultarían irreivindicables.

Esto, pues no podría perjudicarse derechos de terceros adquirientes a título oneroso.

Pero el reaparecido podría reclamar a los herederos aparentes la entrega de cuanto hubiesen recibido como pago a cambio de los bienes, en lo que no hubiesen gastado, pues actuaron de buena fe, al haber sido declarado presuntamente muerto el ahora reaparecido.

Es evidente, también, que el reaparecido podrá reclamar y recuperar los bienes consistentes en sumas de dinero depositadas en instituciones bancarias antes de su desaparición; ello, igualmente, en tanto no haya sido gastado por los herederos aparentes.

Debemos precisar que el caso bajo estudio no presenta supuestos de pagos indebidos.

Decimos esto, en la medida de que al haber sido declarada la persona presuntamente muerta y, por consiguiente, al haber sido declarados formalmente como herederos quienes les correspondía tal calidad, se presenta una situación jurídica respaldada por el Derecho, y, a la vez, una realidad formal que determina que el presuntamente muerto, por más que esté vivo, se encuentra

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

jurídicamente muerto; y que los herederos aparentes, por más que no lo sean en verdad, sí lo serán en el terreno jurídico.

Todo ello llevará a que se deba respetar esa realidad y el Derecho tendrá que preservar la validez de los actos que se celebren conforme a ella. Así, los pagos que hubiesen realizado los herederos aparentes con bienes de la herencia, serán pagos válidos y firmes; y los pagos que hubiesen recibido de terceros, también lo serán.

Esto, en la medida de que el pago indebido presupone la existencia de un error en quien lo hace. Ello, conforme a lo dispuesto por el artículo 1267 del Código Civil de 1984.

Entonces, la doctrina del pago indebido se basa en el error, y cuando se le paga a un heredero aparente no hay error alguno, pues se le paga a aquel que ha sido reconocido como tal por la ley.

Antes de finalizar, debemos decir que la pretensión de reconocimiento de existencia de la persona que hubiese sido declarada presuntamente muerta, tiene carácter imprescriptible. Ello, no porque lo señale norma legal alguna, sino porque el derecho a la vida y el derecho a la identidad de la persona así lo imponen.

También lo es la pretensión reivindicatoria (argumento del artículo 927 del Código Civil peruano de 1984). Ella, como sabemos es la que la ley otorga al propietario no poseedor para recuperar la posesión de un bien que está en poder de un poseedor no propietario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO VIII
REGISTROS DEL ESTADO CIVIL

Todo este Título fue derogado por la séptima disposición final de la Ley n.° 26497, publicada el 12 de julio de 1995.

No obstante, consignaremos la sumilla de cada uno de estos preceptos y los textos derogados.

ACTOS INSCRIBIBLES EN LOS REGISTROS DEL ESTADO CIVIL

Artículo 70.- Los Registros del Estado Civil son públicos. En ellos se inscriben los nacimientos, los matrimonios y las defunciones.

El reglamento de dichos registros determina los demás actos inscribibles conforme a ley.

LUGARES DE FUNCIONAMIENTO DE LOS REGISTROS DEL ESTADO CIVIL

Artículo 71.- Habrá registros a cargo de las autoridades o funcionarios competentes:

1.- En todos los concejos municipales.

2.- En los consulados del Perú.

3.- En otros lugares donde fueren necesarios, por aplicación de la ley de la materia.

COMPETENCIA TERRITORIAL PARA LAS INSCRIPCIONES

Artículo 72.- Las inscripciones se extienden en el registro del lugar donde ocurran los respectivos hechos, con las formalidades que determina la ley.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Valor probatorio de las partidas de registro

Artículo 73.- Las partidas de inscripción prueban los hechos a que se refieren, salvo que se declare judicialmente su nulidad.

Rectificaciones o adiciones en las partidas de registro

Artículo 74.- Pueden hacerse rectificaciones o adiciones en las partidas de registro sólo en virtud de resolución judicial, salvo disposición distinta de la ley.

Prueba de inscripción por destrucción de la partida de registro

Artículo 75.- La persona afectada por la destrucción o pérdida de las partidas de inscripción puede probar los actos inscribibles por los medios que permite la ley, siempre que se acredite su inexistencia en el registro respectivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sección Segunda
Personas jurídicas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

NORMAS QUE RIGEN LA PERSONA JURÍDICA

Artículo 76.- La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas.

La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.

El Código Civil de 1984 regula tanto las disposiciones generales de las personas jurídicas (artículos 76 a 79), como lo relativo a determinadas personas jurídicas, la asociación (artículos 80 a 98), la fundación (artículos 99 a 110), el comité (artículos 111 a 123), la asociación no inscrita (artículos 124 a 126), la fundación no inscrita (artículos 127 a 129), el comité no inscrito (artículos 130 a 133) y las comunidades campesinas y nativas (artículos 134 a 139).

Entonces, es claro que el Código de 1984 no regula, ni tampoco tiene vocación para hacerlo, todo lo relativo a las personas jurídicas con fines de lucro, las mismas que reciben tratamiento en la Ley General de Sociedades, Ley n.° 26887, promulgada el 19 de noviembre de 1997.

Dentro de tal orden de ideas, la normativa del Código Civil sobre las personas jurídicas, deviene en parcial, no obstante lo cual sus disposiciones generales sí tienen vocación de generalidad.

Vamos a estudiar, una a una, las normas sobre la materia, comenzando por el artículo 76, precepto que establece que la existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas. Esta regulación, no es sólo dual (Código Civil - Ley General de Sociedades), en la medida en que existen otras personas jurídicas que merecen regulación en leyes especiales, como es el caso de la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, regulada por el Decreto Ley n.° 21621, promulgado el 14 de septiembre de 1976.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 76 del Código Civil, agrega que la persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.

No son objeto de estudio en este trabajo, las personas jurídicas de derecho público. Ellas son creadas por el propio Estado, por Ley de Congreso de la República, tal como establece el artículo 60 de la Constitución Política de 1993.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Inicio de la persona jurídica

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

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

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

La persona jurídica es una entelequia. Se trata de una ficción por la cual el Derecho otorga personalidad jurídica a un ente abstracto. Así, mientras la persona natural es una realidad tangible, la persona jurídica sólo tiene existencia porque el Derecho se la reconoce, a diferencia de la persona natural, que existe antes del reconocimiento que el Derecho le otorga.

Es verdad que el desarrollo del Derecho ha determinado que las personas naturales tengan cada vez más derechos, pero ellos no son sino un desarrollo de su condición de seres humanos.

Por ejemplo, si hablamos de Derecho Natural, ni siquiera sería necesario el reconocimiento de derechos a las personas naturales, habida cuenta de que, por el solo hecho de serlo, los tendrían. No ocurre, pues, lo mismo con las personas jurídicas.

Pero, a pesar de ello, el Derecho ha ido ampliando cada vez más la gama de derechos que se reconoce a las personas jurídicas.

El lunes 21 de mayo de 2018, en el marco de un congreso de Derecho Civil, pronuncié una ponencia titulada «El daño moral a la persona jurídica», cuyos puntos centrales me permito reproducir en esta obra.[8]

8 La ponencia fue publicada en el volumen 61 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje.* (Tercera parte), pp. 43 a 60. Lima, 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La primera vez que escribí sobre el particular, fue en el año 2003, cuando con el maestro Felipe Osterling Parodi, publicamos la última parte de nuestro *Tratado de las Obligaciones*; otra, en el año 2014, cuando publicamos nuestro *Tratado de Derecho de las Obligaciones* o nueva edición de dicha obra. Ahora, años después, vuelvo sobre el particular, cada vez más convencido de nuestras posiciones de origen.

Hasta hace algunas décadas,[9] era aceptada en el medio jurídico la tesis de la imposibilidad de que las personas jurídicas sean susceptibles de sufrir daños morales, dada la naturaleza misma de esos entes que son, en buena cuenta, una ficción creada por el derecho, de tal forma que sólo se les reconocían daños patrimoniales.

En esta línea argumentativa, señalábamos que Cipriano[10] manifiesta que el yo sujeto es el que reflexiona, piensa, razona. El yo objeto es el otro sujeto pensado o razonado por el yo sujeto. El yo sujeto-objeto, soy yo mismo que me percibo y reflexiono sobre lo que soy. Esta trilogía de puntos de vista sobre el yo, muestra una realidad que verdaderamente no hace posible, en principio, admitir que una persona ideal o jurídica sea un yo sujeto. Reflexionar, razonar, percibir, sentir, es propio del hombre persona: es propio de órganos físico-psíquicos.

Asimismo, Scognamiglio[11] sostiene que, definitivamente, ha de convenirse que la reparación por daños morales pertenece sólo a las personas físicas. Esta solución no se considerará injusta por quien tenga siempre presente el carácter esencialmente compensatorio de la pretensión que, como tal, obviamente, no podrá hacerse valer cuando el daño que haya de repararse no se produjo.

Como recordábamos junto al maestro Osterling, de la misma forma, Guido Alpa[12] afirma que las personas jurídicas no son susceptibles de ser sujetos pasivos de un daño moral, por cuanto, por su particular naturaleza, no pueden encontrarse en una situación de dolor, sufrimiento o aflicción (denominado por los juristas romanos *pecunia doloris*); ello corresponde sólo a las personas naturales; y, eventualmente, al concebido.

9 *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, 2.ª edición, volumen V, pp. 2241-2257.

10 Citado por Cifuentes, Santos. «El daño moral y la persona jurídica». En *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Rocca, 1989, pp. 407 y 408.

11 *Cfr.* Scognamiglio, Renato. *El daño moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962, p. 82.

12 Alpa, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: ARA Editores, 2001, p. 596. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2243.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Precisamente, con Osterling sosteníamos[13] que, a través de estas opiniones, se está adoptando un concepto muy restringido de daño moral que, obviamente, descartará de plano la existencia de perjuicio moral en las personas jurídicas, ya que éstas (que no tienen sentimientos en razón de su estructura colectiva) no podrían invocar el carácter de víctima de los actos ilícitos susceptibles de producir tales consecuencias.

Stiglitz y Echevesti,[14] sin abandonar la posición citada, introducen el tema de si las personas jurídicas son o no titulares de derechos extrapatrimoniales, y postulan que la problemática concerniente a la existencia de daño moral en la persona jurídica surge de otorgar a esta última la titularidad de ciertos derechos extrapatrimoniales (honor, nombre, libertad de acción, intimidad, etc.).

Añaden los profesores citados que, cuando se tutela el nombre, el honor, la libertad de acción, la intimidad y otros derechos similares de las personas jurídicas, no se les está reconociendo un derecho de naturaleza extrapatrimonial, sino un derecho de neto corte patrimonial.

Indican que ello es tan así que —por ejemplo— el nombre de una persona jurídica puede ser objeto de cesión o enajenación en el negocio (fondo de comercio); la reputación o el prestigio pueden ser objeto de una transacción comercial, son susceptibles de una valoración económica e integran el concepto de valor «llave»; la libertad de acción no es sino la libertad de negociar; y la intimidad, no es otra cosa que el secreto comercial. Esos mismos derechos para las personas físicas, en cambio, son inenajenables, e inmutables, y poseen los caracteres de lo extrapatrimonial.

Creemos que lo señalado no parece ser un argumento que se ajuste a la verdad, ya que en la práctica la persona jurídica también podrá ser titular de situaciones jurídicas existenciales, como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros; y, en efecto, se podrá lesionar estos derechos a la persona jurídica si se hacen afirmaciones inexactas sobre ella, si se formulan juicios de valor negativos o si se viola su correspondencia, encontrándose facultada para solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales.[15]

Brebbia[16] señala que los derechos extrapatrimoniales o morales son aquéllos que tienen por objeto la protección de bienes o presupuestos personales

13 *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2243.

14 Stiglitz, Gabriel y Carlos Echevesti. *Responsabilidad civil.* Mosset Iturraspe, Jorge (dir.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1992, pp. 255 y 256. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2243.

15 *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2245.

16 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». En *Temas de responsabilidad civil. En honor al Doctor Augusto Morello.* La Plata: Librería Editorial Platense,

que componen lo que la persona es. Tales derechos son los llamados derechos de la personalidad, inherentes a la personalidad o personalísimos, caracterizados por no ser apreciables en dinero, absolutos, no susceptibles de cesión e inalienables, y susceptibles de adquirirse o perderse con independencia de la voluntad específica de sus titulares.

Gil Botero[17] sostiene que en Colombia, si bien se mantienen los esquemas tradicionales de clasificación del daño (daño patrimonial o material y daño extrapatrimonial o inmaterial), no se puede desconocer que la existencia de ese haz de garantías constitucionales reconocidas en favor de las personas naturales y jurídicas, hace que el derecho de daños aborde problemas como el de definir si es posible afectar bienes personalísimos de las personas jurídicas, sin que necesariamente sean comprendidos y mensurables esos perjuicios bajo la égida del daño material o patrimonial.

A nivel nacional, autores como Alfonso Rebaza[18] también admiten la titularidad de derechos no patrimoniales por parte de la persona jurídica, invocando el correspondiente resarcimiento frente a la vulneración de los mismos.

De hecho, en una investigación posterior, el profesor Juan Espinoza[19] ha señalado que no se puede solicitar indemnización por una lesión física o psíquica (por motivos obvios), pero sí la lesión de un derecho existencial (o no patrimonial) del cual es titular (por su propia naturaleza) la persona jurídica.

El profesor argentino Pascual Alferillo[20] sostiene que: «es dable recordar que en la doctrina civilista se ha interpretado como factible que las personas jurídicas puedan ser indemnizadas por daño moral. Entre los defensores de esta tesis menciona a Brebbia, quien señala que la persona jurídica es sujeto pasivo del agravio moral; también a Garrido Cordobera, Banchio y Vallespino, quienes suscribieron, en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil, [lo] siguiente [...]: «Las personas de existencia ideal, cuando sufren un

1981, pp. 55 y 56. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2246.

17 *Cfr.* Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado.* Bogotá: Temis, 2011, 5ª. edición, p. 191.

18 Rebaza González, Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». En *Revista Jurídica del Perú.* Trujillo: Editora Normas Legales, año LII, n.° 36, julio de 2002, p. 113. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2247.

19 *Cfr.* Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil.* Lima: Rodhas, 2013, 7.ª edición, p. 271.

20 *Cfr.* Alferillo, Pascual E. *Prescripción de la acción de daños en el Código Civil y Comercial.* Trabajo en preparación proporcionado por el profesor Alferillo y facilitado para la elaboración de esta investigación.

menoscabo a los atributos o presupuestos de su personalidad jurídica, están legitimadas para reclamar la reparación del daño moral padecido».

Ahora bien, Jorge Joaquín Llambías[21] mencionaba entre estos derechos a los atributos inherentes a la personalidad, como el derecho al nombre, el derecho al honor, los derechos constitucionales de libertad de prensa, de libertad de asociación y de libertad de enseñanza, porque esas garantías de la libertad individual —para ser efectivas— deben extenderse a los núcleos asociativos que fundaren los individuos humanos.

Brebbia,[22] por su parte, desarrolla los siguientes derechos: al honor, al nombre, a la privacidad, a la libertad de acción, el derecho moral del autor sobre la obra que le pertenece, el derecho a la seguridad personal y la protección de los valores de afección.

Sobre la base de estas opiniones, a continuación, vamos a analizar cómo la vulneración de cada uno de estos derechos extrapatrimoniales puede generar un daño moral a la persona jurídica:

a) <u>En cuanto al derecho al honor, consideración o fama</u>

Las personas jurídicas tienen, en principio, derecho a que se las estime dignas de respeto y consideración; a que no se las afecte en su fama o reputación, en un mismo grado que a las personas individuales. En otros términos, las personas colectivas tienen honor y los terceros están obligados a respetar este atributo, como uno de los más importantes de la esfera moral de los sujetos.[23]

Santos Cifuentes[24] señala que no es lo mismo una entidad desquiciada en su actuación societaria, que un ponderoso ente bien dirigido y apuntalado por sus órganos, con estima personal reconocida, puntualidad en el cumplimiento, ponderación por seriedad, actuación ética, etcétera.

21 Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, 4.ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas, tomo I, pp. 64 y 65. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2247.

22 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, pp. 62-68.

23 *Ibídem*, p. 62. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2248.

24 Cifuentes, Santos. «El daño moral y la persona jurídica». *Op. cit.*, p. 408. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2248.

Atendiendo a la evolución conceptual de este reconocimiento, la Corte Constitucional de Colombia,[25] en una sentencia el año 2001, reconoció este derecho, al señalar que:

> Las personas jurídicas son titulares de derechos como el derecho al buen nombre, entendido como el derecho a la reputación, o sea, el concepto que las demás personas tienen de uno. Este derecho cobija [...] tanto a las personas naturales como jurídicas. El núcleo esencial de este derecho, consagrado en el artículo 15 de la Constitución, permite proteger a las personas jurídicas ante la difamación que le produzcan expresiones ofensivas o injuriosas. Es la protección del denominado *good will* en el derecho anglosajón, que es el derecho al buen nombre de una persona jurídica y que puede ser estimado pecuniariamente.
>
> [...] El artículo 13 de la Constitución consagra expresamente el derecho a la igualdad ante la ley, vedando cualquier discriminación (esto se aplica tanto a las personas naturales como jurídicas).

La doctrina, finalmente, indica que, como resultado de la afectación del derecho de la fama y consideración de una empresa, por efecto de errónea y calumniosa información soltada al mercado por su competidora, se producirá un daño real y comprobable que atacará su buen nombre y que traerá como consecuencias colaterales la pérdida de clientela o el deterioro de sus créditos bancarios, repercutiendo en la posibilidad de presentes y futuras ganancias.[26]

Por ejemplo, respecto de partidos políticos, sindicatos, fundaciones, asociaciones, confesiones religiosas sin ánimo de lucro, es decir, de personas jurídicas caracterizadas por la unión de una colectividad de personas físicas, es evidente que sí se les debería reconocer el derecho al honor, pues su desprestigio haría muy difícil la obtención de sus fines sociales.[27]

b) <u>En cuanto al derecho al nombre y a la identidad</u>

Anota Brebbia[28] que el nombre o denominación mediante el cual se distinguen las personas jurídicas, goza de la misma protección que el de las

25 Corte Constitucional. Sentencia T-938, del año 2001.

26 *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2248.

27 *Cfr.* Trigo Represas, Félix A. y Marcelo J. López Mesa. *Tratado de la responsabilidad civil.* Buenos Aires: La Ley, 2004, tomo I, p. 538.

28 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, p. 64. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2250.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

personas individuales. Cada persona es una realidad totalmente determinada y diferenciada de otra, y el nombre constituye una de las maneras que los sujetos de derecho tienen para diferenciarse de otros.

Ripert y Boulanger[29] afirmaban que el nombre es atribuido a la persona por el acto creador. Además, esta atribución cumple con la exigencia de dar publicidad a la creación de una nueva persona jurídica para revelar su existencia a terceros. Esto implica que el nombre de las personas jurídicas debe estar protegido en la misma medida que el de las personas físicas, puesto que para las sociedades comerciales constituye un elemento del fondo de comercio.

En buena cuenta, se puede sostener que la usurpación indebida del nombre comercial de una empresa, abiertamente manifiesta o encubierta, constituirá un ataque a su derecho a la identidad, que traerá como posible consecuencia la no percepción de las respectivas utilidades, debiendo ser la empresa indemnizada por dicha circunstancia.[30] [31]

c) En cuanto al derecho a la privacidad

Aun cuando las personas jurídicas no tengan una esfera de privacidad tan amplia como las personas individuales, esto no impide que puedan desarrollar actividades de carácter reservado inherentes a su fuero interno, las cuales deben quedar exentas de intrusiones de terceros.[32]

Ese derecho a la privacidad se traduce, principalmente, en la facultad de mantener su domicilio libre de intrusiones, en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de la correspondencia y de los documentos de carácter confidencial o privado, en el derecho al secreto profesional, en el derecho a que no se divulgue información que es manejada dentro de la empresa

29 RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley, 1963, tomo I, pp. 338 y 339.

30 *Cfr.* OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, volumen V, p. 2249.

31 Sin perjuicio de lo señalado, hemos encontrado una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia en la que se sostiene que «no tiene cabida en el presente caso la consideración del derecho fundamental al buen nombre, pues tratándose de una sociedad anónima, como es la peticionaria, no podría predicarse con respecto a ella un derecho de esta naturaleza, protegible a través de la tutela, pues lo que podría denominarse el derecho a su imagen o *good will* tiene sus propios y autónomos mecanismos de protección». Cabe anotar que en dicha sentencia no se menciona cuáles son esos mecanismos de protección y, además, se confunde el nombre y la imagen. (Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 1995).

32 *Cfr.* OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, volumen V, p. 2250.

con carácter de reservado y en el derecho a que las demás empresas no se entrometan en la vida privada de sus similares.[33]

En opinión de Matilde Ferreira,[34] puede afirmarse que las personas jurídicas deben ser tuteladas en su vida privada, de modo que la correspondencia, las deliberaciones y decisiones adoptadas por los órganos directivos de la empresa, así como algunas relaciones con personas jurídicas o con seres humanos, queden protegidas. Todo ello —según manifiesta Antonio Pérez Luño—,[35] a tenor de las técnicas de espionaje industrial que podrían afectar gravemente el prestigio de las empresas, razón por la cual resultaría insuficiente concebir la intimidad como un derecho garantista (estatus negativo) de defensa frente a cualquier invasión indebida de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (estatus positivo) sobre el flujo de informaciones que afectan a cada sujeto.

d) En cuanto al derecho a la libertad de acción

La persona jurídica tiene derecho a desarrollar las actividades que el ordenamiento legal le permite. En este sentido, las personas jurídicas pueden ver trabada esta libertad de acción, lo mismo que las personas físicas, y mediante una acción ilícita puede impedirse la actividad, industria o comercio que constituyen su fin estatutario. Las personas jurídicas o de existencia ideal pueden reclamar también la indemnización del daño moral por la violación de este derecho a la libertad de acción, que integra la personalidad moral de toda clase de personas.[36]

Un ejemplo de esta clase de interferencia en la libertad de acción de una persona jurídica, es la intervención y posterior impedimento del desarrollo del objeto social de una empresa, obtenida mediante la invocación de hechos falsos por parte de su competidor.[37]

33 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, pp. 66 y 67. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2250.

34 Ferreira Rubio, Matilde. *Personas jurídicas. Selección de textos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 69. Citada por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2250.

35 Pérez Luño, Antonio. *Personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 69.

36 *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2250.

37 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, pp. 64 y 65. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2251.

e) En cuanto al derecho moral del autor sobre su obra

La persona jurídica puede ser titular de una obra científica (marcas, patentes, *know-how*, etcétera), literaria o artística, y la violación de dichos derechos de carácter extrapatrimonial importará el resarcimiento del daño moral sufrido por la entidad.[38]

En efecto, se ha señalado —con razón— que en el caso particular de los derechos de autor, otorgados por el editor que ha publicado la obra, se protege la personalidad de aquél, pero en relación estricta con su obra, y comprenden el derecho a decidir acerca de la divulgación de su obra, esto es, darla a conocer o mantenerla reservada en su ámbito de privacidad, su condición de creador y la integridad de la creación, y el derecho de retractarse y retirarla de circulación, de tal suerte que el daño producido a la persona jurídica ingresará en esa faceta en el campo extrapatrimonial y puede ser ponderado a los fines del resarcimiento correspondiente.[39]

f) En cuanto al derecho a la seguridad personal

A decir de Brebbia,[40] el concepto de seguridad personal no es privativo de las personas individuales, sino que comprende a toda clase de personas, pues constituye un presupuesto del derecho a la libertad de acción, ínsito en toda persona. Así, las personas jurídicas podrían ver amenazada su existencia como entes titulares de derechos y obligaciones, por ataques materiales a los bienes patrimoniales que constituyen uno de los presupuestos de su personalidad jurídica o por la impetración de medidas judiciales temerarias o maliciosas que tiendan a trabar o impedir el cumplimiento de los fines propuestos al constituirla, con el consiguiente peligro de extinción. Por ello, la violación de este derecho acarreará un daño moral de manera directa, e indirectamente un daño patrimonial, susceptibles, ambos, de indemnización.

g) En cuanto al derecho a la protección del valor de afección sobre ciertos bienes

El mismo Brebbia[41] sostiene que la especial relación afectiva que existe entre una persona y una cosa, se produce generalmente en el caso de las

38 *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2251.

39 *Cfr.* Abrevada, Alejandra D. *El daño y su cuantificación judicial.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 431.

40 Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2251

41 Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». *Op. cit.*, p. 68. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2252.

personas físicas. Por ello, en el caso de las personas jurídicas, éstas sólo poseerán tal derecho en supuestos excepcionales. En este caso, la vinculación particular entre persona jurídica y cosa resulta de la finalidad de bien común que persigue el ente según su estatuto.

Resulta conveniente traer a colación el relato que a título de ejemplo efectuara Rebaza,[42] señalando el agravio moral que se produciría al Museo de Louvre si la Gioconda o los papiros egipcios que celosamente custodia fuesen destruidos o gravemente deteriorados. En estos casos, no obstante referirse a bienes materiales, queda claro que estos objetos cuentan con un valor afectivo que supera toda consideración patrimonial. Esta entidad, además de la pérdida material sufrida, experimentará un daño moral cuya manifestación no requiere que la persona jurídica posea sentimientos o aspectos psicológicos.

h) En cuanto al derecho al libre desarrollo de la personalidad

Scognamiglio[43] sostiene que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se encuentra referido a las condiciones que debe crear el ordenamiento jurídico para que una empresa pueda desarrollar las actividades inherentes a su objeto social y alcanzar sus fines dentro de un ambiente de tranquilidad y con un Estado que propicie las condiciones óptimas para que estos objetivos se logren.

Rebaza[44] advierte que este derecho no pretende proteger las ganancias expectaticias que hubiera podido percibir una empresa de no haberse verificado los eventos dañosos (lucro cesante), sino el prestigio, la fama, el derecho al crédito, entre otros, que habría obtenido de no haberse producido el agravio. Así —precisa—, se podría citar el caso de una empresa textil a la que se le destruye la única máquina capaz de confeccionar los grabados que la distinguen en el mercado, justamente antes de la campaña de mayores ventas y en vísperas de celebrar un contrato internacional que le generaría cuantiosos beneficios. En este supuesto, deberá evaluarse no sólo el daño patrimonial infringido a la persona jurídica, sino también la frustración de su desarrollo en el mercado y de su viabilidad como empresa.

42 Rebaza González, Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». *Op. cit.*, p. 85. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2252.

43 Scognamiglio, Renato. *El daño moral. Op. cit.*, p. 82. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2252.

44 Rebaza González, Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». *Op. cit.*, p. 86. Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2254.

- Tratamiento del daño moral a las personas jurídicas en la jurisprudencia y legislación nacional

  En el Perú este tema ha ido evolucionando de manera notable.

  La Comisión de Magistrados del Pleno Jurisdiccional Civil del 8 de noviembre de 1997,[45] respecto a la prueba del daño en la responsabilidad civil extracontractual, asumió una concepción restringida de daño moral, lo que la llevó a arribar, producto de un acuerdo unánime, a la siguiente conclusión:

  > El daño moral está constituido por el sufrimiento, afectación, dolor, preocupación, quebranto espiritual, que sólo pueden ser sufridos por personas naturales. [....] Que el daño moral no puede ser sufrido por personas jurídicas [...].[46]

  Luego, cinco años más tarde, el Tribunal Constitucional,[47] en una sentencia del 14 de agosto de 2002 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el 12 de septiembre del mismo año, resolvió la procedencia de la acción de amparo interpuesta por la Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra la Empresa Comunicación y Servicios S.R. Ltda., propietaria de la emisora Radio Imagen, y contra los periodistas Ramón Alfonso Amaringo Gonzales e Hildebrando García Moncada, a fin de que se abstengan de difundir noticias inexactas, pues afectan los derechos a la banca, la garantía del ahorro, la libre contratación y la estabilidad de los trabajadores de la entidad financiera.

  El Tribunal Constitucional consideró que las personas jurídicas también podían ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas circunstancias, pues ello se desprendería —implícitamente— del artículo 2, inciso 17, de nuestra Constitución, ya que mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es —a su vez— una garantía constitucional,

45 Integrada por los doctores Jorge Carrión Lugo, Héctor Lama More, Isabel Hasembank Armas, Víctor Raúl Mansilla Novella, Rolando Martel Chang y José Díaz Vallejos.

46 Citado por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2253.

47 Sentencia del Tribunal Constitucional publicada en el diario oficial *El Peruano*, el 12 de septiembre de 2002 y expedida el 14 de agosto del mismo año. Citada por Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2254.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en la medida en que se promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada.[48]

El Tribunal Constitucional en esta sentencia también se manifestó en torno al derecho a la fama y buena reputación de las personas jurídicas y expresó que:

> El fundamento último del reconocimiento del derecho a la buena reputación es el principio de dignidad de la persona, del cual el derecho en referencia no es sino una de las muchas maneras como aquélla se concretiza. El derecho a la buena reputación, en efecto, es en esencia un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento y la posibilidad de tutela jurisdiccional está directamente vinculado (sic) con el ser humano.
>
> Sin embargo, [...] éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra «la imagen» que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo.

Por otra parte, a nivel constitucional, como acertadamente hacía referencia la citada sentencia, la Carta Política del Perú de 1979 disponía en su artículo 3 que los derechos fundamentales consagrados en su artículo 2, eran también patrimonio de las personas jurídicas en cuanto le fueran aplicables. Debemos entender que cuando el artículo 2 de la vigente Constitución de 1993 hace referencia a los derechos de la persona, toma este último término en un sentido amplio e incorpora a las personas jurídicas algunos de los derechos fundamentales mencionados por el acotado artículo.[49]

Cabe señalar que el Código Civil de 1984 también habilita la protección de los derechos extrapatrimoniales de las personas jurídicas. Esto se desprende de una interpretación extensiva de los artículos 1322, 1984 y 1985 de dicho

48 *Cfr.* Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, p. 2254.
49 *Cfr. Ibidem*, p. 2256.

cuerpo normativo. En tal sentido, se debe tener en cuenta el criterio amplio de daño moral anteriormente desarrollado, pues sólo de esta manera se estaría protegiendo los derechos constitucionales consagrados en el artículo 2 de la Constitución, los que —como ha sido expuesto— resultan aplicables a las personas jurídicas.

Como decíamos con el profesor Osterling, es importante precisar que esta interpretación extensiva atiende a la *ratio legis* de la norma, la cual se inspira en el deber general de no dañar a otro, así como en el derecho de una persona, sea natural o jurídica, a que se le indemnice por los daños infringidos.

Existen también otras sentencias en donde se ha reconocido que una persona jurídica puede sufrir daños morales.[50]

De otro lado, y de manera más reciente, en una Casación[51] publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 31 de julio de 2013, se estableció lo siguiente:

> **Quinto**.- Que, sobre el daño moral de las personas jurídicas, [...] éstas, como titulares de situaciones jurídicas existentes (como el derecho a la identidad, reputación, privacidad, entre otros), son pasibles de sufrir daños morales, por cuanto sus derechos pueden lesionarse si se hacen afirmaciones inexactas sobre ellas, o se hacen juicios de valor negativos o simplemente si se viola su correspondencia, pudiendo solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

50 Aunque en el caso concreto no se otorgaron al demandante, resulta ilustrativo leer el fundamento de la Casación n.° 2673-2010-Lima, de fecha 31 de mayo de 2011, la misma que recoge los siguientes términos:

«Sexto.- Que, bajo este orden de ideas, es del caso señalar que si bien es cierto que una persona jurídica (Banco Central de Reserva del Perú) pretende que se le indemnice por el daño moral que el Instituto Peruano de Economía le habría causado al hacer una publicación en su página web alegando que la entidad bancaria vende moneda extranjera con la intención de crear un ambiente de calma y reducir el impacto a una candidatura presidencial, lo es también que para amparar este tipo de procesos, no basta la sola afirmación de la acción antijurídica o el menoscabo a la credibilidad de su reputación, sino que el actor como titular deba certificar a través de los mecanismos de prueba que hay en nuestro ordenamiento legal que la lesión efectuada por la acción antijurídica le causó perjuicio, hecho que no se da en el caso de autos, más aún si advertimos que la entidad recurrente sólo se limitó a cuestionar las opiniones vertidas en diferentes diarios del país, pero no demuestra con prueba fehaciente cómo lo dicho por el demandado le causó perjuicio, aún *(sic)* si tenemos en consideración que las publicaciones cuestionadas se hicieron en uso de la libertad de opinión consagrada en la Constitución, por cuanto el instituto demandado, se encuentra facultado para opinar respecto a la variación del precio de la moneda, más aún si el Banco Central de Reserva hizo una intervención a gran escala comparada con los años anteriores para bajar el costo de la moneda extranjera, por lo que el recurso debe desestimarse».

51 Casación n.° 2673-2010-Lima, de fecha 31 de mayo de 2011.

JESÚS MARÍA CASTILLO FREYRE

Ahora bien, el Tribunal Constitucional peruano ha emitido una sentencia en la que se enumera los derechos que tienen las personas jurídicas, señalando un número muy apreciable de ellos:[52]

> 14. En medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes:
>
> a) El derecho a la igualdad ante la ley (artículos 2, incisos 2, 60, 63).
>
> b) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (artículo 2, inciso 4).
>
> c) El derecho de acceso a la información pública (artículo 2, inciso 5).
>
> d) El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (artículo 2, inciso 5, párrafo segundo).
>
> e) El derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2, inciso 6).
>
> f) El derecho a la buena reputación (artículo 2, inciso 7).
>
> g) La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica (artículo 2, inciso 8).
>
> h) La inviolabilidad de domicilio (artículo 2, inciso 9).
>
> i) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (artículo 2, inciso 10).
>
> j) La libertad de residencia (artículo 2, inciso 11).
>
> k) El derecho de reunión (artículo 2, inciso 12).
>
> l) El derecho de asociación (artículo 2, inciso 13).
>
> m) La libertad de contratación (artículo 2, inciso 14).
>
> n) La libertad de trabajo (artículo 2, inciso 15, y artículo 59).
>
> o) El derecho de propiedad (artículo 2, inciso 16).

52 Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el expediente n.° 4972-2006-PA/TC.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

p) El derecho a la participación en la vida de la nación (artículo 2, inciso 17).

q) El derecho de petición (artículo 2, inciso 20).

r) El derecho a la nacionalidad (artículo 2, inciso 21).

s) El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (artículo 19).

t) La libertad de iniciativa privada (artículo 58).

u) La libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59).

v) La libre competencia (artículo 61).

w) La prohibición de confiscatoriedad tributaria (artículo 74).

x) El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional (artículo 139, inciso 3).

La importancia de esta lista es innegable, pues ella permite identificar qué derechos son de titularidad de una persona jurídica, y la vulneración de alguno de ellos podría abrir la puerta para entrar en el análisis de la posibilidad de resarcir un eventual daño moral sufrido.

Evidentemente, nos encontramos frente a un tema de infinitos alcances.

Volviendo al artículo 77 del Código Civil, bajo comentario, diremos que el mismo empieza señalando que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

Todo lo expresado al inicio del estudio de esta norma, en torno al carácter ficticio de las personas jurídicas, se relaciona directamente con lo dispuesto en el artículo 77. Esto, pues si no se exigiese el registro para la existencia de la persona jurídica, entonces su existencia sería más o menos como la de un fantasma (se le ve, pero no existe).

La seguridad jurídica exige que quienes desean constituir —y constituyen— una persona jurídica, la inscriban en Registros Públicos. Así, sus creadores, recibirán, no solamente el reconocimiento del Estado, sino que además lo harán público, para que toda la sociedad la conozca y sepa que ha nacido un nuevo sujeto de derechos, quien podrá —de ahora en adelante— celebrar infinidad de actos jurídicos y contratos, seguramente del más variado orden.

ESTEBAN MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre este tema, resulta indispensable mencionar que una cosa es la existencia de la persona jurídica y otra, parecida, pero distinta, es el acto creador de la misma.

Por ejemplo, si tomamos el caso de una asociación, el contrato social que suscriban los asociados que le dan nacimiento, será un acto válido. Sería, pues, el acto creador de esa persona jurídica para el Derecho. No se puede decir que el contrato de creación de una persona jurídica recién sería válido con la inscripción en Registros Públicos. Ello, por razones muy simples, y es que si no fuera un contrato válido, simplemente no se podría inscribir en Registros Públicos. Esto resulta evidente.

Entonces, en el terreno de los actos jurídicos y contratos, el contrato de creación de una persona jurídica existe —como contrato— desde la firma de la escritura pública, por parte de los miembros fundadores.

Si bien la ley no establece en el Código Civil el requisito de la escritura pública, el mismo resulta indispensable, dado que si no hubiese escritura pública, nunca podría registrarse la persona jurídica y, por tanto, llegar a tener existencia para el Derecho.

Esto determina que desde la firma de la escritura pública, las partes celebrantes de ese contrato podrían exigirse el cumplimiento de las obligaciones que cada uno hubiera asumido en el acto fundacional de la persona jurídica.

En ese sentido, no debemos olvidar que estaremos en presencia de un contrato plurilateral con prestaciones autónomas, el mismo que se halla regulado en el artículo 1434 del propio Código Civil, norma que establece lo siguiente:

> **Artículo 1434**.- En los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas, la imposibilidad sobreviniente de cumplir la prestación por una de las partes no determina la resolución del contrato respecto de las otras, a menos que la prestación incumplida se considere esencial, de acuerdo con las circunstancias.
>
> En los casos de incumplimiento, las otras partes pueden optar por resolver el vínculo respecto del que hubiese incumplido o exigir su cumplimiento.

De acuerdo a lo expuesto, queda claro, entonces, que hay que distinguir el contrato creador de la persona jurídica y el acto administrativo por el cual el Derecho reconoce su existencia. Se trata de dos conceptos diferentes y de dos momentos distintos. Así, antes de inscribir en el registro a una persona jurídica, estaremos en presencia del contrato por el que se le crea, contrato que

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

existe y es válido. La persona jurídica aún no existirá como tal, pero sólo se trata de un tema de carácter administrativo.

Es esto lo que consideramos debe entenderse del primer párrafo del artículo 77, cuando señala que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley.

El artículo 77, en su segundo párrafo, establece que la eficacia de los actos celebrados a nombre de la persona jurídica antes de su inscripción, queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Se trata, sin duda, de un tema de especial dificultad dentro de la teoría de los actos jurídicos y contratos.

Veamos.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 140, inciso 1, los actos jurídicos, para su validez, deben haber sido celebrados por personas con plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley. Si bien es cierto la redacción actual de este inciso está pensada para los casos de las personas con discapacidad, pues fue introducido por el Decreto Legislativo n.° 1384, debemos reparar en que cuando se celebra un acto jurídico antes de la inscripción de la persona jurídica en el registro, el sujeto, en realidad, no existe y está siendo representado por sus gestores; pero la persona jurídica aún carece de existencia para el Derecho.

Eso significa que el contrato, en la teoría general de los actos jurídicos, debería ser nulo.

Pero ocurre que el artículo 77 no condiciona su validez a la futura inscripción de la persona jurídica en el registro, sino lo que condiciona es sólo su eficacia.

Esto, que constituye una ficción, como tantas otras existentes en el Derecho Civil y, por supuesto, en el Derecho en general, se relaciona directamente con lo preceptuado en el tercer párrafo del propio artículo 77, cuando la norma señala que si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

En otras palabras, los actos jurídicos celebrados a nombre de una persona jurídica ya creada, pero todavía no inscrita en Registros Públicos, serán actos jurídicos que, salvo algún otro vicio, tendrán validez, a pesar de haberse celebrado a nombre de alguien que todavía no existe para el Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, su validez se entenderá con respecto a la persona jurídica, si se inscribe y ratifica tales actos dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita; o se entenderán celebrados con respecto a quienes los celebraron en su nombre, si no ocurriese la inscripción y la ratificación antes mencionadas. Pero, en un caso u otro, habrá acto jurídico, independientemente de quién sea la parte contractual (la persona jurídica o los gestores que contrataron en su nombre).

No cabe duda, entonces, de que este tratamiento constituye una excepción a la regla de la capacidad del inciso 1 del artículo 140 del Código Civil.

Se trata, como vemos, de un tema complejo.

Entendemos que en este caso, el legislador de 1984 ha actuado conforme al principio de conservación de los actos jurídicos y contratos, en el sentido de que si se puede optar por una fórmula legislativa que preserve la validez y eficacia del contrato, preferirá seguir ese camino.

Ahora bien, finalmente, ese acto jurídico, más allá de ser válido, terminó surtiendo efectos con respecto a la persona jurídica (si se inscribe y ratifica el acto jurídico) o con respecto a quiénes lo hubieran celebrado.

Si se tratase de este último supuesto, nótese cómo el Código Civil ha establecido para quienes lo hubieren celebrado, una responsabilidad ilimitada y solidaria. El primero de estos términos, jurídicamente tal vez innecesario, se estimó pertinente, por oposición a la responsabilidad limitada que tienen las personas jurídicas en el Derecho nacional. Aquí, no existe la persona jurídica y quienes celebraron el acto jurídico no podrán salvar sus patrimonios de eventuales acciones de la parte contraria, invocando que lo celebraron en nombre de una persona jurídica que nunca se constituyó y, menos, ratificó tales actos; o que, habiéndose inscrito, no los ratificó dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Y, en segundo lugar, la norma (tercer párrafo) establece que las personas que hubieren celebrado el acto jurídico a nombre de esa futura persona jurídica, serán solidariamente responsables. Se entiende que lo serán con respecto a quienes se obligaron, tanto en lo que respecta al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, como en relación a los eventuales daños y perjuicios causados.

Es valor entendido, además, que esta responsabilidad solidaria se producirá cuando sean dos o más quienes hubiesen celebrado con un tercero dicho acto a nombre de la futura persona jurídica, porque si se tratase de una sola persona no se podría hablar de responsabilidad solidaria. Esto, en la medida de que ella sólo tiene lugar en supuestos de obligaciones con pluralidad de sujetos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Finalmente, debemos recordar que conforme a lo establecido por el artículo 1186 del Código Civil, en la responsabilidad solidaria, el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Además, las reclamaciones entabladas contra uno, no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte pagada la deuda por completo.

Antes de concluir, debemos reparar en lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 77, cuando coloca como uno de los supuestos de quienes celebraron el acto jurídico en nombre de la futura persona jurídica, el que lo hayan hecho sin que después ésta se constituya. En ese sentido, nos tendríamos que preguntar cuánto habría que esperar para que se configure este supuesto.

En lo personal, pensamos que debería tratarse del plazo que razonablemente se requiera para inscribir una persona jurídica en los Registros Públicos.

No obstante, admitimos que la redacción del artículo 77 es suficientemente amplia como para comprender en su ámbito a los actos jurídicos celebrados invocando la persona jurídica de existencia futura, cuando todavía ni siquiera se hubiese celebrado el contrato destinado a constituirla.

En ese sentido, aquí el lapso razonable debería ser mayor, considerando lo que demora la elaboración y suscripción de la minuta y ulterior escritura pública.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

DIFERENCIA ENTRE LA PERSONA JURÍDICA Y SUS MIEMBROS

Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.

Una de las características fundamentales de la persona jurídica, es que ella tiene existencia jurídica distinta de la de sus miembros. Es un sujeto de derecho diferente de aquellas personas que le han dado origen, por ejemplo, de los asociados en una asociación o de los socios en una sociedad.

Esto es fundamental en el desarrollo y en la vida de relación de los actos jurídicos, en la medida en que ella contraerá obligaciones, pero tales obligaciones sólo la comprometerán a ella con terceros. Sus integrantes no responderán por tales obligaciones (o su incumplimiento) con sus propios patrimonios. Esta es una característica que facilita el desarrollo de los negocios y demás actividades de la persona jurídica, sin repercutir ni comprometer los patrimonios de quienes le dieran origen o de quienes la conforman.

De ahí lo dispuesto por el artículo 78 del Código Civil, en el sentido de que los miembros de la persona jurídica (ninguno, ni todos ellos) están obligados a satisfacer sus deudas.

Esto resulta importante, pero también lo es la faceta complementaria del tema; y es que ninguno de los miembros de una persona jurídica, ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de la persona jurídica. Ello sólo se producirá —cuando la naturaleza de la persona jurídica lo permita— si se liquidara la persona jurídica y hubiera un remanente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Representante de la persona jurídica miembro de otra

Artículo 79.- La persona jurídica miembro de otra debe indicar quién la representa ante ésta.

Cuando el Código Civil y la doctrina hacen referencia a los miembros o integrantes de una persona jurídica, no necesariamente se está aludiendo a personas naturales. En ese sentido, dependiendo de la naturaleza, estatuto y demás disposiciones internas, existen casos en los cuales las personas jurídicas tendrán como miembros sólo a personas naturales, como podría ser el de un club social que no acepte que personas jurídicas sean asociados, porque ello implicaría una falta de estricto control sobre las personas naturales que las representen. En caso se opte por algo distinto, esa asociación podría tener asociados que sean personas naturales y otros que sean personas jurídicas.

Pero también habrá otros casos en los que, dada la finalidad de las asociaciones, sus asociados sean sólo personas jurídicas, como es el caso de la Asociación de Bancos (Asbanc) o la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (Apeseg), cuyos asociados son exclusivamente bancos, en el primer caso y compañías de seguros, en el segundo.

En estos dos últimos casos, cada una de las sociedades asociadas deberá indicar quién la representa ante la respectiva asociación. Podrá tratarse de los representantes legales naturales (gerentes, por ejemplo) o de otras personas designadas específicamente para estos efectos.

Lo importante —y la conclusión— de este tema, es que las personas jurídicas nunca serán representadas en otras por la propia persona jurídica, sino por una persona natural que actúe en su representación.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Título II
Asociación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Asociación

Concepto

Artículo 80.- La asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo.

La asociación es la persona jurídica sin fines lucrativos por excelencia. Se trata de una persona jurídica creada para obtener objetivos o fines comunes que pueden ser de lo más diversos.

Tenemos, por ejemplo, el caso de las asociaciones deportivas. Podemos citar, en el fútbol, a dos asociaciones muy representativas: el Club Alianza Lima y el Club Universitario de Deportes (aunque en tiempos modernos no sólo promueven ese deporte, sino varios otros).

Existen otras asociaciones que se han formado en torno a inmigrantes de determinada procedencia, como es el caso del Club Hebraica, el Club Árabe Palestino, el Circolo Sportivo Italiano, y otros.

En materia de remo, están el Club de Regatas Lima (hoy, club deportivo y social), el Canottieri de La Punta, y otros.

Como asociaciones o clubes sociales, además del Regatas Lima, tenemos el Real Club de Lima, el Club de la Unión, el Club Social Miraflores, el Club Nacional, el Club de la Banca y Comercio, entre otros.

O los clubes de golf, como el Lima Golf Club, Los Inkas Golf Club, el Country Club La Planicie, el Country Club Rinconada, etc.

Y ni qué decir de los clubes provinciales, como el Club Tacna, el Club Arequipa, el Club Huancayo, el Club Loreto, entre muchos otros.

Infinidad de asociaciones están constituidas en la sociedad peruana y en el mundo entero y se trata de personas jurídicas que han contribuido y contribuyen a la solidez del tejido social y a fomentar determinadas actividades, del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

orden más diverso. Son lo que se denomina como «sociedades intermedias». Ellas, junto con los colegios profesionales, fomentan el desarrollo social y el avance de los países, en su conjunto.

Además, muchas de ellas son parte importante del Perú y de la peruanidad, en sus más diversos aspectos.

No es el caso mencionar nombres, pero podríamos elaborar una inmensa relación sólo considerando a representantes notables de las asociaciones antes mencionadas.

Además, no se piense que en el Perú solamente existen asociaciones grandes. Las hay de todo número de asociados, objeto social y finalidad, activas e inactivas, etc.

La asociación es la persona jurídica más conocida en el Perú y la que —de seguro— congrega más personas involucradas en su empeño.

Nótese cómo las asociaciones permiten a sus miembros conseguir sus objetivos de acción conjunta, objetivos que —de seguro— les resultaría muy difícil lograr de manera individual o poco organizada.

Entre los asociados debe existir, precisamente, esa vocación o ánimo social, que es el que les permitirá seguir unidos y lograr los objetivos comunes.

En las asociaciones es muy importante que sus integrantes mantengan siempre un espíritu de colaboración y de tolerancia, lo que implica alta dosis de democracia, aceptando cuando se es minoría, las decisiones de la mayoría; y, actuando, cuando se es mayoría, en absoluto respeto de quienes no lo son.

El germen de destrucción o degradación de muchas asociaciones ha sido, precisamente, la falta de respeto hacia los demás asociados y la búsqueda del bienestar personal o grupal como finalidad prioritaria.

Aquellas instituciones donde ese tipo de comportamientos no han sido regla, han sabido perdurar y crecer a lo largo del tiempo.

Nótese que el artículo 80 del Código Civil de 1984 hace referencia a que la asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas o de ambas.

En lo que respecta al carácter estable de la asociación, debemos subrayar que esta forma de persona jurídica tiene vocación de permanencia en el tiempo. Debo confesar que a lo largo de mi ejercicio profesional no he tenido la oportunidad de ver el caso de una asociación que haya incluido, en su estatuto, vocación efímera de duración en el tiempo. Esto equivaldría a decir

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que se tendría que haber establecido que la asociación dejará de tener existencia cuando se hubiese cumplido su objeto social, el cual tendría que ser muy concreto y efímero. O, tal vez, establecer un plazo de duración determinado.

Generalmente el desarrollo vital de las asociaciones implica grandes esfuerzos personales y patrimoniales de sus asociados. Ello determina que resulte extraño que estas personas jurídicas no tengan vocación de permanencia en el tiempo.

Por otra parte, cuando el artículo 80 del Código Civil se refiere al fin no lucrativo, está haciendo alusión a que las asociaciones no pueden determinar la repartición de utilidades entre sus asociados, como sí ocurre en el caso de las sociedades. Esto tampoco significa que las asociaciones no puedan realizar actividades por las que cobren dinero a quienes deseen contratar con ellas, como es el caso de una representación teatral organizada por la asociación y que invite al público en general a participar, previo pago de las entradas. Ese dinero, claro está, no podrá ser repartido entre los asociados. El mismo deberá ser destinado a fortalecer a la asociación, en beneficio indirecto de sus asociados.

Si esta es una forma de obtener recursos, enhorabuena, pero ellos no podrán ser repartidos a los asociados. En eso consiste el carácter no lucrativo de las asociaciones.

Por lo demás, las asociaciones se suelen caracterizar por brindar a sus asociados servicios a precio de costo, desde alimentos hasta corte de cabello. Esto representa, sin duda, un ahorro para cada asociado que use esos servicios, pero no constituye reparto de utilidad alguna.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estatuto

Artículo 81.- El estatuto debe constar por escritura pública, salvo disposición distinta de la ley.

Si la asociación es religiosa, su régimen interno se regula de acuerdo con el estatuto aprobado por la correspondiente autoridad eclesiástica.

El artículo 81 del Código Civil regula la formalidad del estatuto social, el mismo que debe constar por escritura pública, salvo disposición distinta de la ley. Nótese, sin embargo, cómo el artículo bajo comentario no sanciona con nulidad el no seguimiento de la formalidad ahí establecida, razón por la cual no estaríamos en presencia de una forma solemne.

No obstante, lo usual es que el estatuto conste en escritura pública.

Ello permitirá, además, inscribir la persona jurídica en Registros Públicos. Como ya hemos visto, de acuerdo con lo establecido por el artículo 77 del Código Civil, la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Entonces, el no haber establecido la escritura pública como formalidad solemne, en el artículo 81, constituiría un defecto del código, pues sin escritura pública (y su posterior inscripción) la asociación que se quiere constituir nunca tendrá existencia para el Derecho.

Por otra parte, el artículo 81, en su segundo párrafo, establece que si la asociación es religiosa, su régimen interno se regula de acuerdo con el estatuto aprobado por la correspondiente autoridad eclesiástica.

Lo que ocurre en estos casos, es que cada confesión religiosa tendrá particularidades propias que determinarán que las autoridades eclesiásticas deban aprobar sus estatutos.

El segundo párrafo del artículo 81 es, en buena cuenta, una norma por la cual el Código Civil de 1984, si bien reconoce el carácter asociativo de las personas jurídicas, en estos casos, sabe que las regulaciones estatutarias serán peculiares y recogerán lo propio de cada congregación. Ello será válido, en tanto y en cuanto tales disposiciones no resulten contrarias al orden público, la moral y las buenas costumbres (argumento del artículo V del Título Preliminar).

ESTUDIO MIGUEL CASTRO FREYRE

Contenido del estatuto

Artículo 82.- El estatuto de la asociación debe expresar:

1.- La denominación, duración y domicilio.

2.- Los fines.

3.- Los bienes que integran el patrimonio social.

4.- La constitución y funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejo directivo y demás órganos de la asociación.

5.- Las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros.

6.- Los derechos y deberes de los asociados.

7.- Los requisitos para su modificación.

8.- Las normas para la disolución y liquidación de la asociación y las relativas al destino final de sus bienes.

9.- Los demás pactos y condiciones que se establezcan.

El artículo 82 del Código Civil se encarga de establecer en detalle cuál debe ser el contenido del estatuto de una asociación. En ese sentido dispone, con carácter imperativo, que el mismo deberá expresar nueve rubros que pasamos a comentar seguidamente:

a) La denominación, duración y domicilio (inciso 1)

La denominación es el nombre de la asociación. Así de simple.

En cuanto a la duración, la casi totalidad de estatutos consignan que ella será indeterminada. Son muy pocos los casos en que el estatuto señala una duración determinada o determinable.

Cuando el inciso 1 hace referencia al domicilio, no lo está haciendo como sinónimo de dirección, sino de la localidad donde la asociación tendrá su sede social.

Hay casos en los cuales las asociaciones tienen más de una sede social. En estos supuestos deberá consignarse la ciudad o localidad donde tendrá su sede principal, así como señalar aquéllas donde tiene o tendrá otras

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sedes. Si esa fuera la vocación, pues deberá señalarse en el estatuto que la asociación podrá tener otras sedes en otras localidades del Perú y, tal vez, si fuera el caso, del extranjero.

b) Los fines (inciso 2)

Cuando el inciso 2 se refiere a fines, está aludiendo al objeto social, es decir a la o a las actividades que perseguirá desarrollar la asociación a efectos de satisfacer las expectativas de sus asociados. En buena cuenta, los asociados se juntan en función de un objeto social determinado, el mismo que deberá especificarse en el estatuto, así como las demás actividades que se podrá realizar para lograr tales objetivos.

c) Los bienes que integran el patrimonio social (inciso 3)

Al comienzo, por lo general, las asociaciones cuentan con pocos recursos. Por excepción, nacerán con solvencia económica.

En el estatuto habrá que señalar esta relación de bienes, sean muebles (dinero u otros) o inmuebles. También se señalará que el patrimonio se incrementará por las cuotas, ordinarias y extraordinarias de los asociados, así como por cualquier bien que a título oneroso o gratuito, adquiera la asociación en el futuro.

d) La constitución y funcionamiento de la asamblea general de asociados, consejo directivo y demás órganos de la asociación (inciso 4)

La asamblea general es el máximo órgano de gobierno de la asociación y ella está compuesta por todos los asociados. Generalmente, éstos se dividen en asociados activos, que son quienes pagan el íntegro de la cuota mensual; y asociados vitalicios, que son quienes —dada su condición de antigüedad como asociados— ya no pagan cuota alguna.

En algunos clubes existe la categoría de asociado ausente, que es quien, por las razones que fuera (estudios, trabajo, etc.), se encuentra fuera del país por períodos considerables. En estos casos, por lo general, pagarán el 50 % de la cuota mensual y no podrán hacer uso de las instalaciones del Club.

En otras instituciones se contempla la categoría de asociado previtalicio, que es quien sin haber cumplido el número de años requerido para ser vitalicio, ya tiene un tiempo importante como asociado, lo que le permite acceder a esta categoría y, usualmente, pagar una suma mensual menor a la cuota ordinaria.

FONDO EDITORIAL MARIO CASTILLO FREYRE

La asamblea general suele estar integrada por los asociados activos y vitalicios (y por los previtalicios, si fuera el caso). Los asociados ausentes no podrán participar por razones obvias propias de su estatus.

Como hemos señalado, la asamblea general es el máximo órgano de la asociación y hay que distinguir entre la asamblea general ordinaria y la asamblea general extraordinaria.

La asamblea general ordinaria tiene, regularmente, las siguientes funciones:

- Aprobar o desaprobar la memoria del consejo directivo, así como las cuentas y balance anual de la asociación, que hubieren sido puestos a su consideración por el presidente y el tesorero, respectivamente.
- Designar a los auditores externos.

Por su parte, la asamblea general extraordinaria tiene, usualmente, las siguientes atribuciones:

- Interpretación del estatuto.
- Modificación total o parcial del mismo.
- Aprobar operaciones de crédito, cuyos montos superen determinada cifra que se señale en el propio estatuto.
- Aprobar la venta de los bienes que conforman el patrimonio de la asociación, que superen determinada cifra que se señale en el propio estatuto.
- Modificar el monto de las cuotas de ingreso y aprobar cuotas extraordinarias.
- Aprobar la disolución y liquidación de la asociación.
- Aprobar cualquier otro asunto que fuere sometido a su consideración, incluyendo los reservados a la asamblea general ordinaria, siempre y cuando haya sido objeto de la convocatoria, se cuente con el quórum reglamentario y las decisiones se adopten con el número de votos exigidos por el estatuto.

El consejo directivo es el máximo órgano ejecutivo de la asociación y sus miembros son elegidos, por lo general, cada dos años por la asamblea general.

Se trata, como hemos señalado, de un órgano ejecutivo; es el que lleva adelante la marcha de la asociación. Sus facultades más representativas, generalmente, son las siguientes:

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

- Designar a los funcionarios, empleados, apoderados y mandatarios que requiera la buena marcha de la asociación, especificándoles las atribuciones y facultades con las que desempeñarán sus cargos.
- Reglamentar su propio funcionamiento.
- Aceptar la renuncia de sus miembros y proveer las vacantes que se produzcan.
- Ejercer la representación legal de la asociación ante toda clase de autoridades civiles, administrativas, judiciales, arbitrales, y de cualquier otra naturaleza y determinar las personas que las ejercerán a nombre de la asociación, con las facultades de los artículos que correspondan del Código Procesal Civil y de la Ley de Arbitraje.
- Designar a las personas que deben ejercer la representación legal de la asociación, así como encomendar determinados asuntos a uno o más de sus miembros, otorgándoles los poderes respectivos.
- Celebrar toda clase de contratos civiles, mercantiles, bancarios o de cualquier otra naturaleza que se desee especificar en el estatuto.

Señalaremos que los cargos que usualmente integran el consejo directivo son los siguientes:

- Presidente.
- Vicepresidente.
- Secretario.
- Tesorero.
- Vocales.

e) Las condiciones para la admisión, renuncia y exclusión de sus miembros (inciso 5)

El proceso de admisión resulta en extremo importante dentro de una asociación. Ello, pues sus integrantes cuidan que todo aquel que luego se integre a la asociación, comparta los objetivos, valores e ideales del cuerpo social.

Por ello, toda asociación, como vimos anteriormente, tiene una Junta Calificadora, que se encargará de entrevistar a los postulantes y analizar su documentación. El tema, en algunas asociaciones se resolverá en votación con balotas blancas y negras; en otros casos, por votación abierta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ninguno de los casos se requiere consignar expresión de causa, en la medida de que, al ser un grupo privado de personas, el simple hecho de que el postulante no agrade a la mayoría o al número requerido en el estatuto, determinará que no ingrese.

Usualmente, las juntas calificadoras también se pronuncian sobre las solicitudes de reingreso de asociados y sobre las materias que les fueran sometidas a su consideración por el consejo directivo.

Para los mecanismos de exclusión de un asociado, se debe ser muy cuidadoso, en la medida de que se trata de juzgar a una persona que es parte del cuerpo social. En ese sentido, todo proceso de sanción deberá tener doble instancia contemplada en el estatuto (para garantizar el derecho constitucional a la instancia plural).

Si una asociación sanciona a un asociado en un proceso de una sola instancia, el asociado podría recurrir a una acción de amparo contra la asociación.

Además, las sanciones deben encontrarse taxativamente contempladas en el estatuto social. No se puede sancionar a un asociado en base a generalidades, así como tampoco sin base normativa expresa. No olvidemos el viejo principio del Derecho Penal sancionatorio, en el sentido de que «no hay crimen, no hay pena, sin ley previa».

Por otro lado, es bueno señalar que dentro de las sanciones que suelen contemplar los estatutos de los clubes, se hallan las de amonestación, suspensión y separación.

Cada una debe tener supuestos de hecho específicos que le den contenido.

En adición a lo expuesto, podríamos citar algunos ejemplos de faltas que configuran cada una de estas sanciones.

e.1) Son casos usuales de amonestación:

- Infracción del estatuto o reglamentos de la asociación, que no amerite suspensión.
- La comisión de actos irregulares por los invitados de los asociados.

e.2) Son casos usuales de suspensión:

- Infracción del estatuto o reglamentos de la asociación que no constituyan causales de separación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Quienes ya hubiesen sido amonestados en un periodo determinado y cometan otro acto que ameritara amonestación.
- La comisión de graves actos irregulares por parte de los invitados del asociado.
- La morosidad en el pago de las cuotas mensuales en un periodo determinado.

e.3) Son casos usuales de separación:

- Los de asociados que cometan actos que sean de pública notoriedad que afecten o sean susceptibles de afectar el prestigio de la asociación.
- Quienes incurran en conducta reprobable grave o causen escándalo en el local de la asociación.
- Los que cometan actos que afecten el prestigio o desarrollo de la asociación, o el honor de sus asociados o invitados, en tanto tales actos estén vinculados a la institución u ocurran en el local de la asociación.
- Los asociados que cometan actos susceptibles de ser sancionados con suspensión y que en un determinado período ya hubiesen sido suspendidos.
- Los que utilicen indebidamente los signos distintivos o la propiedad intelectual de la asociación.
- Los que de cualquier manera intenten obtener u obtengan provecho económico en su propio beneficio o de terceros, en perjuicio de la asociación.
- Los que hagan un indebido aprovechamiento del nombre o del prestigio de la asociación.

En los estatutos también se suele contemplar el supuesto de renuncia de los asociados. Generalmente se exige que para renunciar estén al día en sus cuotas y que no tengan algún proceso disciplinario en trámite.

f) Los derechos y deberes de los asociados (inciso 6)

Muy importante este tema, pues el balance entre los derechos y los deberes de los asociados, determinará una buena marcha de la asociación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Los asociados, como miembros de la asociación, tienen derecho de voz y voto en las asambleas generales, además del derecho a ser elegidos para los cargos electivos de la institución y usar sus instalaciones. Naturalmente, estos derechos van acompañados de una serie de deberes, los mismos que empiezan por pagar puntualmente sus cuotas y tener un comportamiento acorde a la institución de que se trate.

g) Los requisitos para su modificación (inciso 7)

La estabilidad estatutaria es muy importante para el desarrollo de cualquier asociación. Ello equivale a la estabilidad legislativa en un país.

No obstante, así como las leyes no son eternas, las normas estatutarias tampoco lo son. En tal sentido, todo buen estatuto debería contemplar, de manera clara, los procedimientos que se debe seguir para procesar y aprobar una reforma estatutaria.

Por lo general, estas reformas son trabajadas por el consejo directivo con el auxilio de comisiones *ad hoc* o de la comisión de estatuto y reglamento, si la hubiere.

Toda modificación estatutaria es aprobada por la asamblea general de asociados y, generalmente, se requiere de un quórum de asistencia calificado, al igual que de una mayoría calificada al momento de votar.

h) Las normas para la disolución y liquidación de la asociación y las relativas al destino final de sus bienes (inciso 8)

Si se tratase de una asociación con plazo determinado, el término final del mismo determinará que deba producirse su disolución y liquidación.

Si su plazo fuera determinable, ello ocurriría cuando se produzca el evento previsto para tal efecto.

Pero, como hemos explicado, estos dos casos no son frecuentes; dado que la mayoría de asociaciones se constituyen a plazo indeterminado. En ese sentido, los estatutos contemplan, a menudo, como único supuesto de disolución y liquidación, el que ella sea aprobada con un quórum altamente calificado, por la asamblea general.

En lo que respecta al destino final de sus bienes, dado que al ser personas jurídicas sin fines de lucro sus asociados no podrán repartirse los bienes que resulten de la disolución y liquidación, entonces se contempla que ellos pasarán a propiedad de otra asociación específica, que será, por lo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

general, una que comparta, de cierta manera, objetivos, ideales y características con aquella que se está disolviendo y liquidando.

Se aprecia en algunos casos que se consigna el nombre de una asociación de la que también sean miembros, asociados representativos de la asociación que contempla estas disposiciones en su estatuto social.

En algunos casos, este proceder es recíproco en ambas asociaciones.

i) Los demás pactos y condiciones que se establezcan (inciso 9)

De acuerdo a las características especiales, cuando se constituya una asociación, se suelen redactar especificaciones estatutarias que resulten importantes para la marcha de la persona jurídica. En ese sentido, no bastará copiar modelos contractuales de estatutos, pues probablemente resulten insuficientes.

Por ejemplo, si se trata de una asociación para el fomento de diversos deportes, resultaría conveniente, o contemplar en el estatuto que habrá un reglamento de deportes, o regular en el propio estatuto, lo relativo a las comisiones de los diversos deportes y a su conformación y funciones.

Una norma de este tipo no resultaría necesaria, por ejemplo, en el estatuto de una asociación que tenga por objeto fomentar el estudio de la realidad nacional. En el estatuto de esta última, sin embargo, deberían especificarse los órganos sociales que tengan relación con sus fines institucionales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Libros de la asociación

Artículo 83.- Toda asociación debe tener un libro de registro actualizado en que consten el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos de administración o representación.

La asociación debe contar, asimismo, con libros de actas de las sesiones de asamblea general y de consejo directivo en los que constarán los acuerdos adoptados.

Los libros a que se refiere el presente artículo se llevan con las formalidades de ley, bajo responsabilidad del presidente del consejo directivo de la asociación y de conformidad con los requisitos que fije el estatuto.

El artículo 83 del Código Civil se encarga de establecer cuáles son los libros con que debe contar toda asociación.

Veamos:

a) Libro de registro de asociados

Este libro, según establece el propio artículo 83, en su primer párrafo, debe contener el registro de todos los miembros de la asociación, debiendo constar el nombre, la actividad, domicilio y fecha de admisión.

Además, deberá constar en ese libro, si es que esos socios ejercen cargos de administración.

Entendemos que también deberá constar la categoría del asociado, por ejemplo, si es activo, previtalicio, honorario, ausente, etc.

b) Libros de actas

El segundo párrafo del artículo 83, señala que se deberá contar con libros de actas de las sesiones de asamblea general y de consejo directivo, en los que constarán los acuerdos adoptados.

El artículo 83 también señala que los libros a que se refiere este artículo se llevan con las formalidades de ley, bajo responsabilidad del presidente del consejo directivo de la asociación y de conformidad con los requisitos que fije el estatuto.

El artículo 83, como vemos, es una norma fundamental reglamentaria y, en verdad, no correspondería comentarios adicionales al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Asamblea general

Artículo 84.- La asamblea general es el órgano supremo de la asociación.

Cuando nos ocupamos del contenido del estatuto social (artículo 82) hicimos un estudio a profundidad de los diversos órganos de la asociación, en primer lugar entre ellos, de la asamblea general. Ahí remitimos a nuestros lectores.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Convocatoria

Artículo 85.- La asamblea general es convocada por el presidente del consejo directivo de la asociación, en los casos previstos en el estatuto, cuando lo acuerde dicho consejo directivo o cuando lo soliciten no menos de la décima parte de los asociados.

Si la solicitud de éstos no es atendida dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria es hecha por el juez de primera instancia del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados.

La solicitud se tramita como proceso sumarísimo.

El juez, si ampara la solicitud, ordena se haga la convocatoria de acuerdo al estatuto, señalando el lugar, día, hora de la reunión, su objeto, quien *(sic)* la presidirá y el notario que de fe *(sic)* de los acuerdos.

El artículo 85 del Código Civil trata acerca de la convocatoria a la asamblea general.

La convocatoria estará a cargo del presidente del consejo directivo, máxima autoridad personal de la asociación.

Los supuestos de convocatoria deben encontrarse previstos en el estatuto social.

Adicionalmente, el presidente debe convocar a asamblea general, cuando lo acuerde el consejo directivo o cuando lo solicite no menos de la décima parte de los asociados. Estos dos últimos casos se contemplan en razón a que la vida dentro de una asociación no siempre discurre de manera pacífica; a veces existen fricciones, las que se manifiestan —a menudo— en enfrentamientos con el propio presidente de la asociación. De ahí que la ley contemple estos dos supuestos de convocatoria a asamblea general, que son forzados, en la medida de que se obliga al presidente a realizar tal convocatoria.

Pero el tema podría llegar a mayores, en el supuesto de que el presidente no acate lo acordado por su consejo directivo, ni tampoco el pedido de la décima parte de los asociados, si fuere el caso.

ERNESTO MARIO CASTILLO FREYRE

Para estos efectos, el segundo párrafo del artículo 85 establece que si la solicitud del consejo directivo o de la décima parte de los asociados, no fuese atendida por el presidente dentro de los quince días de haber sido presentada, o es denegada, la convocatoria será hecha por el juez de primera instancia (hoy, juez civil) del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados.

El Código Procesal Civil de 1993 modificó el último párrafo del precepto, el mismo que ahora señala que la solicitud se tramita como proceso sumarísimo.

Finalmente, el cuarto párrafo del artículo 85, dispone que el juez, si ampara la solicitud, ordena se haga la convocatoria de acuerdo al estatuto, señalado el lugar, día, hora de la reunión, su objeto, quién la presidirá y el notario que dará fe de los acuerdos.

De lo antes expuesto, debemos resaltar que tales prescripciones obedecen, precisamente, a que quien dirige la asociación, el presidente, se encuentra en rebeldía frente a su propio consejo directivo o a un número importante de asociados. De ahí que la resolución judicial tenga que prever quién presidirá la asamblea general, lo que corresponderá al vicepresidente o a algún otro miembro no rebelde del consejo directivo, o a algún otro asociado, si es que todo el consejo directivo estuviese en esa situación.

Además, la resolución deberá señalar el lugar en que se realizará la asamblea. Ello, en la medida de que el presidente o su consejo directivo podrían impedir el uso del local de la asociación.

Importante también la designación de un notario público para que dé fe de lo que ocurra en la asamblea, en la medida de que —de seguro— ella será muy accidentada.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Facultades de la asamblea general

Artículo 86.- La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo, aprueba las cuentas y balances, resuelve sobre la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos.

Ya hemos expresado que la asamblea general, como máximo órgano de la asociación, tiene las principales facultades en comparación con los demás órganos de la institución.

Sobre este tema nos hemos explayado lo suficiente. Sólo debemos recordar que el artículo 86 menciona las funciones principales de la asamblea general. Esa enumeración, si bien es de carácter imperativo, no es limitativa.

Las atribuciones ahí referidas son la elección de las personas que integran el consejo directivo, la aprobación de cuentas y balances, la modificación del estatuto, la disolución de la asociación y los demás asuntos que no sean competencia de otros órganos.

Remitimos al lector a lo expresado en el artículo 82, cuando estudiamos la asamblea general como órgano de la asociación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

QUÓRUM PARA LA ADOPCIÓN DE ACUERDOS

Artículo 87.- Para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes.

Para modificar el estatuto o para disolver la asociación se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de más de la mitad de los asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes. En segunda convocatoria, los acuerdos se adoptan con los asociados que asistan y que representen no menos de la décima parte.

Los asociados pueden ser representados en asamblea general, por otra persona. El estatuto puede disponer que el representante sea otro asociado.

La representación se otorga por escritura pública. También puede conferirse por otro medio escrito y sólo con carácter especial para cada asamblea.

El artículo 87 regula el importante tema del quórum de la asamblea general.

• Pero son varias las materias relativas al quórum, sobre las que trata esta norma.

Veamos:

a) Quórum de instalación

Se establece que para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados.

Por lo general, resulta muy difícil lograr este quórum, razón por la cual toda convocatoria incluye una primera y una segunda, para la cual, generalmente, se cita media hora después. Salvo que se trate de asuntos de extremo interés o debate, que hagan que los asociados asistan de manera masiva. Pero esto es imposible en asociaciones con cientos o miles de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

miembros, a menos, naturalmente, en los casos en que se hubiese recolectado poderes de modo consistente.

Es así que, resulta usual que la asamblea general se instale en segunda convocatoria, habida cuenta de que según dispone el propio primer párrafo del artículo 87, bajo comentario, aquí basta la presencia de cualquier número de asociados.

b) Quórum para la adopción de acuerdos

El primer párrafo del artículo 87 del Código Civil señala que los acuerdos se adoptan con el voto de más de la mitad de los miembros concurrentes.

Pero nótese que no se tratará, siempre de un número elevado de miembros, pues dado que el quórum en segunda convocatoria es el del número de asociados que asistan, entonces, en asociaciones con cientos o miles de miembros, ocurre que las asambleas generales se llegan a instalar con treinta o cuarenta de ellos. Y la mitad más uno serán dieciséis o veintiuno, según los ejemplos propuestos.

c) Quórum de instalación para asambleas en las que se tenga como punto de agenda la modificatoria del estatuto o la disolución de la asociación

En estos casos el segundo párrafo del artículo 87 señala que se requiere, en primera convocatoria, la asistencia de la mitad de los asociados. Se trata, sin duda, de un quórum de instalación calificado.

En segunda convocatoria, el artículo 87 no establece expresamente un quórum de instalación calificado, pero el mismo podrá ser menor a la décima parte de los asociados (esto se deduce del quórum de adopción de acuerdos que veremos posteriormente).

d) Quórum para la adopción de acuerdos en las asambleas en las que se tenga como punto de agenda la modificatoria del estatuto o la disolución de la asociación

Si se tratase de una asamblea instalada en primera convocatoria, el quórum requerido para la adopción de estos acuerdos será más de la mitad de los miembros concurrentes.

Si se tratase de una asamblea instalada en segunda convocatoria, el quórum requerido para la adopción de acuerdos será la mitad más uno de los concurrentes y que quienes voten en el sentido del acuerdo adoptado, no representen menos de la décima parte de los asociados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Debemos subrayar que el quórum señalado en los literales a) y b) deberá respetarse rigurosamente. No podría, para asuntos ordinarios, establecerse en el estatuto un quórum mayor para la instalación, pues si las exigencias se llevaran al límite, se presentarían casos en los cuales las asambleas, simplemente, nunca se podrían instalar; y, si hablamos de un quórum más alto para la aprobación de cualquier acuerdo ordinario, se podría constituir una «dictadura de las minorías», las que podrían utilizar esta norma estatutaria para bloquear cualquier acuerdo que no les convenga.

Pero nuestra opinión es la opuesta en lo que atañe al quórum calificado. Se puede establecer en el estatuto —y se establece a menudo— quórum más calificados para efectos de la instalación y la votación de los acuerdos relativos a la modificación del estatuto y la disolución de la asociación.

En estos casos sí se permite la «dictadura de la minoría», pues se trata de preservar la vida de la asociación o sus normas fundacionales.

Incluso, existen asociaciones que en sus estatutos establecen un número máximo (tope) de asociados, para preservar la calidad de los servicios y la atención a los mismos. Y, para modificar este tope, se establece un quórum incluso más calificado que el relativo a la modificación de cualquier otro extremo del estatuto o de la aprobación de la disolución de la persona jurídica.

Todos estos casos de quórum más calificado que aquellos que señala el Código Civil o que los propios estatutos prevén para cualquier otro efecto, son usuales y no ofrecen problema alguno para la marcha de las personas jurídicas en cuestión. Por el contrario, tales normas contribuyen a preservar la identidad de las respectivas asociaciones.

El artículo 87, en su tercer párrafo, señala que los asociados pueden ser representados en asamblea general, por otra persona. En tales casos, se entiende que el representante podría ser tanto un asociado como una persona ajena a la institución. Sin embargo, resulta usual que los estatutos sociales establezcan que el representante sea necesariamente otro asociado, restricción que el Código Civil (artículo 87, tercer párrafo) permite señalar en el estatuto social. El sentido de esta última estipulación se basa en el hecho de que no se quiera que terceras personas tomen conocimiento de temas que les deberían ser ajenos y, además, del hecho de que si se tratase de un tercero, podría asistir al local de la institución y participar en la asamblea general, cuando ni siquiera se sabe si sería aceptado su ingreso a la asociación si postulara para ser asociado.

En lo que respecta a los poderes en las asambleas generales en los que el voto es a mano alzada, esta es la práctica, es decir, la de aceptar el otorgamiento de poder.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero cuando las asambleas generales implican el ejercicio del derecho a votar de manera secreta (en un ánfora o a distancia, de modo electrónico). No se acepta el voto por poder; ello, en la medida de que no sería público que el representante honre la confianza depositada en él por su representado, votando en el sentido indicado en las instrucciones del poder.

Entendemos que, con toda lógica, las normas estatutarias de una asociación podrán restringir en estos casos la representación de los asociados, por terceros (sean éstos, o no, asociados de la institución).

En lo que respecta a la formalidad del poder, el cuarto párrafo del artículo 87, bajo cometario, establece como regla que el mismo deberá ser otorgado por escritura pública; pero acepta que también se confiera por otro medio escrito y sólo con carácter especial para cada asamblea.

Por lo demás, el estatuto social podrá establecer otras formalidades, incluidas las electrónicas, a efectos de otorgar poder. No obstante, cualesquiera que sean estas otras formalidades estatutarias, ellas deberán permitir la fácil y plena comprobación por el consejo directivo o por el órgano que corresponda, de la autenticidad tanto del poder como de su contenido.

En todos aquellos casos de poderes no otorgados por escritura pública, su otorgamiento tendrá carácter especial y exclusivo para cada asamblea.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Derecho de voto

Artículo 88.- Ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto.

Esta norma establece que cada asociado sólo tiene derecho a un voto.

Esto, obviamente, no afecta el tema de los poderes con los cuales pueda actuar a nombre de otros.

Lo expresado significa que el estatuto social no podrá conceder a asociado alguno más de un voto en la asamblea general de la asociación, por la razón que fuere, imaginemos, por ejemplo, que sea un notable benefactor de la institución, quien aportó el hermoso inmueble que es hoy su sede central. Y, en agradecimiento, los demás asociados desean otorgarle, no un voto en las asambleas, sino diez.

La ley prohíbe tratos diferenciados como éste, en lo que respecta a los votos. Ese socio sólo podrá tener un voto, como cualquier otro. Esto es lo que distingue a las asociaciones de las sociedades, en las que se votará por el número de acciones o participaciones que tenga cada socio. El peso del voto de cada uno, estará en función del capital aportado a la sociedad. En las asociaciones cada asociado siempre tendrá un voto.

,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

CARÁCTER *INTUITU PERSONAE* DE LA CALIDAD DE ASOCIADO

Artículo 89.- La calidad de asociado es inherente a la persona y no es trasmisible, salvo que lo permita el estatuto.

Las asociaciones son agrupaciones de personas, no de capitales. Incluso en los estatutos de las sociedades se puede establecer requisitos para la transferencia de acciones o participaciones de los socios. Esto, por un tema de control patrimonial. En lo que respecta a las asociaciones, se cuida mucho quién es el asociado y, como hemos señalado, para adquirir tal calidad, los interesados deberán postular y seguir todo un proceso de admisión.

En ese sentido, la aceptación a la postulación de un asociado significará el punto final de un largo proceso de admisión. Se acepta al postulante y sólo a él.

Podrá ocurrir, como suele pasar en clubes de índole recreativo o deportivo, que el estatuto contemple que el asociado tendrá derecho a tramitar y obtener carnés para sus familiares más cercanos (cónyuge e hijos menores de edad). Pero en estos casos, si bien estas personas podrán ingresar al club, ellas no tendrían la calidad de asociados.

Así, el asociado no podrá transferir ni por título *inter vivos*, ni por título *mortis causa*, su calidad de asociado. Ella es absolutamente personal e intransferible.

Esta calidad de la condición jurídica de asociado, determina que ella se acabe cuando el asociado renuncie, cuando muera o cuando la asociación lo sancione con una expulsión.

Pero el asociado no podrá trasferir su calidad de miembro de la asociación ni por contrato (sea a título gratuito u oneroso) ni por testamento. Cualquier acto en ese sentido será ineficaz con respecto a la asociación. Sería, además, un típico caso de nulidad del acto jurídico por tener un objeto jurídicamente imposible.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Formalidad de la renuncia de los asociados

Artículo 90.- La renuncia de los asociados debe ser formulada por escrito.

El artículo 90 establece la formalidad de la renuncia de un asociado. Ésta deberá formularse por escrito. Si bien la norma no sanciona con nulidad su inobservancia, en este caso la renuncia resultaría ineficaz para la asociación. Decimos esto, en la medida de que no habría constancia alguna de la renuncia del asociado y la institución no podría dar validez a una renuncia verbal, pues ello podría dar lugar a ulteriores reclamos de renunciantes arrepentidos o dolosos.

Por lo demás, no todos los estatutos sociales contemplan la renuncia como acto automático de separación de la institución.

En algunos casos se exige que ella sea aprobada por el consejo directivo y, en otros, su aceptación está condicionada a que el asociado no tenga deudas con la institución; ello, claro está, en el supuesto en que esta sea, precisamente, la causal de separación.

Podría ocurrir también que exista un proceso sancionatorio en trámite, el mismo que podría conllevar a la expulsión del socio. Ello determinaría, según algunos estatutos sociales, que no se le pueda aceptar su renuncia hasta que termine el procedimiento sancionador. Esto, porque suele ocurrir que los estatutos sociales contemplen que el asociado que renuncia puede solicitar en algún momento su reingreso a la institución, previa calificación regular, naturalmente. Pero cuando un asociado es expulsado de una institución, jamás podrá regresar, probablemente, y ni siquiera ingresar a las instalaciones de la asociación como invitado de algún asociado. Esto está contemplado por los estatutos de diversas asociaciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pago de cuotas adeudadas

Artículo 91.- Los asociados renunciantes, los excluidos y los sucesores de los asociados muertos quedan obligados al pago de las cuotas que hayan dejado de abonar, no pudiendo exigir el reembolso de sus aportaciones.

Puede ocurrir —y ya lo hemos adelantado— que cuando se produzca la renuncia o separación de un asociado, éste tenga deudas con la institución. Estas deudas constituyen obligaciones civiles y el hecho de que esa persona ya no sea asociado, no implica algo en relación a sus deudas. Ellas deberán ser pagadas como cualquier otra obligación.

Por otro lado, podrá ocurrir que el asociado muera. En estos casos, como ya hemos señalado, su condición de asociado no será hereditaria (dada su naturaleza *intuitu personae*). Pero las deudas que hubiese dejado impagas el causante deberán ser honradas por sus herederos. Esto, en razón de que las obligaciones que no sean *intuitu personae* se transmiten a los herederos (argumento del artículo 1218 del Código Civil).

La última parte del artículo 91 señala que en caso de renuncia, exclusión o fallecimiento, no se podrá exigir a la asociación el reembolso de sus aportaciones.

Se entiende que no se podrá exigir el reembolso de las cuotas ordinarias y extraordinarias que hizo el asociado durante su permanencia en la institución en calidad de asociado, precisamente. No obstante, como todos sabemos, podría ocurrir que esa persona haya efectuado pagos por adelantado. Por ejemplo, el asociado falleció, renunció o fue separado de la asociación en marzo del año 2016 y ese asociado había pagado por adelantado todas sus cuotas ordinarias, correspondientes a ese año.

En este caso, el asociado o sus herederos, si correspondiera, tendrán el derecho de reclamar lo pagado por adelantado, pues tales pagos no corresponderían a cuota alguna, en razón a que esa persona ya no tuvo la condición de asociado durante los meses de abril a diciembre de este año.

A esto no se refiere la última parte del artículo 91. Obviamente, aquí sí existe todo el derecho de reclamar la devolución de lo pagado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Impugnación judicial de acuerdos

Artículo 92.- Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto.

Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa *(sic: falta una coma)* para defender la validez del acuerdo.

La impugnación se demanda ante el juez civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.

Es derecho de cualquier asociado el impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias. Este derecho se enmarca en la legalidad que debe regir la actuación de toda persona jurídica, en general y de las asociaciones, en particular. El hecho de que algo haya sido aprobado por una mayoría, no significa que ese acuerdo esté apegado a Derecho. Para esto, precisamente, sirve la impugnación judicial.

El plazo para interponer la demanda es de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo; en tanto que si el acuerdo fuese inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar.

Aquí estaremos en presencia de un plazo doble. Ello significa que el plazo de sesenta días regirá en tanto y en cuanto el plazo de treinta días siguientes a la fecha de su inscripción en el registro, no venza primero. Creemos que así debería entenderse el tema de los plazos. Estimamos que esta lectura les otorga sentido.

ESTUDIO FARIO CASTILLO PEYRE

En otras palabras, nunca se podrá impugnar el acuerdo después de transcurridos los treinta días desde que el acuerdo haya sido inscrito en Registros Públicos.

En cuanto a quiénes pueden impugnar los acuerdos adoptados en las asambleas generales, el artículo 92 contempla tres supuestos, a saber:

a) Los asociados asistentes

En este caso tendrían que haber dejado constancia en el acto de su oposición al acuerdo.

Esto es lógico, pues si el asociado votó a favor o se abstuvo, o simplemente votó en contra, pero no pidió que se dejara constancia de ello en el acta, su voto no habría sido personalizado, lo que equivale a decir que en acta sólo figuraría el número de asociados que votaron en contra, sin indicar sus identidades. Ello no facultaría a tales asociados a impugnar judicialmente tal acuerdo.

b) Los asociados no concurrentes

Constituye un derecho de los asociados el asistir a las asambleas generales de la asociación. En caso no hubieran asistido, por razones ajenas a la voluntad y actos de la propia asociación, también tendrán derecho a impugnar judicialmente los acuerdos adoptados.

c) Los asociados que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto

Sería el caso de aquellos asociados a los que la propia asociación o algunos de sus asociados o directivos les impidan ingresar al local de la asociación o a los ambientes donde se llevará a cabo la asamblea general.

Obviamente para que esto sea causal de impugnación de los acuerdos adoptados, la privación de emitir su voto se debería basar en el apego al estatuto y en alguna disposición de suspensión o separación institucional o algún mandato judicial, si fuese el caso.

Debemos precisar que el proceso de impugnación de acuerdo tendrá como demandante al asociado en cuestión y, como demandado a la asociación.

No obstante, el cuarto párrafo del artículo 92, señala que cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo. Tal intervención la haría en calidad de tercero coadyuvante (argumento del artículo 97 del Código Procesal Civil). Ello, pues el asociado tiene una relación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sustancial con una de las partes (la asociación), pero no se le extienden los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso; no obstante, puede ser afectado desfavorablemente si la asociación es vencida.

Finalmente, el quinto y último párrafo del artículo 92, bajo comentario, señala que la impugnación se demanda ante el juez civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Responsabilidad de los directivos

Artículo 93.- Los asociados que desempeñen cargos directivos son responsables ante la asociación conforme a las reglas de la representación, excepto aquellos que no hayan participado del acto causante del daño o que dejen constancia de su oposición.

Ya hemos estudiado todo lo relativo a los órganos de la asociación. Todos esos órganos implican la toma de decisiones o de sugerencias a otros órganos (como ocurre en los casos de las comisiones consultivas). Pero no cabe duda de que son los cargos ejecutivos los más importantes, como es el caso del consejo directivo, por citar el ejemplo por excelencia.

Es este órgano el que lleva adelante la marcha de la asociación y, naturalmente, los acuerdos del consejo directivo podrían, en algunos casos, causar perjuicio a la propia asociación. Por ejemplo, el consejo directivo decide comprar —y compra— un terreno para construir ahí la nueva sede de la asociación y, resulta que, por normas de zonificación, ello no será posible. Ahí podría haber resultado un perjuicio para la asociación y, es obvio, los miembros del consejo directivo que votaron en ese sentido, serían responsables frente a la asociación.

Pero como son directivos, la responsabilidad asimilable al caso, sería la de inejecución de obligaciones (artículos 1314 y siguientes) y no la de los artículos 1969 y siguientes (responsabilidad extracontractual).

Ello significa que no serían responsables solidarios. Aquí la responsabilidad será divisible y mancomunada, lo que implica que cada directivo responderá por los daños que hubiese —él— causado a la asociación.

Si se tratase de un acuerdo de consejo directivo que cause daños a la asociación, el total de los daños y perjuicios generados, se dividiría por partes iguales entre todos los directivos, a menos que sea posible discernir el grado, mayor o menor, de algunos de ellos correspondiente a la causa de tales daños.

Ello, en base a lo dispuesto por los artículos 1172 y 1173[53] del Código Civil, cuyos textos son los siguientes:

53 Ver: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, 2ª edición, volumen II, pp. 381 a 410.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> **Artículo 1172**.- Si son varios los acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda.
>
> **Artículo 1173**.- En las obligaciones divisibles, el crédito o la deuda se presumen divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores existan, reputándose créditos o deudas distintos e independientes unos de otros, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

Debemos señalar que la responsabilidad no sólo puede concernir a los miembros del consejo directivo, sino también a quienes integren otros órganos cuyas decisiones pudieren causar daños a la asociación.

Pero esta responsabilidad no sólo concierne a los daños y perjuicios causados a la asociación. También podría tratase de daños y perjuicios causados a otros asociados o a terceros. En estos casos, resultaría aplicable, en sede de inejecución de obligaciones, lo dispuesto por el artículo 1325[54], cuyo texto es el siguiente:

> **Artículo 1325**.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

Si se tratase de un caso de responsabilidad extracontractual, el mismo podría encuadrar dentro del artículo 1981; siendo la responsabilidad de carácter solidario:

> **Artículo 1981**.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

54 Ver: Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Op. cit.*, volumen V, pp. 2267 a 2285.

Disolución de pleno derecho

Artículo 94.- La asociación se disuelve de pleno derecho cuando no pueda funcionar según su estatuto.

En la práctica, resulta inusual la aplicación del supuesto de hecho contemplado por el artículo 94 del Código Civil. Ello, porque, en realidad, el mismo está referido, en el fondo, al caso en el cual se hubiese contemplado en el estatuto que la asociación tendría un plazo de duración determinado y éste se hubiese cumplido, sin reforma estatutaria al respecto.

Lo propio ocurrirá si el estatuto hubiese contemplado un plazo de duración determinable y hubiese acaecido el hecho previsto para su extinción.

Diríamos lo mismo en lo que atañe a haber contemplado que la asociación se disolverá si se cumpliera una condición, como, por ejemplo, podría ser el que deje de haber analfabetismo en el Perú, según los datos oficiales del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).[55]

También sería el caso de las asociaciones que hubiesen contemplado un fin específico, como sería el caso de fomentar el apoyo a la Selección Peruana de Fútbol en las Clasificatorias para el Campeonato Mundial FIFA del año 2022. Una vez terminadas las Clasificatorias, y sea cual fuere el resultado obtenido por el equipo peruano, se habría extinguido el fin social.

No obstante, debemos señalar que, a pesar de que el artículo 94 señala que la asociación se disuelve de pleno derecho cuando no pueda funcionar según su estatuto, nada impide que los asociados modifiquen el estatuto social, a efectos de retirar todo aquello que limitaba su existencia en el tiempo y, con los nuevos términos que contemple, hacerlo de duración indefinida.

Pero pensamos que habrá otros casos en los cuales se podría disolver de pleno derecho la asociación, más allá de los otros supuestos contemplados por los artículos 95 y 96 del Código Civil, que analizaremos más adelante.

Se trataría, por ejemplo, del caso en el cual se frustre el fin social. Por ejemplo, que una asociación que se hubiere constituido para fomentar el deporte

55 Aunque pensamos que, lamentablemente, esa asociación tendría larga vida. El Perú, en doscientos años de vida independiente no lo ha logrado, ni por asomo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del surf en determinada playa ubicada en el litoral limeño, proceda a edificar un local en esa playa y, décadas después, las autoridades municipales hagan obras en el acantilado que generen que ya no se formen olas apropiadas para practicar ese deporte. Aunque en este caso, perfectamente, los asociados podrían acordar un cambio en su objeto social. Total, tienen frente a su local, una hermosa playa de la cual disfrutar.

También se disolvería de pleno derecho una asociación en caso fallecieran todos los asociados. Es evidente que en este caso, la persona jurídica no podría funcionar según su estatuto. Además, no habría forma de subsanar la causal de disolución.

En realidad, los ejemplos de disolución de pleno derecho susceptibles de hallarse comprendidos en el artículo 94 del Código Civil, podrían ser muchos más, pero debemos admitir que ellos son fundamentalmente teóricos, en la medida de que en la vida real las asociaciones suelen tener prolongada e indefinida existencia temporal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Disolución por liquidación

Artículo 95.- La asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva junta de acreedores de conformidad con la ley de la materia.

En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el consejo directivo debe solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.

El texto en vigencia del artículo 95 no responde a la versión original de 1984, pues la norma fue objeto de tres modificaciones legislativas.

Veamos.

El texto original era el siguiente:

Artículo 95.- La asociación se disuelve por la declaración de quiebra.

En caso de suspensión de pagos, el consejo directivo debe solicitar la declaración de quiebra de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.

Este artículo fue modificado por la quinta disposición final del Decreto Legislativo n.° 845, publicado el 21 de septiembre de 1996, cuyo texto era el siguiente:

Artículo 95.- La asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva junta de acreedores de conformidad con la ley de la materia.

En caso de pérdidas superiores a dos terceras partes del patrimonio, el consejo directivo debe solicitar la declaración de insolvencia de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.

Luego, el artículo fue modificado por la quinta disposición final del Decreto Supremo n.° 014-99-ITINCI, publicado el 1 de noviembre de 1999, cuyo texto era el siguiente:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> **Artículo 95**.- La asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva junta de acreedores de conformidad con la ley de la materia.
>
> En caso de pérdidas superiores a dos terceras partes del patrimonio, el consejo directivo debe solicitar la declaración de insolvencia de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.

Una vez más, el artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria de la Ley n.° 27809, publicada el 8 de agosto de 2002, cuya vigencia rige a partir de los sesenta (60) días siguientes de su publicación (décimo sexta disposición final), por el texto vigente en la actualidad y que vamos a estudiar.

Pasaremos al análisis del texto en actual vigencia.

La norma aborda la disolución de la asociación derivada del acuerdo adoptado en la respectiva junta de acreedores, de conformidad con la ley de la materia, es decir, la Ley General del Sistema Concursal, Ley n.° 27809, promulgada el 5 de agosto de 2002 y sus modificatorias.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 95 del Código Civil establece que en caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el consejo directivo debe solicitar el inicio del procedimiento concursal ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la comisión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Disolución por atentar contra el orden público o las buenas costumbres

Artículo 96.- El Ministerio Público puede solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas actividades o fines sean o resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

La demanda se tramita como proceso abreviado, considerando como parte demandada a la asociación. Cualquier asociado está legitimado para intervenir en el proceso. La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

En cualquier estado del proceso puede el juez dictar medidas cautelares suspendiendo total o parcialmente las actividades de la asociación, o designando un interventor de las mismas.

Antes de entrar de lleno al análisis del artículo 96 del Código Civil, debemos comenzar por el caso en que el estatuto de la asociación contemple un fin lícito.

En teoría de acto jurídico, el contrato asociativo sería nulo, en virtud de lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 219 del Código Civil, a cuyo análisis nos remitimos[56].

De tal manera, el contrato asociativo sería nulo si fuese contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres (artículo 219, inciso 8 y artículo V del Título Preliminar del Código Civil[57]).

En estos casos, como en cualquier otro de los contemplados en el artículo 219, la nulidad podría ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público; ello, además de que podrá ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta (artículo 220 del Código Civil[58]).

El ordenamiento jurídico no puede tolerar la existencia de una persona jurídica —sea de la naturaleza que fuere—, cuyo fin social sea ilícito o contrario a la moral o a las buenas costumbres. En verdad, este razonamiento

56 Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto Jurídico*. En prensa.
57 *Ídem*.
58 *Ídem*.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

resulta aplicable a cualquier persona jurídica (con o sin fines de lucro) que persiga estos fines.

Imaginemos, en el caso del artículo 96 del Código Civil, una asociación que persigue la finalidad de promover y difundir la pornografía infantil entre sus asociados o aquella que promueva entre sus miembros el consumo de clorhidrato de cocaína (fines ilícitos, por cierto).

También sería nulo el estatuto de una asociación que promueva la diversión entre sus miembros con la contratación de prostitutas (fin contrario a las buenas costumbres). Nótese que la prostitución no es una actividad prohibida por la ley, pero otra cosa es constituir una asociación civil para promoverla entre sus miembros.

En estos casos, sería muy difícil el distinguir el fin ilícito del contrario al orden público. Pero para tales efectos, remitimos al lector a nuestras investigaciones sobre el particular.[59]

El artículo 96, bajo comentario, señala en su primer párrafo, que el Ministerio Público podría solicitar judicialmente la disolución de la asociación cuyas costumbres o fines resulten contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

En verdad, la norma citada deviene redundante con lo dispuesto en el artículo 220, primer párrafo, antes glosado. Además, el artículo 96, primer párrafo, resulta incompleto, pues no menciona el fin ilícito, como causal de disolución de las asociaciones; pero, como hemos visto, ello tampoco resultaba necesario.

Debemos precisar que la contravención al ordenamiento legal en torno a los fines de la asociación, también podría derivar de una modificación estatutaria. Aquí las consecuencias serían las mismas.

Pero hay que observar, también, que el ordenamiento legal tampoco tolera a las asociaciones que, formalmente, tienen un fin lícito, pero que en la práctica, realizan actividades contrarias al orden público o a las buenas costumbres.

En estos casos, el Derecho también podrá actuar contra ellas, a efectos de obtener se les declare disueltas.

Debemos también reparar en el hecho de que con respecto a la contravención de las buenas costumbres, se podría alegar que ella no debería generar la disolución de la asociación, en tanto cualquier persona puede realizar estas actividades en privado y, la asociación y sus miembros también podrían actuar en ese sentido. Pero el problema no radica en este extremo, sino en que

59 *Ídem.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la sociedad en su conjunto, objetivada en sus instituciones jurídicas, no puede admitir el fomento y realización colectivos de actos contrarios a las buenas costumbres. Se admitirá que las personas, si lo desean, lo hagan de manera informal y en privado, pero no formalmente y en grupo. En otras palabras, mientras tales actos no se objetivicen en instrumentos jurídicos, y se realicen en privado, al Derecho no le serán de interés alguno.

Por otra parte, diremos que el segundo párrafo del artículo 96 señala que la demanda de disolución (por los fines ilícitos, o contrarios al orden público y a las buenas costumbres) se tramita como proceso abreviado. En ese proceso, como resulta evidente, se considerará como parte demandada a la asociación.

Además, la norma establece que cualquier asociado estará legitimado para intervenir en el proceso. Ello, con el propósito de ayudar (en calidad de tercero coadyuvante) a una mejor defensa de la asociación. No olvidemos que los asociados son personas con un obvio legítimo interés en preservar la existencia legal fáctica de la asociación de la que son miembros.

El segundo párrafo del artículo 96 del Código Civil agrega que la sentencia no apelada se elevará en consulta a la Corte Superior. Esta solución legal tiene por finalidad evitar actos fraudulentos cometidos por los directivos de la asociación, en eventual perjuicio de la propia institución y de sus asociados. Ello, también porque resultaría sumamente extraño que la resolución que declara disuelta la asociación, no fuese apelada. Sería exótico, en verdad.

Por otra parte, el tercer párrafo del artículo 96 establece que en cualquier estado del proceso el juez puede dictar medidas cautelares suspendiendo total o parcialmente las actividades de la asociación, o designando un interventor de las mismas.

Finalmente, debemos señalar que es posible que el fin ilícito o contrario al orden público o a las buenas costumbres, sólo sea parcial, es decir, que solamente constituya una parte de los fines o del objeto social.

Creemos que, en aplicación del principio de conservación de los actos jurídicos, consagrado en el artículo 224 del propio Código Civil, podrá ser declarada nula esta finalidad contenida en el objeto social, pues la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudican a las otras, siempre que sean separables (primer párrafo del artículo 224); y, además, la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

Todo ello equivale a decir, que si la finalidad ilícita pudiera ser separable de los demás fines del estatuto social o si se tratase de fines accesorios a

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

los principales, podría declararse la nulidad de los extremos del estatuto que fueran ilícitos o contrarios al orden público o a las buenas costumbres, subsistiendo el estatuto social y, por tanto, la asociación, en tanto y en cuanto se hallen dentro del marco legal.

Antes de concluir, debemos señalar que el tema del fin ilícito de la asociación, en bastante inusual. Ello, por dos razones.

En primer término, porque sería muy peligroso para sus miembros el arriesgarse a poner en blanco y negro y con sus firmas, un fin ilícito que podría comprometerlos incluso en acusaciones de naturaleza penal.

Y, en segundo lugar, porque si tuviera un fin ilícito, lo más probable es que fuera observada por el registrador público correspondiente, cuando se solicite la inscripción de la asociación y, en tal virtud, nunca llegue a inscribirse con ese fin ilícito, dado que los asociados fundadores se verían obligados a cambiarlo por otro fin, a eliminarlo de entre sus fines o a desistirse de inscribirla.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Disolución por ausencia de norma estatutaria

Artículo 97.- De no haberse previsto en el estatuto de la asociación normas para el caso en que no pueda seguir funcionando o para su disolución, se procede de conformidad con lo dispuesto en el artículo 599, inciso 2.

Podría ocurrir que el estatuto social no hubiese previsto normas para el caso en que no pueda seguir funcionando la asociación o para su disolución.

Para estas eventualidades, el artículo 97 del Código Civil establece que se procederá conforme con lo dispuesto en el artículo 599, inciso 2 del propio Código, norma que establece que el juez de primera instancia (hoy, juez civil), de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés, deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, e instituir una curatela, tanto en el caso cuando los derechos sucesorios son inciertos (supuesto ajeno a este estudio), como cuando, por cualquier causa, la asociación o el comité no puedan seguir funcionando sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo (inciso 2).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Destino del patrimonio restante a la liquidación

Artículo 98.- Disuelta la asociación y concluida la liquidación, el haber neto resultante es entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados. De no ser posible, la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.

A pesar de su texto, aparentemente claro, el contenido del artículo 98 del Código Civil —última de las normas relativas a la asociación—, ofrece varios inconvenientes.

Veamos:

En primer lugar, el precepto alude al supuesto en el cual luego de disuelta la asociación y concluida la liquidación, vale decir, el proceso de cobro de los créditos, pago de las deudas, venta de muebles e inmuebles, etc., quede un remanente, lo que el artículo 98 denomina como «el haber neto resultante». Se tratará de dinero, depositado en cuentas bancarias.

Este dinero, según el artículo 98, será entregado a las personas designadas en el estatuto, con exclusión de los asociados.

Nótese cómo este artículo no obliga a que tal remanente sea entregado a alguna otra asociación o a alguna otra persona jurídica sin fin de lucro.

Esto podría determinar que los bienes sean entregados a algún pariente muy cercano a los asociados o a sus cónyuges, o, incluso a personas jurídicas con fines de lucro.

Inclusive podría ocurrir que todos asociados de la asociación en liquidación constituyan una sociedad anónima, persona jurídica con fines de lucro (por excelencia), con el objeto de que a ella sea transferido el remanente de la asociación liquidada. Si ello hubiese estado indicado expresamente en el estatuto de la asociación, entonces, el remanente debería ser entregado a esta sociedad.

Es claro que aquí se presentaría un caso que sería colindante con el fraude a la ley, pues los exasociados estarían consiguiendo, vía esa entrega del remanente a la sociedad y una ulterior distribución de sus utilidades, aquello que no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

hubieran podido conseguir directamente, siendo asociados, dado que el artículo 80 del Código Civil establece que la asociación persigue un fin no lucrativo.

En el supuesto en que el estatuto de la asociación no hubiese prescrito el o los nombres de las personas (naturales o jurídicas) que eventualmente recibirían el remanente de la asociación en caso de disolución y liquidación de aquélla, el artículo 98 señala que la Sala Civil de la Corte Superior respectiva ordena su aplicación a fines análogos en interés de la comunidad, dándose preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación.

Esta solución legal reviste plena lógica, pues sería adecuado que el remanente pase a manos de otra asociación de similares objetivos (sociales, deportivos, religiosos, etc.) o también a otra persona jurídica distinta o entidad pública o privada.

Esto determinará que esas actividades podrán seguir siendo cultivadas o fomentadas.

Nótese, además, que el artículo 98 precisa que se dará preferencia a la aplicación a fines análogos, lo que podría llevar a pensar que se trata de otra persona jurídica o una persona natural, inclusive que realice o se dedique a fines análogos de aquellos que desarrollaba la asociación disuelta y liquidada.

Si la asociación, disuelta y liquidada, se encargaba, por ejemplo, del desarrollo de la numismática, el remanente podría ser entregado a una persona natural —numismático, conservador y poseedor de una valiosísima colección de monedas y billetes antiguos—, para que pueda seguir fomentando, ahora con más recursos, la antes mencionada afición histórica.

Por último, es de resaltar que el artículo 98, *in fine*, señala que se dará preferencia a la provincia donde tuvo su sede la asociación. Esto es importante, pues esos esfuerzos se seguirán concentrando en la misma localidad del Perú.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Fundación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Fundación

Concepto

Artículo 99.- La fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.

No cabe duda de que el mundo está lleno de ejemplos de fundaciones constituidas por personas con recursos económicos, a efectos de promover los más diversos objetivos de carácter cultural, de investigación científica, de enfermedades y, en especial, del desarrollo tecnológico.

Si uno ingresa a Google, aparecerán de inmediato, por ejemplo, todas las fundaciones benéficas de los grandes de la informática, tales como la Bill & Melinda Gates Foundation, Google y Google.org, Yahoo! for Good y Yahoo! Employee Foundation, Oracle Education Foundation, Michael & Susan Dell Foundation, Adobe Youth Voices, Gordon and Betty Moore Foundation, Cisco Foundation, Sun Microsystems Foundation, Xerox Foundation, entre otras. Sobre este tema, se recomienda la lectura del artículo de Christian Van Der Henst S., titulado «Las fundaciones benéficas de los grandes del mundo Informático e Internet».[60]

La cultura de las fundaciones se ha desarrollado fundamentalmente en los Estados Unidos de América y Europa, existiendo también muchas otras importantes en diversas partes del mundo.

Para una referencia, solamente por información pública, la fundación cuyo patrimonio es el más cuantioso en el mundo es la de Bill & Melinda Gates y asciende a 40.3 mil millones de dólares americanos.

Para tener una idea de la importancia de esta cifra, podemos mencionar que el Presupuesto General de la República del Perú para el año 2020, asciende

60 En: www.maestrosdelweb.com (consultada el 13 de junio de 2020 a las 5:44 p.m.).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en US$ a la suma de 52,167 millones y el PBI peruano a la cifra aproximada de US$ 65,290 millones.

Y, para redondear el tema, diremos que el patrimonio de las 39 principales fundaciones del mundo, asciende a la cifra de US$ 360.93 mil millones, es decir, más o menos 5.2 veces el PBI del Perú.

Como podemos observar, las fundaciones son instituciones muy apreciadas en los países del primer mundo. A través de ellas quienes las instituyen destinan un bloque patrimonial del que se desprenden, pero que les servirá para llevar adelante fines benéficos de la más diversa índole. Con ellas, sus fundadores proporcionan a la sociedad infinitos beneficios por los que sus nombres perdurarán.

Pero esto, también, es un reflejo no sólo del desarrollo económico de los países, sino también de la cultura que se tiene respecto de las fundaciones.

No todos los países desarrollados tienen fundaciones de gran envergadura. Ello obedece a la idiosincrasia de cada sociedad, a los regímenes jurídicos que les dan sustento, a los incentivos tributarios y a diversos factores más, como el margen de manejo que la legislación respectiva permite a sus constituyentes, entre otros.

De la lista de las 39 fundaciones más grandes del mundo[61], podemos observar que la inmensa mayoría de ellas (32), tanto en número como en montos

61 https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Fundaciones_de_caridad_m%C3%A1s_ricas. Esta es la lista de las 39 fundaciones más importantes del mundo (consultada el viernes 9 de octubre de 2020, a las 16:16 horas):

Rango	Organización / país / por persona	País	Sede	Dotación (USD)	Dotación (moneda local)	Fundado / donaciones	Referencias
1	Bill & Melinda Gates Foundation	Estados Unidos	Seattle, Washington	$40.3 millardos		1994	1
2	Wellcome Trust	Reino Unido	Londres	$27.1 millardos	£20,9 millardos (GBP)	1936	3
3	Howard Hughes Medical Institute	Estados Unidos	Chevy Chase, Maryland	$17.8 millardos		1953	4
4	Garfield Weston Foundation	Reino Unido	London	$15.7 millardos	£12.7 billion (GBP)	1958	5
5	Fundación Stichting INGKA	Países Bajos	Leiden	$12.7 millardos	€12.1.0 millardos (EUR)	1982	2

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

6	Azim Premji Foundation	 India	Bangalore	$12 millardos		2001	9
7	Ford Foundation	 Estados Unidos	Nueva York	$11.7 millardos		1936	6
8	Kamehameha Schools	 Estados Unidos	Honolulu, Hawái	$11.5 millardos		1887	7
9	Mohammed bin Rashid Al Maktoum y Foundation Veytia	 Emiratos Árabes Unidos	Dubai y México	$10.08 millardos	$37 millardos (AED)	2007	8
10	Lilly Endowment	 Estados Unidos	Indianapolis, Indiana	$10.07 millardos		1937	6
11	Robert Wood Johnson Foundation	 Estados Unidos	Princeton Nueva Jersey	$9.7 millardos		1972	6
12	William and Flora Hewlett Foundation	 Estados Unidos	Menlo Park, California	$8.74 millardos		1967	6
13	W.K. Kellogg Foundation	 Estados Unidos	Battle Creek Michigan	$8.72 millardos		1930	6
14	J. Paul Getty Trust	 Estados Unidos	Los Angeles, California	$8.68 millardos		1982	6
14	The Church Commissioners for England	 Reino Unido	Londres	$7.5 millardos	£5.2 millardos (GBP)	1948	12
15	Li Ka Shing Foundation	 Hong Kong	Hong Kong	$8.3 millardos	$64.4 millardos (HKD)	1980	10
16	Robert Bosch Foundation	 Alemania	Stuttgart	$6.9 millardos	€4.5 millardos (EUR)	1964	13
17	The MasterCard Foundation	 Canadá	Toronto	$7.1 millardos		2006	11
17	Garfield Weston Foundation	 Reino Unido	Londres	$6.5 millardos	£4.2 millardos (GBP)	1958	14

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

18	Gordon and Betty Moore Foundation	Estados Unidos	Palo Alto, California	$6.4 millardos		2000	6
19	David and Lucile Packard Foundation	Estados Unidos	Los Altos, California	$6.3 millardos		1964	6
20	Andrew W. Mellon Foundation	Estados Unidos	Nueva York	$6.18 millardos		1969	6
21	John D. and Catherine T. MacArthur Foundation	Estados Unidos	Chicago, Illinois	$6.0 millardos		1975	6
22	The Pew Charitable Trusts	Estados Unidos	Philadelphia, Pennsylvania	$5.6 millardos		1948	15
23	Fundación Knut y Alice Wallenberg	Suecia	Estocolmo	$5.3 millardos	kr 32.7 millardos (SEK)	1917	16
24	Silicon Valley Community Foundation	Estados Unidos	San Jose, California	$4.7 millardos		2007	6
25	Nemours Foundation	Estados Unidos	Jacksonville, Florida	$4.6 millardos		1936	17
26	Bloomberg Philanthropies	Estados Unidos	Nueva York	$4.24 millardos		2004	6
27	Fundación benéfica de Leona M. y Harry B. Helmsley	Estados Unidos	Nueva York	$5.54 millardos		1999	18
28	Sulaiman Abdul Aziz Al Rajhi	Arabia Saudita	Jeddah	$3.85 millardos	14.43 millardos (SAR)	2011	[B]
29	Tulsa Community Foundation	Estados Unidos	Tulsa, Oklahoma	$3.8 millardos		1998	6
30	Rockefeller Foundation	Estados Unidos	Nueva York	$3.7 millardos		1913	6
31	The California Endowment	Estados Unidos	Los Angeles	$3.56 millardos		1996	6

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

patrimoniales comprometidos (US$ 315.10 mil millones, es decir, el 87.31 %) corresponde a países del *Common Law*. Es verdad, no obstante, que en esos países ha prosperado mucho más el capitalismo que en los de la tradición jurídica romano germánica, excepciones hechas de Alemania, Francia, Italia, España, Brasil, México y la zona francesa del Canadá, entre otros países donde también se observa el surgimiento de fundaciones.

En el Perú, las fundaciones que han existido o existen son muy poco representativas. Podemos mencionar, entre las más conocidas, a la Fundación Wiese, la Fundación Romero, la Fundación Anar, la Fundación Telefónica Perú, entre otras.

La fundación no es una figura jurídica muy difundida en el Perú. Históricamente, ha habido temor sobre las funciones del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones del Ministerio de Justicia (hoy, Justicia y Derechos Humanos).[62]

A ello hay que agregar el pobre desarrollo económico del país.

¿Y qué es una fundación?

Pues, el artículo 99 del Código Civil se encarga de establecer un concepto, al señalar que es una organización no lucrativa instituida mediante la

32	Realdania	Dinamarca	Copenhague	$3.5 millardos	€2.8 millardos (EUR)	2000	19
33	Fundación Calouste Gulbenkian	Portugal	Lisboa	$3.5 millardos	€2.8 Millardos (EUR)	1956	20
34	The Duke Endowment	Estados Unidos	Charlotte, Carolina del Norte	$3.37 millardos		1924	6
35	The Kresge Foundation	Estados Unidos	Troy, Michigan	$3.3 millardos		1924	6
37	Greater Kansas City Community Foundation	Estados Unidos	Kansas City, Misuri	$2.7 mil millones		1978	21
38	Simons Foundation	Estados Unidos	New York City, New York	$2.6 mil millones		1994	22
39	W. M. Keck Foundation	Estados Unidos	Los Angeles, California	$1.1 mil millones		1954	23

62 Ver: https://www.minjus.gob.pe/consejo-de-supervigilancia-de-fundaciones-normatividad/ (consultada el viernes 9 de octubre de 2020 a las 16:30 horas).

FERNANDO CASTILLO FREYRE

afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social.

En realidad, no podrían existir las fundaciones si quienes las instituyen no destinasen a ellas parte de su patrimonio. La idea es que esos bienes dejan de integrar el patrimonio de su antiguo titular y pasan a formar parte de la fundación. Por tanto, ese patrimonio (el mismo, que seguramente, se verá incrementado en el tiempo por acción de quienes dirijan la fundación) servirá para realizar las actividades que contemple su acto fundacional.

Resulta claro que la promoción de cualquier actividad de interés social a la que esté destinada la fundación, necesitará de recursos. Es obvio que cuanto mayor sea el patrimonio destinado a la fundación, mayores serán sus alcances.

En el Perú nunca se ha reconocido y apreciado la importancia que tienen las fundaciones en el mundo, en el desarrollo de la cultura, la ciencia, la tecnología, la educación, los derechos humanos en sus diversos aspectos, la capacitación técnica, y muchos más aspectos de la vida.

Resulta claro que las fundaciones no están dirigidas a obtener un beneficio económico directo de sus instituyentes o sus familias, pero en el mundo desarrollado, las fundaciones van en paralelo con las empresas de quienes las constituyen y, en muchos casos, promueven actividades que, luego, van a reportar beneficios indirectos a sus empresas.

Por ejemplo, sería el caso de una fundación que se dedique a fomentar la capacitación tecnológica en aviación y, en paralelo, sus constituyentes sean propietarios de una compañía de aviación.

Por el contrario, existen fundaciones como la de Bill Gates y su esposa, que fomentan acciones netamente humanitarias.

Es bueno recordar cómo en el año 2010, Gates y Warren Buffet, dos de los hombres más ricos del mundo, iniciaron una campaña para lograr que las personas más adineradas de su país, donen al menos el 50 % de su fortuna en vida o como herencia, filantrópicamente.[63] Esta campaña se denominó The Giving Piedge.

Pero, sea como fuere, generalmente, las fundaciones llevan el nombre o el apellido de sus constituyentes. Se trata, sin duda, de una forma de garantizar la permanencia en el tiempo, más allá de la vida; el paso a la historia empresarial,

63 Fuente: Wikipedia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

no sólo como un hombre de éxito económico, sino como una buena persona. En resumen, ser recordado por ambas facetas.

Y esto está muy bien.

La fundación implica un acto de liberalidad, un acto a título gratuito que no va a merecer, a cambio, contraprestación alguna, como muchos otros, donde la donación y el legado tienen lugares de preferencia. Pero con estos últimos, por más que puedan celebrarse con cargo y una serie de condiciones (sentido lato de la palabra) a cumplir, no se garantizará una actividad permanente en beneficio de los terceros a quienes se desea beneficiar. O, por lo menos, ese beneficio lo recibirán de otra institución, como sería el caso de una universidad a la que alguien legue buena parte de su fortuna, con el cargo de que cree una Facultad de Medicina y la ponga en funcionamiento. Esta práctica resulta también muy común en los Estados Unidos de América y en los países desarrollados, donde la idea y vocación por favorecer a la comunidad es regla y no excepción.

Son otros parámetros. Otra mentalidad. Por algo se trata de sociedades tan desarrolladas. En este aspecto, así como en muchos otros, estamos a miles de años de distancia.

Debemos puntualizar que las fundaciones no es que se dediquen a gastar el patrimonio atribuido por sus constituyentes. Ese sería un pésimo manejo de una fundación, porque estaría condenando a que pronto se agoten sus bienes y no se pueda seguir beneficiando a más personas.

Por eso, las fundaciones exitosas suelen invertir bien sus fondos, realizan trabajos para empresas (terceros), obtienen utilidades para incrementar el patrimonio y, así, poder seguir cumpliendo su objeto social.

Por otra parte, debemos recordar que, en lo que se refiere a los fines u objetivos de la fundación, el artículo 99 del Código Civil solamente hace una enumeración de carácter enunciativo mas no taxativo. Si bien se menciona los objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social, ello no implica que no haya asociaciones cuyos objetivos sean distintos, pero siempre de interés social.

Entendemos que con la expresión «interés social» se comprende todos aquellos supuestos en que se va a realizar obras de bien en favor de terceros que, verdaderamente, sean personas que necesiten o carezcan de los recursos suficientes para tales efectos.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

Formalidad de constitución

Artículo 100.- La fundación se constituye mediante escritura pública, por una o varias personas naturales o jurídicas, indistintamente, o por testamento.

El acto jurídico constitutivo de la fundación es uno de carácter solemne. Existen dos maneras de constituirla. Veamos:

a) Por actos *inter vivos*

Si este fuere el caso, la fundación se debería constituir por escritura pública.

Nótese que el artículo 100 no señala que la ausencia de esa formalidad acarrearía la nulidad del acto jurídico, lo que conduce a pensar que esa formalidad no es solemne, sino sólo *ad probationem*.

Esta escritura pública de constitución será otorgada por el o los constituyentes de la fundación. Lo que ocurre es que, a diferencia de la asociación, la fundación no requiere de pluralidad de constituyentes. Bastaría con uno. Esto obedece a que la fundación no persigue el desarrollo de actividades comunes en beneficio de sus constituyentes, sino en beneficio de terceros; y ello podrá lograrse con la participación de una persona en el acto constitutivo; lo que no significa que la fundación vaya a ser dirigida solamente por una persona; esto, en la medida de que se tratará, sin duda de una labor compleja y, en la mayoría de casos, de duración indefinida.

Debemos advertir que el artículo 100, bajo comentario, señala de manera expresa que los constituyentes de la fundación pueden ser personas naturales, jurídicas o una combinación de ambas.

b) Por testamento

En estos casos se tratará, por razones obvias, de una persona natural y de sólo un constituyente. Ello, en la medida de que la ley peruana no acepta el otorgamiento de testamentos conjuntos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Alcances del acto constitutivo

Artículo 101.- El acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan. El fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación, así como designar al administrador o a los administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción así como el destino final del patrimonio.

Puede nombrarse como administradores de la fundación a personas jurídicas o a quien o quienes desempeñen funciones específicas en ellas. En el primer caso, debe designarse a la persona natural que la represente.

El registrador de personas jurídicas debe enviar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones el título de constitución que careciere de alguno de los requisitos señalados en el primer párrafo del presente artículo. El Consejo procederá en un plazo no mayor de diez días, con arreglo al artículo 104, incisos 1 a 3, según el caso.

a) Requisitos indispensables

El artículo 101 señala que el acto constitutivo de la fundación debe expresar necesariamente su finalidad y el bien o bienes que se afectan.

Ello es evidente, en la medida de que si no se llegara a expresar la finalidad, se podrá decir que carecería de objeto la fundación.

Y lo propio podemos decir si es que no se señalase qué bien o qué bienes se afectan.

Una fundación sin finalidad y sin bienes, sería una fundación vacía. Por ello, el acto jurídico constitutivo de la fundación, carecería de causa y, por tanto, sería nulo por carecer de uno de los elementos que debe reunir todo acto jurídico (artículo 140 del Código Civil).

b) Requisitos importantes, pero no indispensables

El artículo 101 del Código Civil señala que el fundador puede también indicar el nombre y domicilio de la fundación, así como designar al

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

administrador o a los administradores y señalar normas para su régimen económico, funcionamiento y extinción, así como el destino final del patrimonio. Veamos:

b.1) Nombre

Al abordar el tema con ocasión del artículo 99, señalamos que es usual que los constituyentes pongan sus propios nombres a sus fundaciones, sean aquéllos personas naturales o jurídicas. Para comprobarlo, bastaría recordar los ejemplos citados por nosotros en aquella oportunidad.

b.2) Domicilio

Cuando vimos el tema del domicilio de la asociación, señalamos que se trata de la localidad donde va a tener su sede la persona jurídica. Hacemos de aplicación a la fundación, *mutatis mutandis*, todo lo expuesto en esa oportunidad.

c) Designar al administrador o administradores

Cuando se constituye una fundación, lo ideal es que sus creadores establezcan con claridad cuál va a ser su régimen administrativo y la manera cómo se designa a los administradores. Esto es muy importante, habida cuenta de que si existe el interés en constituir una fundación, es obvio que también estarán muy interesados en que ella sea correctamente administrada, por personas competentes, designadas por órganos o personas jurídicas sólidas y estables y que mantengan esa buena línea a lo largo del tiempo.

Ello facilitará enormemente la marcha de la fundación, a la par que restringirá a lo estrictamente necesario la intervención del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones del Ministerio de Justicia. Al fin y al cabo, se trata de un organismo estatal y, lo que menos querrán los constituyentes de la fundación, es burocratizar su funcionamiento.

Además, el nombramiento de los directivos de la fundación, podría ser un asunto complejo, pues tal vez resulte necesario nombrar periódicamente un *staff* de personas de primera línea.

Todo esto debería estar previsto en el acto constitutivo de la fundación.

d) Señalar normas para su régimen económico

Lo usual en una fundación es que el aporte inicial sea el más importante en su vida como persona jurídica, pero también podría darse el caso en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que ella reciba aportes sucesivos en el tiempo. Esto, obviamente, no se conocerá con certeza al momento de su constitución, pero, cualquiera que fuese el caso, sería ideal que se contemplara en el documento fundacional el mayor detalle en cuanto al régimen económico y el manejo que debería tener en el futuro.

Se trata de un tema en extremo importante. Es, en buena cuenta, el relativo a cuidar el patrimonio de la propia asociación y su preservación e incremento en el tiempo.

e) Señalar normas para su funcionamiento

El funcionamiento de la fundación se relaciona directamente con su organigrama y cómo está estructurada la toma de decisiones en la persona jurídica.

Esto también será vital para la marcha de la fundación.

El que una fundación esté bien estructurada desde el principio (que es cuando ya se cuenta con el aporte patrimonial para el inicio de sus actividades) será gravitante para su éxito o fracaso.

f) Señalar normas para su extinción

Cómo veremos al analizar el artículo 110, el haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo. En otras palabras, está en mano de los creadores de una fundación el disponer al respecto.

Si bien se trata de una hipótesis desagradable, es mejor preverla, por si es que el azar determina el fracaso de la fundación en el tiempo. Ello, porque de no haberse previsto, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones del Ministerio de Justicia, será el órgano encargado de proponer que se destine —ese haber neto resultante de la liquidación de la fundación— a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la beneficencia pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede.

En otras palabras, de no haberse previsto esta situación en el acto fundacional, el destino de esos fondos resultantes de la liquidación de la fundación, escaparía de la voluntad de los constituyentes, por más que sigan con vida. Será el Estado el que decida.

En lo que respecta a los administradores de la fundación, el segundo párrafo del artículo 101 especifica que puede nombrarse como tales a personas jurídicas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En la vida profesional me ha correspondido ver alguno de estos casos. En determinadas situaciones, los fundadores consideran que este esquema es el ideal, en la medida de que ello garantizaría que con el paso del tiempo es probable que esas personas jurídicas, sigan existiendo.

En ese sentido, lo ideal es designar como administradores a personas jurídicas que tengan larga y sólida existencia, además de que tal existencia no dependa de la vida de una persona natural o de la unidad de una familia.

Si la empresa ya tiene cien años y goza de buena salud, entonces es muy probable que siga durando, al menos otros cien.

En estos casos, la correcta administración de la fundación, por lo menos, estaría asegurada por muy buen tiempo.

Este supuesto parte del entendido de que son esas personas jurídicas las que se desempeñarán como administradores de la fundación, obviamente, a través de los empleados o funcionarios en quienes deleguen esa misión. A eso se refiere el segundo párrafo del artículo 101, cuando dice que «debe designarse a la persona natural que la represente».

Pero el segundo párrafo del artículo 101 del Código Civil contempla otra posibilidad, y es que en el acto constitutivo de la fundación, se indique qué funcionarios de esas personas jurídicas serán los que administren la fundación. Por ejemplo, podría señalarse que serán los presidentes del directorio del Banco de Crédito, del Interbank, del Scotiabank del Perú y del BBVA del Perú.

En estas dos modalidades que venimos explicando, naturalmente, se requeriría el asentimiento de las instituciones designadas. Este compromiso es ideal que sea brindado con anterioridad al acto de constitución de la fundación, y que el mismo conste en documento cuyo contenido sea indubitable. Ello, pues, como resulta obvio, el acto fundacional no puede obligar a nadie a desempeñar el cargo de administrador de una fundación y, si no hubiesen dado su asentimiento previo, entonces se frustraría ese cometido y la fundación, prácticamente, sería manejada por el Estado a través del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

El tercer párrafo del artículo 101 del Código Civil establece que el registrador de personas jurídicas debe enviar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones del Ministerio Justicia y Derechos Humanos, el título de constitución que careciere de alguno de los requisitos señalados en el primer párrafo del propio artículo 101. Señala también que el Consejo procederá en un plazo no mayor de diez días, con arreglo al artículo 104, incisos 1 a 3, según el caso. Esta última norma es aquella que especifica las funciones del Consejo. En el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

inciso 1, señala que el Consejo se encargará de «indicar la denominación y domicilio de la fundación, cuando no consten del acto constitutivo».

Por su parte, el inciso 2 señala que el Consejo tiene la función de «designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituirlos al cesar por cualquier causa en sus actividades, siempre que no se hubiese previsto, para ambos casos, en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos. En el caso previsto en el párrafo anterior, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones, los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias. Asimismo, en dicho supuesto, el cargo de administrador es indelegable».

Y, finalmente, el inciso 3 del artículo 104 establece que el Consejo se encargará de «determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniere a los fines de la fundación».

Como se puede apreciar, de tener que aplicarse el tercer y último párrafo al artículo 101, la fundación privada estará en manos del Estado peruano. Sería un pésimo negocio.

ESTUDIO MARIO CASTRO PRADO

Carácter intransmisible del acto constitutivo

Artículo 102.- La facultad de revocar no es transmisible. El acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable.

Como se puede apreciar, el artículo 102 del Código Civil señala que la facultad de revocar no es transmisible. Agrega que el acto de constitución de la fundación, una vez inscrito, es irrevocable.

Como hemos visto al analizar el artículo 100 del Código Civil, la formalidad del acto constitutivo de la fundación deberá realizarse, o por escritura pública o por testamento.

Dijimos en esa ocasión que se trataba de formalidades *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, en la medida de que la ley no sancionaba con nulidad su inobservancia.

No obstante, para que surta efectos el acto de constitución de la fundación, el mismo debería necesariamente inscribirse en Registros Públicos, lo que determina que si ella hubiese seguido otra formalidad menos rigurosa, si bien el acto constitutivo sería válido, el mismo nunca podría surtir efectos.

Esto otorga al o a los constituyentes de la fundación, la posibilidad de arrepentirse de haberla creado. Entendemos que en el caso en que se hubiera creado por escritura pública, la revocación debería hacerse revistiendo la misma formalidad.

Si la fundación se hubiese creado por testamento, será necesario que el otorgante lo revoque, al menos en este extremo.

Si el otorgante de la escritura pública muriese antes de que la fundación se inscriba en Registros Públicos, su inscripción será inevitable, dado que los herederos del constituyente no podrán revocar el acto constitutivo, habida cuenta de que la facultad de revocar no se transmite a los herederos.

Si la fundación se hubiese constituido por testamento, obviamente el contenido del mismo habría sido conocido recién al morir el otorgante. Aquí, sus herederos tampoco podrán revocar el acto constitutivo de la fundación.

Si se llegara —en general— a producir la revocación del acto constitutivo de la fundación, lo que ocurrirá es que ese acto habría sido válido, pero con

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la revocatoria el otorgante habría hecho que el mismo nunca surta efectos. De esta forma, al carecer de tales efectos, la fundación nunca podría llegar a ser inscrita en el Registro.

El problema conceptual de la revocación del acto constitutivo de la fundación, radicará cuando la escritura pública hubiese sido otorgada por varias personas. En ese supuesto, será evidente que la revocación sólo surtirá efectos en tanto y en cuanto todos los otorgantes originales revoquen el acto constitutivo. La voluntad revocatoria de casi todos, o de la mayoría, resultará ineficaz.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Consejo de Supervigilancia de Fundaciones

Artículo 103.- El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones es la organización administrativa encargada del control y vigilancia de las fundaciones.

Su integración y estructura se determinan en la ley de la materia.

Hemos mencionado en reiteradas ocasiones que el órgano estatal que en el Perú se encarga de supervisar las fundaciones es el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Es antigua la discusión en torno a si las fundaciones deben o no ser supervisadas por el Estado. Lo que ocurre es que si se trata de instituciones con fines de beneficio a determinados sectores de la sociedad, se entiende que quien representa jurídicamente a la sociedad, que es el Estado, debe vigilar para que las fundaciones tengan un adecuado funcionamiento.

En verdad, salvo para temas de necesaria intervención de carácter supletorio, bien podría no existir esta intervención estatal. Como apreciaremos del estudio del artículo 104 (precepto siguiente), el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones se vuelve importante en su accionar mientras más defectos presenta el acto constitutivo de la fundación.

Por otra parte, el artículo 103 del Código Civil, en su segundo párrafo, establece que la integración y estructura del Consejo se determinan en la ley de la materia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Funciones del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones

Artículo 104.- El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones ejerce las siguientes funciones básicas:

1.- Indicar la denominación y domicilio de la fundación, cuando no consten del acto constitutivo.

2.- Designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituirlos al cesar por cualquier causa en sus actividades, siempre que no se hubiese previsto, para ambos casos, en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos.

En el caso previsto en el párrafo anterior, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones, los beneficiarios o los representantes de las instituciones beneficiarias. Asimismo, en dicho supuesto, el cargo de administrador es indelegable.

3.- Determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniere a los fines de la fundación.

4.- Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas elevan copia de los mismos al Consejo al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico.

5.- Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir, en cada caso.

6.- Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente.

7.- Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta.

8.- Disponer las auditorías necesarias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

9.- Impugnar judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley. La impugnación se tramita como proceso abreviado; la demanda de nulidad o de anulación como proceso de conocimiento.

10.- Intervenir como parte en los juicios en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación.

11.- Designar al liquidador o a los liquidadores de la fundación a falta de disposición en el acto constitutivo.

12.- Llevar un registro administrativo de fundaciones.

El artículo 104 es uno de los más extensos del Código Civil y vamos a estudiar, en detalle, las funciones del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

Veamos:

a) Indicar la denominación y domicilio de la fundación, cuando no consten del acto constitutivo (inciso 1)

Lo usual es que los actos constitutivos señalen estos datos, pero en caso ocurriera lo contrario, será función del Consejo hacerlo.

Pensamos que si faltase el nombre, lo lógico sería colocar aquel del constituyente, si fuese una sola persona o de los constituyentes, si se tratase de un matrimonio. Si fueran varios miembros de una familia, correspondería denominar a la fundación con ese apellido, etc.

En otros casos, se le pondrá como nombre uno alusivo a sus fines. El inciso 1 del artículo 104 otorga el Consejo amplias facultades a este respecto.

b) Designar a los administradores cuando se hubiese omitido su nombramiento por el fundador o sustituirlos al cesar por cualquier causa en sus actividades, siempre que no hubiese previsto, para ambos casos, en el acto constitutivo la forma o modo de reemplazarlos (inciso 2)

Si el fundador no ha designado a los administradores de la fundación, entonces el Consejo deberá nombrarlos.

Pero también podríamos encontrarnos en el supuesto en que sí los hubiese nombrado, pero hubieran cesado en sus cargos (muerte, renuncia, revocación, etc.).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En estos casos, el Consejo procederá a nombrar a sus reemplazantes; ello, naturalmente, en la medida de que no hubiesen sido nombrados administradores suplentes o sustitutos en el acto constitutivo de la fundación.

No obstante, debemos señalar que la posibilidad de nombrar administradores sustitutos tiene sus límites en el acto constitutivo, pues resulta poco probable tratar sobre personas que de seguro aún no existen al tiempo de otorgamiento de ese acto constitutivo.

En ese sentido, se aprecia —como expresamos en su momento— que lo ideal será nombrar a personas jurídicas de existencia estable, para que desempeñen el cargo de administradores de la fundación; o, al menos, establecer en el acto constitutivo una manera de designar a los administradores, como, por ejemplo, podría ser, establecer —previo asentimiento— que los administradores serán designados por el rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Debemos recordar que el segundo párrafo del inciso 3 del artículo 104, bajo comentario, establece que en los casos previstos en el primer párrafo, están impedidos de ser nombrados como administradores de las fundaciones los beneficiarios o los representantes de la institución beneficiaria.

Esta disposición se establece en razón a que las fundaciones realizan obras de beneficio para algunos sectores de la sociedad; y podrían hacerlas en beneficio de alguna o algunas instituciones específicas. En estos casos, el nombramiento de los administradores de la fundación por parte del Consejo, evidentemente no podría recaer sobre los representantes de las instituciones beneficiarias de la fundación o sobre las instituciones mismas. Ello, para evitar obvios conflictos de interés.

Por último, el segundo párrafo del inciso 2 señala que el cargo de administrador es indelegable cuando sea nombrado por el Consejo. Es claro que podrá ser delegable si el administrador o el mecanismo de designación hubiesen sido contemplados en el acto constitutivo de la fundación y, naturalmente, el fundador hubiese previsto ese carácter delegable.

c) Determinar, de oficio y con audiencia de los administradores o a propuesta de éstos, el régimen económico y administrativo, si hubiere sido omitido por el fundador, o modificarlo cuando impidiese el normal funcionamiento o conviniere a los fines de la fundación (inciso 3)

En caso el fundador hubiese omitido establecer en el acto constitutivo el régimen económico y administrativo de la fundación, lo hará el Consejo a propuesta de quienes sean los administradores de la misma.

TEXTO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero cabría la posibilidad de que el fundador sí lo hubiese señalado, pero con el transcurso de los años, algunos de esos regímenes, hubiesen devenido en un obstáculo para el desarrollo normal de la fundación. En este caso, resulta evidente que el régimen en cuestión debería ser variado. Aquí también interviene el Consejo.

d) Tomar conocimiento de los planes y del correspondiente presupuesto anual de las fundaciones, para lo cual éstas elevan copia de los mismos al Consejo, al menos treinta días antes de la fecha de iniciación del año económico (inciso 4)

La labor del Estado, a través del Consejo, con respecto a las fundaciones es de carácter permanente, en el sentido de vigilar la marcha de las mismas y de cooperar con ellas para su adecuado funcionamiento.

De ahí lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 104 en torno al conocimiento de sus planes y presupuesto anual.

e) Autorizar los actos de disposición y gravamen de los bienes que no sean objeto de las operaciones ordinarias de la fundación y establecer el procedimiento a seguir en cada caso (inciso 5)

Esta función es otorgada al Consejo, en la medida de que estaríamos hablando de actos que no son propios de las operaciones comunes de la fundación.

Por ejemplo, hablamos de la venta de un inmueble o de un paquete de acciones de un banco, que el fundador aporta a la fundación en el acto constitutivo.

En estos casos, la labor del Consejo será la de cuidar que estas ventas resulten verdaderamente indispensables para la marcha de la fundación y que ellas no entorpezcan o limiten su desarrollo en el tiempo.

El Consejo, además, establecerá con los administradores el mejor procedimiento a seguir en el caso concreto, para obtener el mayor beneficio para la fundación (o su menor perjuicio, si fuera el caso).

f) Promover la coordinación de las fundaciones de fines análogos cuando los bienes de éstas resulten insuficientes para el cumplimiento del fin fundacional, o cuando tal coordinación determinase una acción más eficiente (inciso 6)

Es posible que existan —y de hecho las hay— fundaciones que, o tienen fines similares o, al menos, bastante parecidos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, es función del Consejo el tratar de promover algún nivel de coordinación entre estas instituciones, si ello resultara conveniente, por supuesto.

Lo que se quiere con esta función es que las fundaciones no dupliquen esfuerzos de manera inútil. No obstante, dadas las enormes carencias que existen en el Perú, en todo orden de cosas, es muy difícil que todo esto ocurra.

g) Vigilar que los bienes y rentas se empleen conforme a la finalidad propuesta (inciso 7)

Esta es una típica función de supervigilancia y ella guarda plena lógica con el propósito del Estado de que las fundaciones privadas cumplan a cabalidad los fines instituidos por sus creadores.

h) Disponer de auditorías necesarias (inciso 8)

Esta función resulta importante, en la medida en que coadyuvará con la transparencia y el buen manejo de las fundaciones.

i) Impugnar judicialmente los acuerdos de los administradores que sean contrarios a la ley o al acto constitutivo o demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren, en los casos previstos por la ley (inciso 9)

El Código Civil otorga al Consejo la atribución de demandar la nulidad de los acuerdos de los administradores que sean contrarios a la ley o al acto constitutivo de la fundación. Este precepto emplea la expresión «impugnar», pero con ella no se designa a una pretensión específica. Entendemos que si se tratase de acuerdos como los mencionados, la pretensión que correspondería sería la de nulidad.

En adición, el inciso 9 faculta al Consejo a demandar la nulidad o anulación de los actos o contratos que celebren los administradores, en los casos previstos por la ley. Pensamos que también hubiese resultado conveniente otorgarle la atribución de demandar la rescisión y la resolución de los contratos.

El inciso 9 precisa que la impugnación de los acuerdos se tramita como proceso abreviado, en tanto la demanda de nulidad o de anulación, como proceso de conocimiento.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

j) Intervenir como parte en los juicios en que se impugne la validez del acto constitutivo de la fundación (inciso 10)

Esta norma pone de relieve el interés del Estado en la creación de las fundaciones, dados los beneficios que ellas reportan a la sociedad.

Como la constitución de fundaciones acarrea la transferencia o aporte de bienes por parte de sus fundadores, podría ocurrir que sus parientes estén interesados en atacar la validez del acto constitutivo de la fundación. Con más razón, si ella es creada por testamento, en cuyo caso cuando sus herederos se enteren de la creación de la fundación, tomarán también conocimiento de que el patrimonio legado a tal fin, no será heredado por ellos. Además, dado que el constituyente de la fundación ya habrá muerto, será necesario que el Estado intervenga en el eventual juicio de nulidad de testamento, para defender el acto en su conjunto y, específicamente, las cláusulas relativas a la creación y destino de fondos a la fundación.

k) Designar al liquidador o a los liquidadores de la fundación a falta de disposición en el acto constitutivo (inciso 11)

Esta es una función del Consejo que resulta obvia y no requiere mayores comentarios.

l) Llevar un registro administrativo de fundaciones (inciso 12)

Se trata de una función básica, pues el Consejo debe tener registradas a todas las fundaciones que se hallen constituidas en el Perú. Sin ese registro, en realidad el Consejo no podría desarrollar ninguna de sus otras funciones o atribuciones.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Presentación de cuentas y balances

Artículo 105.- Los administradores están obligados a presentar al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, para su aprobación, las cuentas y el balance de la fundación, dentro de los cuatro primeros meses del año.

El contenido en el artículo 105 del Código Civil es parte de la función de supervigilancia que el Consejo ejerce sobre las fundaciones.

El hecho de que las cuentas y el balance deban serles presentados dentro de los cuatro primeros meses del año, implica que los administradores deberán actuar de modo diligente, tanto en el manejo de la fundación, como en sus relaciones con el Consejo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Acciones judiciales contra los administradores

Artículo 106.- El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar las cuentas y el balance anuales de la fundación o si éstos fueron desaprobados y en otros casos de incumplimiento de sus deberes.

A pedido de parte, el juez de primera instancia puede, por causa justificada, suspender a los administradores.

Declarada la responsabilidad, los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

Los administradores suspendidos son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

La demanda de presentación de cuentas y balances y la de suspensión de los administradores en su cargo, se tramitan como proceso abreviado. La demanda de desaprobación de cuentas o balances y la de responsabilidad por incumplimiento de deberes, como proceso de conocimiento.

El artículo 106 se encarga de establecer que el Consejo puede iniciar acción judicial contra los administradores que no cumplan con presentar las cuentas y el balance anuales de la fundación. También en los casos en que éstos fuesen desaprobados y en otros casos de incumplimiento de sus deberes (primer párrafo).

Las acciones a que se refiere este primer párrafo de la norma son de carácter civil. Se trataría, pues, de una pretensión judicial de remoción y, como es lógico y acorde con el debido proceso, los administradores en cuestión tendrán todo el derecho de defenderse y de contradecir lo alegado por el Consejo.

Las causales para ello son de carácter objetivo: a) no cumplir con presentar las cuentas y el balance anuales de la fundación; b) si las cuentas y el balance anuales de la fundación fuesen desaprobados por el propio Consejo; y c) en otros casos de incumplimiento de sus funciones.

JESUS MARIA CASTILLO FREYRE

En el segundo párrafo se establece que, a pedido de parte (el Consejo), el juez de primera instancia (hoy, juez civil) puede, por causa justificada, suspender a los administradores. Entiendo que esto se tramitaría como un pedido cautelar, en el juicio de remoción.

Ahora bien, el Consejo también podría demandar a los administradores para que indemnicen a la fundación por los daños y perjuicios causados en el cumplimiento de sus labores. Dado que el nombramiento de los administradores implica la existencia de un contrato, se entiende que las normas aplicables a este efecto serán los artículos 1314 y siguientes, propios de inejecución de las obligaciones, razón por la cual la responsabilidad de cada administrador sería individual y no solidaria.

En ese sentido resultaría aplicable el tercer párrafo del artículo bajo estudio, cuando señala que, declarada la responsabilidad (entendemos que civil, indemnizatoria), los administradores cesan automáticamente en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de la acción penal a que hubiere lugar.

El cuarto párrafo de la norma establece que los administradores suspendidos son reemplazados de acuerdo a lo dispuesto en el acto constitutivo o, en su defecto, por el Consejo.

Entendemos que este párrafo está recogiendo el supuesto señalado en el segundo párrafo del artículo 106, sobre el cual ya expresamos nuestros comentarios.

El quinto y último párrafo del artículo 106, es una norma de evidente contenido procesal. Ella establece que: i) la demanda de presentación de cuentas y balances y la suspensión de los administradores en sus cargos, se tramita como proceso abreviado; y ii) que la demanda de desaprobación de cuentas o balances y la responsabilidad por incumplimiento de deberes (debería decirse, obligaciones, porque lo son), se tramitan como proceso de conocimiento.

Este último párrafo fue agregado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

ESTUDIO MARIO CASTRO PRADO

PERSONAS PROHIBIDAS DE CONTRATAR CON LAS FUNDACIONES

Artículo 107.- El administrador o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

La prohibición se hace extensiva a las personas jurídicas de las cuales sean socios tanto el administrador o los administradores de la fundación, como sus parientes en los grados señalados en el párrafo anterior.

Hemos señalado en reiteradas oportunidades, que las fundaciones tienen por objeto el realizar obras de bien a determinados sectores de la sociedad. Ahí está, precisamente, el fin altruista de esas personas jurídicas.

En ese orden de ideas, la ley establece normas que tienen por finalidad preservar la consecución de esos objetivos y que ellos no se vean burlados por eventuales conflictos de interés.

Es así que el artículo 107 tiene por objeto el impedir esos conflictos de interés, cuando establece determinadas prohibiciones.

Veamos:

- a) El o los administradores de la fundación, así como sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, no pueden celebrar contratos con la fundación, salvo autorización expresa del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones.

  Esta norma, de propósito evidente, tiene una notoria omisión, y es que dentro de sus alcances no se incluye al cónyuge. Como sabemos, el cónyuge no es pariente por afinidad. El parentesco por afinidad se comienza a construir desde el cónyuge, pero no lo incluye. Y tampoco será pariente consanguíneo, a menos que sí lo sea, pero se trataría, obviamente, de casos absolutamente excepcionales.

  La norma tampoco comprende al miembro de las uniones de hecho, al menos con los requisitos y alcances del artículo 326 del propio Código Civil. Pero, en realidad, debería comprenderse a cualquiera

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que fuese pareja (estable o no) del administrador de la fundación. Además, no hay que olvidar el principio de que las normas que restringen derechos no pueden aplicarse por analogía (artículo IV del Título Preliminar del Código Civil).

b) La prohibición se hace extensiva a las personas jurídicas de las cuales sean socios tanto el administrador o los administradores de la fundación, como sus parientes en los grados señalados en el supuesto precedente.

Sobre este supuesto, reiteramos la omisión de la norma con respecto a los concubinos y parejas de los administradores de la fundación. Pero, adicionalmente, este segundo párrafo incurre en otra omisión, pues sólo se refiere a las sociedades (al hacer mención a la condición de socios). Nótese que no están comprendidos en la prohibición quienes sean asociados de asociaciones o integren comités. Resulta evidente que si los administradores de la fundación también integrasen estas personas jurídicas sin fines de lucro y, sobre todo, si ocupasen cargos directivos en ellas, podrían presentarse múltiples conflictos de interés, cuya evidencia nos exime de ahondar sobre el particular.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ampliación y modificación de los objetivos de la fundación

Artículo 108.- El Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al juez civil:

1. La ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituída *(sic)* por el fundador.
2. La modificación de los fines, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99.

La pretensión se tramita como proceso abreviado, con citación del Ministerio Público, considerando como emplazados a los administradores de la fundación.

El texto del artículo 108 del Código Civil fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993; y trata sobre la ampliación y modificación de los objetivos de la fundación.

La norma bajo comentario establece que el Consejo, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar al juez civil:

a) La ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador (inciso 1)

Es evidente que si se contara con un patrimonio que excediera notoriamente la cobertura de los fines fundacionales, ese patrimonio estaría siendo desperdiciado, dado que también se podría atender otras necesidades sociales, afines a aquellas establecidas en el acto constitutivo de la fundación.

Por tal razón es que el Consejo puede solicitar al juez civil la ampliación de tales fines. Es lógico el supuesto contemplado en el inciso 1 del artículo 108, bajo comentario.

Puede, además, percibirse que la norma legal es sumamente cauta a este respecto, pues el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones no podrá

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

decidir, sino solamente solicitar esa ampliación de fines de la fundación. Quien decide es el juez civil.

Puede apreciarse que el artículo 108 contempla el supuesto de ampliación, mas no el de reducción de los fines de la fundación, en caso el patrimonio de la misma no resulte suficientemente grande como para atender todos esos fines.

Estamos de acuerdo con que este supuesto no se halle contemplado. Lo decimos por dos razones. La primera, porque el que hoy no haya fondos no impide que mañana se consigan; y, la segunda, porque en nada perjudica que el objeto social sea amplio. Por la primera razón expuesta, resultaría temerario reducir el objeto social. En este caso, es obvio que lo que abunda no daña.

b) La modificación de los fines de la fundación, cuando haya cesado el interés social a que se refiere el artículo 99 (inciso 2)

Imaginemos el caso de una fundación cuyo fin u objeto social sea el de coadyuvar a la erradicación del analfabetismo en el Perú. Si ese objetivo fuese logrado por el país, logrando niveles educativos plenos, como Suecia, Finlandia o Dinamarca, entonces, carecería de sentido el continuar manteniendo ese fin fundacional.

En casos como el contemplado en el ejemplo anterior, la modificación del fin social se haría imperativa. En tal supuesto, por ejemplo, se podría avanzar y hacer que el objetivo de la fundación sea el de fomentar que todos los peruanos aprendan un segundo idioma, de preferencia, extranjero.

No obstante, en lo personal no somos partidarios de que se varíe los fines de las fundaciones, sino que éstos se amplíen. Ello, en la medida de que sería posible, en el orden de los acontecimientos, volver a necesitar cubrir el fin establecido en el acto fundacional.

Pero debemos admitir que podría darse el caso de una frustración definitiva del fin fundacional, sobre todo, cuando el mismo hubiese pasado a ser ilícito o contrario al orden público o las buenas costumbres. La casuística sería infinita.

Para finalizar nuestros comentarios al artículo 108 del Código Civil, diremos que el cuarto y último párrafo señala que la pretensión se tramita como proceso abreviado con citación del Ministerio Público.

ESCUELA MARIO CASTILLO FREYRE

Disolución de la asociación

Artículo 109.- El Consejo de Supervigilancia puede solicitar la disolución de la fundación cuya finalidad resulte de imposible cumplimiento.

La demanda se tramita como proceso abreviado ante el juez civil de la sede de la fundación, emplazando a los administradores. La demanda será publicada por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional, mediando cinco días entre cada publicación.

La sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior.

El artículo 109, en su versión original del Código Civil de 1984, fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

Este artículo se coloca en el supuesto en que la finalidad de la fundación resulte de improbable cumplimiento. Entendemos que esta disposición no se refiere al supuesto del inciso 2 del artículo 108 del Código Civil, pues en ese caso el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones puede solicitar la modificación de los fines de la fundación ante el juez civil.

- Podríamos encontrarnos en el caso en el cual el juez civil no hubiera aceptado ese cambio y la existencia de la fundación resulte imposible por su objeto, sea que éste ya se hubiere cumplido o que el mismo hubiera devenido en lícito o contrario a la moral, el orden público o las buenas costumbres (y el juez civil, en esa oportunidad, no lo hubiera estimado así).

En este caso, no quedaría otra cosa al Consejo que solicitar la disolución judicial de la fundación.

Pero también sería un supuesto contemplado por el artículo 109, aquel en el cual el fin fundacional sea perfectamente posible y válido, pero la fundación careciera de un patrimonio mínimo como para desarrollar no sólo ese, sino cualquier otro fin. En este caso, ni siquiera cabría solicitar la ampliación del objeto de la fundación (artículo 108, inciso 1); aquí, lo que correspondería

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sería solicitar su disolución, conforme a lo establecido por el primer párrafo del artículo 109 del Código Civil.

Este artículo, en su segundo párrafo, señala que la demanda se tramita como proceso abreviado ante el juez civil de la sede de la fundación, emplazando a los administradores.

Adicionalmente, la norma citada señala que la demanda sería publicada por tres veces en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional, mediando cinco días entre cada publicación.

Estas medidas se disponen en razón a que podría ocurrir que los administradores de la fundación no estuvieran de acuerdo con este proceder del Consejo y, como serán emplazados en calidad de demandados, podrían defender su posición.

Lo relativo a la reiterada publicación en el diario encargado de los avisos judiciales y en otro de circulación nacional, reviste por objeto el que cualquier persona que tenga interés pudiera intentar salvar la vida de la fundación, haciendo algún aporte patrimonial que le permita continuar existiendo y cumplir sus fines fundacionales.

La norma (artículo 109 del Código Civil) concluye señalando que la sentencia no apelada se eleva en consulta a la Corte Superior; lo que representa una mayor garantía en seguridad de que la fundación sea disuelta conforme a Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Destino del patrimonio restante a la liquidación

Artículo 110.- El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo. Si ello no fuera posible, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga o, en su defecto, a la beneficencia pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede.

Dado que las fundaciones son personas jurídicas sin fines de lucro, entonces ni los fundadores o constituyentes, ni sus herederos podrían recibir el remanente que resulte de la liquidación de la fundación.

En ese sentido, el artículo 110 se encarga de establecer un orden prelatorio al respecto.

Veamos:

a) El haber neto resultante de la liquidación de la fundación se aplica a la finalidad prevista en el acto constitutivo

Nótese que la finalidad es un objetivo mayor, a cuya consecución contribuía la fundación, pero ello no significará que el mismo no se pueda conseguir a través de otras vías, como sería el caso de una contribución con dinero en efectivo o cualquier otra. Así, se entiende el primer supuesto contemplado por el artículo 110 del Código Civil.

b) Si no fuera posible el supuesto anterior, se destina, a propuesta del Consejo, a incrementar el patrimonio de otra u otras fundaciones de finalidad análoga

Este segundo orden tiene pleno sentido, en la medida de que de no poderse destinar el haber resultante a la finalidad prevista en el acto constitutivo, resulta lógico que se destine a incrementar el patrimonio de otras fundaciones con fines análogos, es decir similares, pero no iguales que aquel que tenía la fundación disuelta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por ejemplo, si la fundación disuelta se dedicaba a instruir mecánicos en aeronáutica civil nacional y ella deja de existir, pues bien podría destinarse a instruir mecánicos automotrices.

c) Si no fuera posible el supuesto anterior, se destina a la beneficencia pública para obras de similares propósitos a los que tenía la fundación en la localidad donde tuvo su sede

Se trata, obviamente, de una opción legislativa ante la imposibilidad de que se materialicen los dos supuestos precedentes.

Nótese que para este supuesto c), ya ni siquiera estaríamos ante fines análogos, sino sólo similares, es decir, que tuvieran algún parecido con los de la finalidad de la fundación disuelta.

Tal vez se pudo haber optado para que los bienes remanentes fueran a fundaciones de fines similares a los que tenía la fundación disuelta; y, sólo ante la imposibilidad de proceder en este sentido, se podría destinar el remanente a la beneficencia de la localidad donde tuvo su sede la fundación disuelta. En fin, se trata sólo una posibilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Comité

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Comité

Concepto

Artículo 111.- El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista.

El acto constitutivo y el estatuto del comité pueden constar, para su inscripción en el registro, en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores.

El comité es la tercera persona jurídica sin fines de lucro, regulada por el Código Civil de 1984.

El comité, como señala el artículo citado, es la organización de personas naturales o jurídicas o también podría ser de personas naturales y jurídicas, dedicada a la recaudación pública de aportes derivados a una finalidad altruista.

Como puede apreciarse, a diferencia de la fundación, el comité no cuenta con fondos aportados por sus constituyentes o fundadores, a efectos de realizar obras de bien, en favor de quienes lo necesiten en algún o algunos sectores de la sociedad. En otras palabras, la fundación cuenta con esos recursos; mientras el comité se constituye con el objetivo de recaudar esos fondos y así poder realizar tales fines altruistas.

En el Perú, el comité que en nuestra historia tuvo mayor connotación, fue aquel que se constituyó con motivo de la guerra con Ecuador, que tuvo lugar en 1941. Ese comité (denominado Liga Nacional de Aviación) tuvo por finalidad el adquirir un inmueble y construir en él un aeródromo para enseñar a volar a pilotos civiles. Este fue el aeródromo de Collique, ilegalmente vendido por el segundo gobierno de Alan García, a pesar de que se trataba de una donación con cargo.

Como ocurrió en el caso citado, ese comité tuvo un objetivo concreto, de modo tal que una vez conseguido, se disolvió.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, existen otros comités cuyos objetivos tienen permanencia en el tiempo, como es el caso de aquellos que se dedican a recaudar fondos para el tratamiento de pacientes que padecen de una enfermedad grave.

Así, en la medida en que esa enfermedad siga existiendo y aquejando a las personas, entonces, seguramente, el comité seguirá existiendo. Los recursos recaudados, en estos casos, servirán para colaborar con el tratamiento de las personas que carezcan de recursos para afrontar la enfermedad.

Los comités, en el Perú, también suelen llamarse «ligas», de manera indistinta; es más, podría decirse que esta última denominación es más frecuente en el entendimiento público, a efectos de reconocer a estas personas jurídicas, independientemente de la denominación «comité», que es la que señala la ley (Código Civil, artículos 111 a 123).

Los comités, generalmente, son personas jurídicas cuyo patrimonio inicial es mínimo y el mismo aumenta con sus actividades, pero generalmente por plazos muy cortos, en la medida en que van a tener que atender el objetivo social, precisamente con los recursos recaudados.

Esto determina que, por lo general, los comités no tengan un gran patrimonio, a diferencia de las fundaciones.

Pero lo expresado no impide que el comité perciba donaciones desde sus inicios, incluso desde su acto constitutivo. Si bien esta situación lo haría parecer a una fundación, se trataría sólo una semejanza, en la medida de que el comité se dedicará a la recaudación pública de aportes y la fundación no.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 111, bajo comentario, señala que el acto constitutivo y el estatuto del comité pueden constar, para su inscripción en el registro, en documento privado con legalización notarial de las firmas de los fundadores.

Se trata, pues, de la formalidad del acto constitutivo del comité. Como recordamos, la fundación se constituye necesariamente por escritura pública, en tanto para la constitución del comité, la ley requiere de una formalidad menos rigurosa, pues sólo exige documento privado con legalización notarial de la firma de los fundadores.

Esto bastaría para su inscripción en Registros Públicos. Entendemos que el no exigir escritura pública se basa en el hecho de que, como hemos señalado, los comités se constituyen para recaudar aportes, no porque tengan muchos recursos. En ese sentido, la formalidad que se exige para constituir los comités, es, sin duda, menos costosa que la escritura pública. Ello, a menos que sean muchos sus fundadores, lo que podría conducir a que tantas legalizaciones de firmas lleguen a ser más costosas que una escritura pública.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Registro de miembros

Artículo 112.- El comité debe tener un registro actualizado que contenga el nombre, domicilio, actividad y fecha de admisión de sus miembros, con indicación de los integrantes del consejo directivo o de las personas que ejerzan cualquier otra actividad administrativa.

El registro debe constar de un libro llevado con las formalidades de ley, bajo la responsabilidad de quien preside el consejo directivo.

Se entiende que el objetivo general del comité, es decir, la recaudación de fondos públicos, deberá ser llevado adelante por la generalidad de sus miembros, tengan o no cargos directivos. Pero, tal recaudación deberá producirse de manera organizada, no dispersa. Ello, en buena cuenta, deberá tener una política concreta, establecida por su consejo directivo.

El artículo 112, bajo comentario, requiere que el comité tenga un registro que se encuentre permanentemente actualizado, y que contenga:

a) Domicilio.

b) Actividad (entendemos que es a la que se dedica en la vida laboral o privada).

c) Fecha de admisión.

Este registro también deberá indicar quiénes son los integrantes del consejo directivo del comité y el de las personas que ejerzan cualquier actividad administrativa, si fuese el caso.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 112 señala que el registro debe constar de un libro llevado con las formalidades de ley, bajo la responsabilidad de quien preside el consejo directivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estatuto

Artículo 113.- El estatuto del comité debe expresar:

1.- La denominación, duración y domicilio.

2.- La finalidad altruista propuesta.

3.- El régimen administrativo.

4.- La constitución y funcionamiento de la asamblea general y del consejo directivo, así como de cualquier otro órgano administrativo.

5.- La designación del funcionario que ha de tener la representación legal del comité.

6.- Los demás pactos y condiciones que se establezcan.

El artículo 113 se encarga de establecer aquello que debe contener el estatuto del comité.

Veamos:

a) La denominación (inciso 1)

Hacemos aplicables nuestros comentarios sobre el particular, relativos a la denominación de la asociación (artículo 82, inciso 1).

b) Duración (inciso 1)

Ídem.

c) Domicilio (inciso 1)

Ídem.

d) La finalidad altruista propuesta (inciso 2)

En la medida en que resulten aplicables al caso, son pertinentes las consideraciones sobre los fines de la asociación (artículo 82, inciso 2). Pero debemos agregar algunas ideas.

En primer lugar, si bien ambas instituciones tendrán fines altruistas, en el caso del comité se apreciará más esa labor en las calles, por la necesaria recaudación pública de fondos que deberá realizar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En segundo lugar, a pesar de que el inciso 2 del artículo 113 está redactado en singular, es obvio que el comité podrá contemplar en su estatuto más de una finalidad. Es verdad, no obstante, que los comités generalmente centran sus esfuerzos en una actividad concreta, dada su escasez de recursos.

e) El régimen administrativo (inciso 3)

Si por «régimen administrativo» se entiende a los órganos que estarán encargados de administrar el comité, no debemos perder de vista que el inciso 4 del propio artículo 113 se encarga de señalar a los más importantes. El estatuto del comité, sin duda, podrá recoger algunos otros (inciso 3).

f) La constitución y funcionamiento de la asamblea general y del consejo directivo, así como de cualquier otro órgano administrativo (inciso 4)

El máximo órgano del comité es la asamblea general, la misma que está compuesta por todos los miembros del comité.

Es el equivalente a la asamblea general de las asociaciones.

No olvidemos que los comités se rigen, además, por los artículos 81 al 98 del Código Civil, en cuanto les fueren aplicables y éstas son las normas que regulan a las asociaciones. En ese sentido, aquí serán aplicables, *mutatis mutandis,* nuestros comentarios respecto a la asamblea general.

Por su parte, el consejo directivo del comité es el equivalente al consejo directivo de la asociación, por lo que también remitimos al lector a lo explicado en su oportunidad, lo que será de aplicación, también *mutatis mutandis.*

El inciso 4 del artículo 113, bajo comentario, asimismo, establece que el estatuto del comité podría contener la regulación de cualquier otro órgano administrativo que se desee contemplar para el manejo y funcionamiento del comité.

g) La designación del funcionario que ha de tener la representación legal del comité (inciso 5)

En principio, la representación del comité debería corresponder al presidente del consejo directivo, pero el estatuto podría contemplar alguna representación adicional. Creemos, no obstante, que no se debería contemplar que el presidente carezca de tal representación y que ella recaiga en otro funcionario en vez de él, pues el presidente es el más representativo, dado que encabeza un consejo directivo fruto de una elección democrática por parte de la asamblea general.

h) Los demás pactos y condiciones que se establezcan (inciso 6)

No resulta necesario comentar este supuesto, dada su obviedad.

ESTUDIO ALFREDO CASTILLA FREYRE

Convocatoria del consejo directivo

Artículo 114.- El consejo directivo es el órgano de gestión del comité y es convocado por quien lo presida en los casos previstos en el estatuto o cuando lo solicite cualquiera de los miembros integrantes del consejo o la décima parte de los miembros del comité. Si su solicitud fuese denegada o transcurren siete días de presentada sin efectuarse la convocatoria, se procede de conformidad con lo establecido en el artículo 85.

El artículo 114, como se aprecia, establece un supuesto de carácter especial de convocatoria del consejo directivo. En las normas relativas a la asociación, el artículo 85 contempla el caso de la convocatoria a la asamblea general, pero no regula un tema similar para el consejo directivo.

En las normas del comité, el artículo 114 se encarga de tratar sobre este supuesto.

El consejo es convocado por:

a) El presidente del consejo directivo, en los casos previstos en el estatuto;

b) Cuando lo solicite cualquiera de los miembros del consejo;

c) Cuando lo solicite la décima parte de los miembros del comité.

Si la solicitud en los casos b) y c) fuese denegada o transcurriesen siete días de presentada sin efectuarse la convocatoria, se procederá conforme a lo establecido en el artículo 85, es decir que la convocatoria será hecha por el juez de primera instancia (hoy, juez civil) del domicilio de la asociación, a solicitud de los mismos asociados.

Para mayor ilustración, remitimos al lector a los comentarios que hicimos con ocasión del análisis de esta norma, siempre *mutatis mutandis*, naturalmente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Atribuciones de la asamblea general

Artículo 115.- La asamblea general elige a las personas que integran el consejo directivo. Puede modificar el estatuto, acordar la disolución del comité y adoptar cualquier otra decisión que no sea de competencia de otros órganos.

No existe gran diferencia entre las atribuciones de la asamblea general de las asociaciones y la asamblea general de los comités. En este sentido, el artículo 115 del Código Civil, bajo comentario, establece que son atribuciones de la asamblea general, las siguientes:

a) Elegir a los miembros del consejo directivo.

b) Aprobar las modificaciones estatutarias.

c) Aprobar la disolución del comité.

d) Adoptar cualquier otra decisión que no sea de competencia de otros órganos.

Como podemos apreciar, el tema es muy similar que en las asociaciones. Allí hicimos un tratamiento exhaustivo de la materia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Quórum para instalación y adopción de acuerdos

Artículo 116.- Para la validez de las reuniones de la asamblea, para el cómputo del quórum y para las votaciones, se aplica lo dispuesto en los artículos 87, párrafo primero, y 88.

El artículo 116 señala que para estos efectos se aplica lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 87. Ello significa que para la validez de las reuniones de asamblea general se requiere, en primera convocatoria, la concurrencia de más de la mitad de los asociados. En segunda convocatoria, basta la presencia de cualquier número de asociados. Los acuerdos se adoptan con el voto de más la mitad de los miembros concurrentes.

Como se puede apreciar, el precepto no hace de aplicación expresa el resto del artículo 87 del Código Civil. ¿Esto qué significa?

Hay que tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 123 del Código Civil, en el sentido de que el comité se rige, además, de su propia normativa, por los artículos 81 a 91, en cuanto le fueren aplicables.

Entendemos que cuando el artículo 116 no hace de aplicación expresa los demás párrafos del artículo 87 (sino sólo el primero), ello significa que tales disposiciones no son aplicables al comité. De otra manera, carecería de sentido lo dispuesto por el artículo 116, ya que hubiera bastado con lo dispuesto en el artículo 123 o, si se quería dejarlo sentado de una manera expresa, que el artículo 116 estableciera que eran de aplicación al comité los artículos 87 (sin distinción de párrafos) y 88 del Código Civil.

En ese sentido, para la modificación del estatuto o para disolver el comité, no se requeriría de quórum calificado; ello, naturalmente, a menos que el estatuto social contemplara algo distinto.

En lo que respecta a la representación, dado que no necesariamente se aplicaría el tercer párrafo del artículo 87, podrá ocurrir en el comité que sus miembros sean representados por terceros que no fueren miembros del comité; salvo que el estatuto dispusiera algo distinto.

Lo establecido en el cuarto párrafo del artículo 87 (asociación), en el sentido de que la representación se otorga por escritura pública; pudiéndose conferir también por otro medio escrito y sólo con carácter especial para

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cada asamblea, en principio no rige para el comité, salvo disposición estatutaria en contrario.

Entendemos que esta flexibilización de las normas en el comité obedece, primero, al carácter muchas veces pasajero del comité; y, en segundo lugar, a que los miembros del comité no hacen vida social juntos; su agrupamiento sólo tiene por objeto la recaudación de fondos públicos. Esa *affectio societatis*, tan clara en la asociación, se diluye en el comité.

Para concluir, sólo es necesario recordar que el artículo 116 hace aplicable al comité —de manera expresa— lo dispuesto por el artículo 88 del Código Civil, en el sentido de que ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto.

En el comité, entonces, ningún miembro tendrá derecho, por sí mismo, a más de un voto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Denuncia de actos y acuerdos ilegales

Artículo 117.- Cualquier miembro del comité o del consejo directivo tiene el derecho y el deber de denunciar ante el Ministerio Público los acuerdos o los actos que violen las disposiciones legales o estatutarias.

Dado que el comité tiene por finalidad la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista (artículo 111), entonces, al Derecho le interesa sobremanera el que tal objetivo sea llevado a cabo con rectitud y honestidad.

En tal sentido, el artículo 117, bajo comentario, impone a cualquier miembro de esta persona jurídica y a su consejo directivo, el deber de denunciar ante el Ministerio Público, los acuerdos o actos que violen las disposiciones legales o estatutarias. La norma es lo suficientemente amplia como para comprender cualquier acto ilícito, a efectos de que pueda, no sólo corregirse el rumbo del comité, sino investigar y, eventualmente, procesar y sancionar a los responsables.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Responsabilidad de los miembros del consejo directivo

Artículo 118.- Los miembros del consejo directivo son responsables solidariamente de la conservación y debida aplicación de los aportes recaudados a la finalidad anunciada.

El artículo 118 establece la responsabilidad solidaria de los miembros del consejo directivo del comité, en lo que respecta a la conservación y debida aplicación de los aportes recaudados a la finalidad anunciada.

No se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes), pues, al ser fruto de una elección, los cargos de miembro del consejo directivo más se asemejan a un supuesto de orden contractual que a uno de carácter extracontractual. En ese sentido, se aplicará las normas de los artículos 1314 y siguientes del Código Civil.

Pero ni en uno ni en otro bloque de normas, responden solidariamente culpables y no culpables. En este sentido, la solidaridad impuesta por el artículo 118 es de carácter legal y ella va de la mano con lo establecido por el artículo 1183, en el sentido de que la solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación (ley o contrato) la establecen en forma expresa.

Y este (el artículo 118 del Código Civil) es uno de esos casos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Control de los aportes por el Ministerio Público

Artículo 119.- El Ministerio Público vigila, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados por el comité se conserven y se destinen a la finalidad propuesta y, llegado el caso, puede solicitar la rendición de cuentas, sin perjuicio de la acción civil o penal a que haya lugar.

La norma encarga al Ministerio Público, sea de oficio o a instancia de parte, el que los aportes recaudados por el comité se conserven y se destinen a la finalidad propuesta.

El artículo 119 señala también que, llegado el caso, el Ministerio Público, puede solicitar la rendición de cuentas, sin perjuicio de la acción civil (restitutoria o indemnizatoria) o penal a que haya lugar.

Entendemos que la ley concede a la citada institución, las facultades antes mencionadas, pues a ella le interesa que la sociedad, que ha contribuido con los aportes públicos al comité, no sea defraudada por haber hecho esos aportes y, por consiguiente, tampoco lo sean la buena fe y el patrimonio de sus aportantes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Disolución por atentar contra el orden público o las buenas costumbres

Artículo 120.- Es de aplicación al comité lo dispuesto en el artículo 96.

El texto original del artículo 120, contenido en el Código Civil peruano de 1984, señalaba que:

> **Artículo 120**.- El Ministerio Público puede pedir la disolución del comité al juez de primera instancia del lugar en que aquél tenga su domicilio, cuando sus actividades resulten contrarias al orden público o a las buenas costumbres. El juez resuelve en un plazo de quince días. El juez puede ordenar, a solicitud del Ministerio Público, de oficio o a instancia de parte, la suspensión inmediata de las actividades del comité mientras se resuelve acerca de su disolución. Dicha resolución se eleva en consulta a la Sala Civil de la Corte Superior respectiva, la que, oyendo a los interesados, resuelve en un plazo no mayor de quince días.

El artículo original fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

En esa ocasión, se prefirió señalar en el artículo 120, que es de aplicación al comité lo dispuesto en el artículo 96, relativo a la asociación y a cuyos comentarios remitimos al lector.

ESTUDIO MIO CASTILLO FREYRE

Disolución y liquidación del comité

Artículo 121.- Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se ha podido alcanzar, el consejo directivo procede a la disolución y liquidación del comité, presentando al Ministerio Público copia de los estados finales de cuentas.

El texto original, de 1984, del artículo 121, establecía que, cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se ha podido alcanzar, el consejo directivo procede, con conocimiento del Ministerio Público, a la disolución del comité y a la rendición judicial de cuentas.

El artículo fue modificado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

Con respecto al texto en actual vigencia, podemos señalar que, como hemos expresado oportunamente, existen comités que se constituyen para fines muy concretos, como fue el caso de la antes referida Liga Nacional de Aviación. Otros, como la Liga Nacional de Lucha contra el Cáncer, tienen una finalidad que se prolonga en el tiempo. En el primer caso, cumplida la finalidad propuesta, el consejo directivo procede a la disolución y liquidación del comité.

Ello también podría producirse en caso el consejo directivo estimara que la finalidad propuesta no se pudo alcanzar. Esto es evidente. Aquí carecería de sentido que se alargue la existencia del comité.

En cualquiera de los supuestos mencionados, el consejo directivo del comité presentará al Ministerio Público copia de los estados finales de cuentas. Ello, con el propósito de verificar el adecuado cumplimiento de todos los requisitos legales.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación del haber neto

Artículo 122.- El consejo directivo adjudica a los erogantes el haber neto resultante de la liquidación, si las cuentas no hubieran sido objetadas por el Ministerio Público dentro de los treinta días de haberle sido presentadas. La desaprobación de las cuentas se tramita como proceso de conocimiento, estando legitimados para intervenir cualquiera de los miembros del comité.

Si la adjudicación a los erogantes no fuera posible, el consejo entregará el haber neto a la entidad de beneficencia pública del lugar, con conocimiento del Ministerio Público.

El texto original del artículo 122 del Código Civil peruano de 1984, señalaba lo siguiente:

Artículo 122.- Disuelto el comité, el haber neto resultante, una vez pagadas las obligaciones, se restituye a los erogantes, si ello fuese posible. En caso contrario, el juez de primera instancia de la sede del comité, a propuesta del consejo directivo y con conocimiento del Ministerio Público, lo aplica a fines análogos en interés de la comunidad, dentro de un plazo no mayor de treinta días.

La resolución se eleva en consulta a la Sala Civil de la respectiva Corte Superior, la que debe pronunciarse en un plazo no mayor de quince días.

El artículo en vigencia dispone cómo se hará la aplicación del haber neto resultante de la disolución y liquidación del comité.

La norma establece que si esa adjudicación fuese posible, es decir, si se pudiera identificar a los erogantes o a sus herederos, entonces el consejo directivo adjudicará a esos erogantes (o a sus herederos) el haber neto resultante de la liquidación, si las cuentas no hubiesen sido objetadas por el Ministerio Público dentro de los treinta días de haberle sido presentadas.

Si las cuentas hubiesen sido desaprobadas, esta desaprobación se tramita como proceso judicial de conocimiento, estando legitimados para intervenir cualquiera de los miembros del comité.

Pero el artículo 122 también se coloca en el caso en el cual la adjudicación a los erogantes no fuese posible, supuesto en el cual el consejo directivo del comité entregará el haber neto a la entidad de beneficencia pública del lugar, con conocimiento del Ministerio Público.

TESIS DE MARIO CASTILLO FREYRE

Aplicación supletoria de normas

Artículo 123.- El comité se rige, además, por los artículos 81 a 98, en cuanto le fueren aplicables.

El artículo 123 establece que el comité se rige, además de sus propias normas, por casi todos los artículos de la asociación, salvo, naturalmente, el artículo 80, que establece el concepto de asociación.

En realidad, el legislador de 1984 hizo bien en establecer esta norma, de aplicación supletoria de la normativa de la asociación al comité, en tanto y en cuanto ello fuere posible.

Se trata de dos personas jurídicas sin fines de lucro que, si bien son distintas en cuanto a sus objetivos y fines, no necesariamente lo serán en lo que respecta a su estructura y órganos de gobierno.

No obstante —y como hemos podido observar— hay casos en los cuales la normativa no necesariamente resultará aplicable, dada la diferente naturaleza como personas jurídicas; y otros sí, como ocurre con el artículo 116, antes estudiado.

ESTUDIO MARIO CASTIGLIONE FREYRE

SECCIÓN TERCERA
ASOCIACIÓN, FUNDACIÓN Y COMITÉ NO INSCRITOS

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título I
Asociación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
ASOCIACIÓN

RÉGIMEN DE LA ASOCIACIÓN NO INSCRITA

Artículo 124.- El ordenamiento interno y la administración de la asociación que no se haya constituido mediante escritura pública inscrita, se regula por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 80 a 98, en lo que sean pertinentes.

Dicha asociación puede comparecer en juicio representada por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.

La Sección Tercera del Libro de Personas del Código Civil peruano de 1984 aborda el tema de la asociación, de la fundación y del comité no inscritos.

Lo que ha hecho el legislador es reconocer la realidad y es que si bien no establece requisitos de forma para la constitución de estas personas jurídicas, tales requisitos no son *ad solemnitatem*, lo que equivale a decir que si no se siguen con rigor, tales actos no serían nulos.

Además, podría haberse seguido la formalidad del acto constitutivo, pero podría no haberse inscrito la persona jurídica en Registros Públicos.

En cualquiera de estos casos, el Derecho reconoce que se celebró el acto constitutivo, pero que, al no haberse registrado, estamos frente a una persona jurídica no inscrita.

En este sentido, resulta necesario regular el régimen legal de estas personas jurídicas, tal como lo hace el Código Civil en los artículos 124 a 133. Las asociaciones no inscritas se regulan por los artículos 124 a 129.

En la primera de las normas mencionadas se establece que el ordenamiento y la administración de la asociación que se encuentren en esta situación, se regula por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las normas de los artículos que abordan el tema de la asociación inscrita o regular, en lo que sean pertinentes. Esto resulta natural, en la medida de que lo único que falta a esa asociación es el requisito de inscripción registral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el segundo párrafo del artículo 124 se señala que dicha asociación puede comparecer en juicio representada por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.

Resulta importante esta precisión, en la medida de que si no se hubiese hecho, se estaría dejando a la asociación no inscrita en estado de indefensión, en caso fuese demandada o tuviera que demandar para reclamar algún derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Fondo común

Artículo 125.- Los aportes y las cuotas de los asociados, así como los bienes que adquiera la asociación, constituyen su fondo común. Mientras está vigente la asociación no se puede pedir la división y partición de dicho fondo, ni el reembolso de las aportaciones de los asociados.

Lo establecido por el artículo 125 es que los aportes y las cuotas de los asociados, así como los bienes que adquiera la asociación, constituyen su fondo común.

Este fondo común tiene naturaleza jurídica de patrimonio autónomo y, por tanto, distinto del de los asociados.

El propio artículo 125 establece que mientras esté vigente la asociación no se puede pedir la división y partición de dicho fondo, ni el reembolso de las aportaciones de los asociados.

Recordemos que el artículo 77 del Código Civil establece que la existencia de la persona jurídica de Derecho Privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Entonces, si la asociación nunca se inscribe en Registros Públicos, no será considerada como una persona jurídica con, valga la redundancia, existencia jurídica. Esto significa que quienes la han formado podrán retractarse de ello y disolverla. Pero para estos efectos deberán tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 125 y 126 (que veremos luego).

Pero, al fin de la historia, si dejan sin efecto el acto constitutivo de la asociación y pagan todas sus deudas con el fondo común, podrían acordar la división y partición del fondo común, lo que implica que se repartirán el remanente de tal fondo entre los asociados, en los porcentajes o proporciones que hubieren acordado o que respondan a los aportes efectuados por esos asociados. Total, no olvidemos que la asociación no llegó, conforme el artículo 77 del Código Civil, a tener existencia como persona jurídica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

RESPONSABILIDAD POR OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LOS REPRESENTANTES

Artículo 126.- El fondo común responde de las obligaciones contraídas por los representantes de la asociación. De dichas obligaciones responden solidariamente quienes actúen en nombre de la asociación, aun cuando no sean sus representantes.

El artículo 126 señala que el fondo común responde de las obligaciones contraídas por los representantes de la asociación. Se entiende que la norma se está refiriendo a aquellas obligaciones que tales representantes han contraído a nombre de la asociación.

Entonces, el primer responsable por dichas obligaciones sería el fondo común.

Pero el artículo 126 establece un supuesto de responsabilidad solidaria, cuando señala que responderán en calidad de deudores solidarios, quienes actúen en nombre de la asociación, aun cuando no sean sus representantes.

La norma no es clara, en el sentido de que la solidaridad alcanzaría sólo a quienes hubieran contraído esas obligaciones a nombre de la asociación. Pero nótese que esa solidaridad no sólo comprenderá a quienes hubiesen contraído tales obligaciones a nombre de la sociedad, sino a todos aquellos que suelen actuar a nombre de asociación, por más de que no hubiesen contraído dichas obligaciones.

La ley quiere hacer responsables solidarios a todos aquellos que, en la práctica, dirigen la asociación. Como puede observarse, el artículo 126 es una norma de carácter disuasivo, a efectos de presionar a quienes dirigen las asociaciones no inscritas, a que pongan término a la situación y procedan a inscribirlas en Registros Públicos.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Título II
Fundación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Fundación

Inscripción de la fundación de hecho

Artículo 127.- Si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción.

En el caso de las asociaciones no inscritas, sólo compete a sus asociados el lograr su inscripción. Ello, a diferencia de las fundaciones, dado que estas últimas tienen un patrimonio recibido desde el acto constitutivo, con el cual van a poder llevar a cabo sus fines, los mismos que constituirán siempre actividades de interés social.

De ahí el tenor del artículo 127 del Código Civil, en el sentido de que si por cualquier causa el acto constitutivo de la fundación no llega a inscribirse, corresponde al Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, al Ministerio Público o a quien tenga legítimo interés, realizar las acciones para lograr dicha inscripción.

Aquí, a diferencia de la asociación, están de por medio razones de interés público. A la sociedad, representada por el Estado, le interesa que las fundaciones se inscriban y tengan plena actividad, de acuerdo a Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DE LOS ADMINISTRADORES

Artículo 128.- Los administradores de la fundación, en tanto no esté inscrita, son solidariamente responsables de la conservación de los bienes afectados a la finalidad propuesta y de las obligaciones que hubieren contraído.

El artículo 128 establece que quienes ejerzan la administración de la fundación (sus administradores), son solidariamente responsables de la conservación de los bienes afectados a la finalidad propuesta y de las obligaciones que hubieren contraído.

Al igual que lo que ocurre con el artículo 126, relativo a las asociaciones no inscritas, el artículo 128 constituye una norma de carácter disuasivo. Pero nótese cómo en el caso de la fundación serán responsables también de la conservación del patrimonio afectado a la fundación, sea por el acto constitutivo o en un momento posterior.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Afectación del patrimonio a otra fundación

Artículo 129.- De no ser posible la inscripción a que se refiere el artículo 127, la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.

Dentro del orden de probabilidades, cabría que se presente el supuesto de que no se pueda inscribir la fundación, conforme el artículo 127, antes comentado.

En estos casos, el artículo 129 señala que la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no fuere posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.

Consideramos que la solución del legislador de 1984 es lógica. El optar por este camino y no por el reembolso del patrimonio asignado a la fundación por los constituyentes, si bien difiere de lo que en un caso similar se dispone para la asociación (artículo 125), tal distinción tiene sentido, en la medida de la diferente naturaleza de ambas personas jurídicas. Los fines de la asociación no son de interés social, los de la fundación sí.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Comité

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Comité

Comité no inscrito

Artículo 130.- El comité que no se haya constituido mediante instrumento inscrito se rige por los acuerdos de sus miembros, aplicándose las reglas establecidas en los artículos 111 a 123, en lo que sean pertinentes.

El comité puede comparecer en juicio representado por el presidente del consejo directivo o por quien haga sus veces.

Cuando el Código Civil de 1984 regula el comité inscrito, en su artículo 123 establece que el comité se rige, además de sus propias normas (artículos 111 a 122), por los artículos 81 a 98, en cuanto le fueren aplicables. Estamos hablando, en estos casos, de los artículos que rigen la asociación. Las razones de ello fueron explicadas por nosotros en su momento, pero, en lo fundamental, esto obedece a que la estructura organizativa del comité es bastante similar a la de la asociación.

De la misma manera procede el legislador en el artículo 130, haciendo aplicable a esta persona jurídica las reglas establecidas en los artículos 111 a 123, que no son otros que los preceptos que regulan la asociación no inscrita. Ello, naturalmente, en lo que esas normas sean pertinentes.

Las razones de este proceder legislativo resultan obvias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Responsabilidad solidaria de los organizadores

Artículo 131.- Quienes aparezcan como organizadores del comité y quienes asuman la gestión de los aportes recaudados, son responsables solidariamente de su conservación, de su aplicación a la finalidad anunciada y de las obligaciones contraídas.

En una norma de sentido similar a los artículos 126 (para la asociación no inscrita) y 128 (para la fundación no inscrita), el artículo 131 del Código Civil establece que quienes aparezcan como organizadores del comité y quienes asuman la gestión de los aportes recaudados, son responsables solidariamente de su conservación, de su aplicación a la finalidad acumulada y de las obligaciones contraídas.

El sentido de este precepto resulta evidente y el mismo no necesita mayores comentarios.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Disolución y rendición de cuentas a pedido del Ministerio Público

Artículo 132.- Cumplida la finalidad propuesta, o si ella no se hubiera podido alcanzar, el Ministerio Público solicita de oficio o a instancia de parte, la disolución del comité y la rendición judicial de cuentas, proponiendo la afectación del haber neto resultante a fines análogos.

A pesar de no encontrarse inscrito en Registros Públicos, resultaría posible que el comité haya cumplido la finalidad propuesta. También podría ocurrir que se haya constatado que ella no se hubiera podido alcanzar.

En estos casos, el artículo 132 del Código Civil faculta al Ministerio Público a que, de oficio, o a instancia de parte, solicite la disolución del comité y la rendición judicial de cuentas, proponiendo la afectación del haber neto resultante a fines análogos.

Estimamos que la solución legislativa reviste plena lógica y la norma no requiere de mayores comentarios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Supervisión del Ministerio Público

Artículo 133.- El Ministerio Público vigila, de oficio o a instancia de parte, que los aportes recaudados se conserven debidamente y se apliquen a la finalidad anunciada.

El artículo 133 establece que el Ministerio Público vigila, de oficio, o a instancia de parte, que los aportes recaudados se conserven debidamente y se apliquen a la finalidad anunciada.

Debemos recordar que el artículo 119 del propio Código, norma que hemos comentado oportunamente, establece el deber del Ministerio Público de vigilar los aportes y destino de los mismos, en el caso de un comité regular, es decir, de uno inscrito en Registros Públicos.

En este sentido, se entiende que con mayor razón se disponga en el artículo 133, análogas facultades en caso de comités no inscritos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sección Cuarta
Comunidades campesinas y nativas

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO ÚNICO
DISPOSICIONES GENERALES

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título único
Disposiciones generales

Concepto y fines de las comunidades campesinas y nativas

Artículo 134.- Las comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral.

Están reguladas por legislación especial.

La regulación especial a que hace referencia este artículo es la Ley n.° 24656, promulgada el 13 de abril de 1987 y sus modificatorias; además de sus reglamentos. Nos referimos al Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas, Decreto Supremo n.° 008-91-TR y el Reglamento del Título VII - Régimen Económico de la Ley General de Comunidades Campesinas, Decreto Supremo n.° 004-92-TR.

El artículo 1 de la Ley declara de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las comunidades campesinas. El Estado las reconoce como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro de los marcos de la Constitución, la presente ley y disposiciones conexas.

En ese sentido, el Estado:

a) Garantiza la integridad del derecho de propiedad del territorio de las comunidades campesinas;

b) Respeta y protege el trabajo comunal como una modalidad de participación de los comuneros, dirigida a establecer y preservar los bienes y servicios de interés comunal, regulado por un derecho consuetudinario autóctono;

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Promueve la organización y funcionamiento de las empresas comunales, multinacionales y otras formas asociativas libremente constituidas por la comunidad; y,

d) Respeta y protege los usos, costumbres y tradiciones de la comunidad. Propicia el desarrollo de su identidad cultural.

El artículo 2 de la Ley establece que las comunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Precisa que constituyen anexos de la comunidad, los asentamientos humanos permanentes ubicados en territorio comunal y reconocidos por la asamblea general de la comunidad.

En lo referente a los principios, al artículo 3 establece que las comunidades campesinas, en el desarrollo de su vida institucional, se rigen por los principios siguientes:

a) Igualdad de derechos y obligaciones de los comuneros;

b) Defensa de los intereses comunes;

c) Participación plena en la vida comunal;

d) Solidaridad, reciprocidad y ayuda mutua entre todos sus miembros: y,

e) La defensa del equilibrio ecológico, la preservación y el uso racional de los recursos naturales.

En lo que respecta a sus funciones, en el artículo 4 se señala que las comunidades campesinas son competentes para:

a) Formular y ejecutar sus planes de desarrollo integral: agropecuario, artesanal e industrial, promoviendo la participación de los comuneros;

b) Regular el acceso al uso de la tierra y otros recursos por parte de sus miembros;

c) Levantar el catastro comunal y delimitar las áreas de los centros poblados y los destinados a uso agrícola, ganadero, forestal, de protección y otros;

d) Promover la forestación y reforestación en tierras de aptitud forestal;

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

e) Organizar el régimen de trabajo de sus miembros para actividades comunales y familiares que contribuyan al mejor aprovechamiento de su patrimonio;

f) Centralizar y concertar con organismos públicos y privados, los servicios de apoyo a la producción y otros, que requieran sus miembros;

g) Constituir empresas comunales, multicomunales y otras formas asociativas;

h) Promover, coordinar y apoyar el desarrollo de actividades y festividades cívicas, culturales, religiosas, sociales y otras que respondan a valores, usos, costumbres y tradiciones que les son propias e,

i) Las demás que señale el estatuto de la comunidad.

Las comunidades están conformadas por comuneros. El artículo 5 establece que son comuneros los nacidos en la comunidad, los hijos de comuneros y las personas integradas a la comunidad.

Agrega que para ser «comunero calificado» se requiere los siguientes requisitos:

a) Ser comunero mayor de edad o tener capacidad civil;

b) Tener residencia estable no menor de cinco años en la comunidad;

c) No pertenecer a otra comunidad;

d) Estar inscrito en el padrón comunal; y,

e) Los demás que establezca el estatuto de la comunidad.

Se considera comunero integrado:

a) Al varón o mujer que conforme pareja estable con un miembro de la comunidad; y,

b) Al varón o mujer, mayor de edad, que solicite ser admitido y sea aceptado por la comunidad.

En ambos casos, si se trata de un miembro de otra comunidad, deberá renunciar previamente a ésta.

Por su parte, el artículo 6 señala que todos los comuneros tienen derecho a hacer uso de los bienes y servicios de la comunidad en la forma que establezca su estatuto y los acuerdos de la asamblea general. Los comuneros calificados

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

tienen además, el derecho a elegir y ser elegidos para cargos propios de la comunidad y a participar con voz y voto en las asambleas generales.

Son obligaciones de los comuneros cumplir con las normas establecidas en la presente ley y en el estatuto de la comunidad, desempeñando los cargos y comisiones que se les encomiende y acatar los acuerdos de sus órganos de gobierno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Existencia jurídica

Artículo 135.- Para la existencia legal de las comunidades se requiere, además de la inscripción en el registro respectivo, su reconocimiento oficial.

De conformidad a lo dispuesto por esta norma no basta con la inscripción en el registro respectivo para la existencia jurídica de las comunidades. Resulta necesario, también, su reconocimiento oficial.

Este tema se halla regulado en el Decreto Supremo n.° 008-91-TR.

En el artículo 2 se establece que para formalizar su personería jurídica, la comunidad campesina será inscrita por resolución administrativa del órgano competente en asuntos de Comunidades del Gobierno Regional correspondiente. En mérito a dicha resolución, se inscribirá en el Libro de Comunidades Campesinas y Nativas del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral correspondiente. La inscripción implica el reconocimiento tácito de la comunidad.

En el artículo 3 se señala que para la inscripción de la comunidad se requiere:

a) Constituir un grupo de familias, según lo establecido en el artículo 2 de la Ley General de Comunidades Campesinas;

b) Tener la aprobación de por lo menos los dos tercios de los integrantes de la asamblea general; y

c) Encontrarse en posesión de su territorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TIERRAS DE LAS COMUNIDADES

Artículo 136.- Las tierras de las comunidades son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú.

Se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad.

Este tema se halla regulado por los artículos 7 a 10 de la Ley.

En el artículo 7 se establece que las tierras de las comunidades campesinas son las que señala la Ley de Deslinde y Titulación y son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables. Por excepción podrán ser enajenadas, previo acuerdo de por lo menos dos tercios de los miembros calificados de la comunidad, reunidos en asamblea general convocada expresa y únicamente con tal finalidad. Dicho acuerdo deberá ser aprobado por ley fundada en el interés de la comunidad, y deberá pagarse el precio en dinero por adelantado.

Se precisa también que el territorio comunal puede ser expropiado por causa de necesidad y utilidad públicas, previo pago del justiprecio en dinero. Cuando el Estado expropie tierras de la comunidad campesina con fines de irrigación, la adjudicación de las tierras irrigadas se hará preferentemente y en igualdad de condiciones a los miembros de dicha comunidad.

En el artículo 8 se indica que las comunidades campesinas pueden ceder el uso de sus tierras a favor de sus unidades de producción empresarial, manteniendo la integridad territorial comunal.

El artículo 9 señala que las comunidades campesinas que carezcan de tierras o las tengan en cantidad insuficiente, tienen prioridad para la adjudicación de las tierras colindantes que hayan revertido al dominio del Estado por abandono.

Y, finalmente, el artículo 10 establece que las comunidades campesinas tienen preferencia para adquirir las tierras colindantes en caso de venta o dación en pago. El propietario que deseare transferirlas, deberá ofrecerlas previamente a la comunidad, mediante aviso notarial, las que tendrán un plazo de sesenta días para ejercer su derecho. Si no se diera dicho aviso, la comunidad tendrá derecho de retracto con preferencia a los demás casos que señale el artículo 1599 del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estatuto

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

La Ley General de Comunidades Campesinas establece, en su Título V, el régimen administrativo de las mismas, señalando, en el artículo 16 cuáles serán sus órganos de gobierno, a saber: la asamblea general; la directiva comunal; y los comités especializados por actividad y anexo.

Cuando el artículo 137 del Código Civil establece que el Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, no está refiriéndose a que el gobierno vaya a elaborar esos estatutos. Lo que ocurre es que los dos Reglamentos que norman las comunidades (Decreto Supremo 008-91-TR y Decreto Supremo 004-92 -TR) son tan específicos en lo que respecta a la personería jurídica, fusión de comunidades, inscripción como comunidad campesina de otras organizaciones, condición de comunero y de comunero calificado, padrón comunal, estímulos, sanciones y pérdida de la condición de comunero calificado, régimen administrativo, asamblea general, directiva comunal, funciones de los miembros de la directiva comunal, comités especializados, administración de los anexos, elecciones, régimen económico, empresas comunales, empresas multicomunales, libros y balances, participación de la comunidad campesina como socios de empresas de otros sectores, cajas de crédito comunal, que poco margen de maniobra tendrían las comunidades con respecto al contenido de sus propios estatutos. No obstante, las comunidades campesinas elaborarán su propio estatuto, considerando sus particularidades, dentro de la Ley y de su Reglamento (primera disposición final y transitoria de la Ley n.° 24656).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ASAMBLEA GENERAL

Artículo 138.- La asamblea general es el órgano supremo de las comunidades. Los directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente, mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio.

Como hemos señalado oportunamente, la Ley General de Comunidades Campesinas, en su artículo 16 establece cuáles son los órganos de gobierno de la comunidad campesina: la asamblea general, la directiva comunal y los comités especializados por actividad y anexo.

Los artículos 17 y 18 regulan la asamblea general.

El artículo 17 de la Ley establece que la asamblea general es el órgano supremo de la comunidad. Sus directivos y representantes comunales son elegidos periódicamente mediante voto personal, igual, libre, secreto y obligatorio, de acuerdo a los procedimientos, requisitos y condiciones que establece el estatuto de cada comunidad.

En el artículo 18 se señala cuáles son las atribuciones de la asamblea general:

a) Aprobar, reformar e interpretar el estatuto de la comunidad;

b) Elegir y remover por causales previstas como falta grave en el estatuto de la comunidad, a los miembros de la directiva comunal y de los comités especializados con representación proporcional de las minorías, y a los delegados de la comunidad ante la asamblea regional que le corresponda, con representación minoritaria;

c) Solicitar la adjudicación de tierras conforme a la legislación vigente sobre la materia, así como a autorizar las adquisiciones de tierras a título oneroso y las transacciones y conciliaciones sobre tierras que pretenda la comunidad;

d) Declarar la extinción de la posesión de las parcelas familiares conducidas por los comuneros en los casos que señala el artículo 14 de la presente ley;

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

e) Aprobar el presupuesto anual de la comunidad y el balance general del ejercicio que someta a su consideración la directiva comunal, con el informe de un comité especializado.

f) Acordar la constitución de empresas comunales,

g) Acordar la participación de la comunidad como socia de empresas multinacionales y de otras empresas del Sector Público y/o asociativo, así como el retiro de la comunidad de estas empresas;

h) Autorizar las solicitudes de créditos y la celebración de contrato de endeudamiento con la banca y entidades financieras nacionales y extranjeras;

i) Aprobar las solicitudes de integración de nuevos comuneros a la comunidad, con el voto favorable de los dos tercios de los miembros calificados;

j) Ejercer las demás atribuciones de su competencia, previstas en la presente ley, en el estatuto de la comunidad, así como las facultades que expresamente le confieren otras normas legales;

k) Constituir, cuando lo considere necesario, rondas campesinas, de conformidad con lo establecido en la Ley n.° 24571;

l) Elegir al comité electoral;

m) Elegir al agente municipal; y

n) Proponer candidatos a la autoridad competente para los nombramientos de jueces de paz no letrados, gobernador y teniente gobernador en su jurisdicción.

La directiva comunal se halla regulada en los artículos 19 a 21. El primero de los nombrados fue modificado por el artículo único de la Ley n.° 30982, publicada el 18 de junio de 2019, cuyo texto señala que la directiva comunal es el órgano responsable del gobierno y administración de la comunidad; y está constituida por un presidente, vicepresidente y cuatro directivos, como mínimo.

Agrega que la directiva comunal debe incluir un número no menor del 30% de mujeres o de varones en su conformación.

En el artículo 20 se señala que para ser elegido miembro de la directiva comunal se requiere:

ESTEBAN MARCO CASTILLO PEREZ

a) Gozar del derecho de sufragio;

b) Ser comunero calificado;

c) Estar inscrito en el padrón comunal;

d) Dominio del idioma nativo, predominante de la comunidad; y,

e) Encontrarse hábil, de conformidad con los derechos y deberes señalados en el estatuto de la comunidad.

Se indica que los miembros de la directiva comunal, serán elegidos por un período máximo de dos años y pueden ser reelegidos por un periodo igual.

Por su parte, el artículo 21 establece que los miembros de la directiva comunal son responsables individualmente de los actos violatorios de la presente ley y del estatuto de la comunidad, practicados en el ejercicio de su cargo; y solidariamente por las resoluciones y acuerdos adoptados, a menos que salven expresamente su voto, lo que debe constar en acta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Padrón y catastro

Artículo 139.- Las comunidades tienen un padrón general actualizado con el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o representación *(sic)*.

Las comunidades tienen, asimismo, un catastro en el que constan los bienes que integran su patrimonio.

En el padrón general y en el catastro constan también los demás datos que señale la legislación especial.

El tema del padrón comunal está contemplado en el artículo 24 del Decreto Supremo n.° 008-91-TR.

Este precepto señala que registro de comuneros que se venía llevando en la comunidad, además de constituir parte del archivo general de ésta, en adelante se denominaría, de acuerdo a la Ley, padrón comunal y se actualizará cada dos años.

La norma agrega que contendrá, cuanto menos, la información siguiente: nombre, actividad, domicilio, fecha de admisión del comunero calificado, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o de representación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bibliografía citada

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bibliografía citada

Abrevada, Alejandra D. *El daño y su cuantificación judicial*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

Alferillo, Pascual E. *Prescripción de la acción de daños en el Código Civil y Comercial*. Trabajo en preparación proporcionado por el profesor Alferillo y facilitado para la elaboración de esta investigación.

Alpa, Guido. *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*. Lima: ARA Editores, 2001.

Brebbia, Roberto H. «La persona jurídica como sujeto pasivo de agravio moral». En *Temas de responsabilidad civil. En honor al Doctor Augusto Morello*. La Plata: Librería Editorial Platense, 1981.

Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2021.

Castillo Freyre, Mario. «El daño moral a la persona jurídica». Ponencia publicada en el volumen 61 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre. *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*. (Tercera parte), Lima, 2018.

Castillo Freyre, Mario y Giannina Molina Agui. *Acto Jurídico*. En prensa.

Cifuentes, Santos. «El daño moral y la persona jurídica». En *Derecho de daños*. Buenos Aires: La Rocca, 1989.

Espinoza Espinoza, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Rodhas, 2013, 7.ª edición.

Ferreira Rubio, Matilde. *Personas jurídicas. Selección de textos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Gil Botero, Enrique. *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis, 2011, 5ª. edición.

Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1983, 4.ª edición actualizada por Patricio Raffo Benegas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, 2ª edición.

Pérez Luño, Antonio. *Personas jurídicas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999.

Rebaza González, Alfonso. «Alcances sobre el daño moral a la persona jurídica». En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Editora Normas Legales, año LII, n.° 36, julio de 2002.

Ripert, Georges y Jean Boulanger. *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley, 1963.

Scognamiglio, Renato. *El daño moral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1962.

Stiglitz, Gabriel y Carlos Echevesti. *Responsabilidad civil*. Mosset Iturraspe, Jorge (dir.). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1992.

Trigo Represas, Félix A. y Marcelo J. López Mesa. *Tratado de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: La Ley, 2004.

www.maestrosdelweb.com (consultada el 13 de junio de 2020 a las 5:44 p.m.).

https://es.wikipedia.org/wiki/Anexo:Fundaciones_de_caridad_m%C3%A1s_ricas (consultada el viernes 9 de octubre de 2020, a las 16:16 horas).

https://www.minjus.gob.pe/consejo-de-supervigilancia-de-fundaciones-normatividad/ (consultada el viernes 9 de octubre de 2020 a las 16:30 horas).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Índice general

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

Palabras liminares 7

LIBRO I
DERECHO DE LAS PERSONAS

SECCIÓN PRIMERA

PERSONAS NATURALES

TÍTULO I

PRINCIPIO DE LA PERSONA

Sujeto de derecho 15

Reconocimiento de embarazo o parto 19

TÍTULO II

DERECHOS DE LA PERSONA

Capacidad 25

Igualdad de derechos 29

Irrenunciabilidad de derechos 30

Actos de disposición del propio cuerpo 33

Donación de órganos o tejidos 34

Disposición del cuerpo *post-mortem* 36

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Carácter revocable de estos actos 38
Disposición del cadáver por entidad competente 41
Sometimiento a examen médico 43
Contratos peligrosos para la persona 44
Actos funerarios 46
Derecho a la intimidad personal y familiar 47
Derecho a la imagen y voz 49
Carácter confidencial de la correspondencia y demás comunicaciones 51
Resarcimiento 55
Protección de los derechos de autor e inventor 56

Título III

Nombre

Derecho y deber de tener nombre 59
Apellidos 60
Inscripción del nacimiento 61
Nombre del adoptado 63
Nombre del recién nacido de padres desconocidos 65
Derecho de la mujer a llevar el apellido del marido 66
Prueba del nombre 68
Defensa del derecho al nombre 69
Convenios sobre el nombre 71
Usurpación de nombre 73
Cambio o adición de nombre 75
Efectos del cambio o adición de nombre 79
Impugnación judicial por cambio o adición de nombre 81
Seudónimo 82

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV

Domicilio

Concepto 85
Domicilio contractual 87
Persona con varios domicilios 89
Domicilio conyugal 91
Domicilio del incapaz 92
Domicilio de funcionarios públicos 94
Cambio de domicilio 96
Oposición del cambio de domicilio 97
Personas sin residencia habitual 101

Título V

Capacidad e incapacidad de ejercicio

Capacidad de ejercicio 105
Incapacidad absoluta 110
Capacidad de ejercicio restringida 111
Ajustes y apoyo 116
Representantes legales 119
Designación de apoyos y salvaguardias 120
Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial 122

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VI

Ausencia

Capítulo Primero
Desaparición

Nombramiento de curador por desaparición 129

Normas que rigen la curatela del desaparecido 132

Capítulo Segundo
Declaración de ausencia

Declaración judicial de ausencia 133

Posesión temporal de los bienes del ausente 134

Facultades y límites del poseedor de bienes del ausente 136

Indisponibilidad de los bienes del ausente 138

Inscripción de la declaración judicial de ausencia 139

Designación del administrador judicial 140

Derechos y obligaciones del administrador judicial 141

Autorización judicial para disponer de los bienes del ausente 144

Aplicación supletoria del Código Procesal Civil 145

Alimentos para herederos forzosos del ausente 146

Fin de la declaración judicial de ausencia 148

Restitución o sucesión del patrimonio del ausente 150

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VII

Fin de la persona

Capítulo Primero
Muerte

Fin de la persona 155
Conmorencia 156

Capítulo Segundo
Declaración de muerte presunta

Procedencia de declaración judicial de muerte presunta 157
Efectos de la declaración de muerte presunta con respecto al matrimonio 160
Contenido de la resolución que declara la muerte presunta 161
Improcedencia de la declaración de muerte presunta 162

Capítulo Tercero
Reconocimiento de existencia

Reconocimiento de existencia 163
Efectos sobre el nuevo matrimonio 165
Facultad de reivindicar bienes 166

Título VIII

Registros del Estado Civil

Actos inscribibles en los Registros del Estado Civil 171
Lugares de funcionamiento de los Registros del Estado Civil 171
Competencia territorial para las inscripciones 171
Valor probatorio de las partidas de registro 172

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Rectificaciones o adiciones en las partidas de registro 172
Prueba de inscripción por destrucción de la partida de registro 172

Sección Segunda

Personas jurídicas

Título I

Disposiciones generales

Normas que rigen la persona jurídica 177
Inicio de la persona jurídica 179
Diferencia entre la persona jurídica y sus miembros 198
Representante de la persona jurídica miembro de otra 199

Título II

Asociación

Concepto 203
Estatuto 206
Contenido del estatuto 207
Libros de la asociación 215
Asamblea general 216
Convocatoria 217
Facultades de la asamblea general 219
Quórum para la adopción de acuerdos 220
Derecho de voto 224
Carácter *intuitu personae* de la calidad de asociado 225
Formalidad de la renuncia de los asociados 226

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pago de cuotas adeudadas 227
Impugnación judicial de acuerdos 228
Responsabilidad de los directivos 231
Disolución de pleno derecho 233
Disolución por liquidación 235
Disolución por atentar contra el orden público o las buenas costumbres 237
Disolución por ausencia de norma estatutaria 241
Destino del patrimonio restante a la liquidación 242

Título III
Fundación

Concepto 247
Formalidad de constitución 254
Alcances del acto constitutivo 255
Carácter intransmisible del acto constitutivo 260
Consejo de Supervigilancia de Fundaciones 262
Funciones del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones 263
Presentación de cuentas y balances 269
Acciones judiciales contra los administradores 270
Personas prohibidas de contratar con las fundaciones 272
Ampliación y modificación de los objetivos de la fundación 274
Disolución de la asociación 276
Destino del patrimonio restante a la liquidación 278

Título IV
Comité

Concepto 283
Registro de miembros 285

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estatuto 286
Convocatoria del consejo directivo 288
Atribuciones de la asamblea general 289
Quórum para instalación y adopción de acuerdos 290
Denuncia de actos y acuerdos ilegales 292
Responsabilidad de los miembros del consejo directivo 293
Control de los aportes por el Ministerio Público 294
Disolución por atentar contra el orden público o las buenas costumbres 295
Disolución y liquidación del comité 296
Aplicación del haber neto 297
Aplicación supletoria de normas 298

Sección Tercera

Asociación, fundación y comité no inscritos

Título I

Asociación

Régimen de la asociación no inscrita 303
Fondo común 305
Responsabilidad por obligaciones contraídas por los representantes 306

Título II

Fundación

Inscripción de la fundación de hecho 309
Responsabilidad solidaria de los administradores 310
Afectación del patrimonio a otra fundación 311

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III

Comité

Comité no inscrito 315
Responsabilidad solidaria de los organizadores 316
Disolución y rendición de cuentas a pedido del Ministerio Público 317
Supervisión del Ministerio Público 318

Sección Cuarta

Comunidades campesinas y nativas

Título único

Disposiciones generales

Concepto y fines de las comunidades campesinas y nativas 323
Existencia jurídica 327
Naturaleza jurídica de las tierras de las comunidades 328
Estatuto 329
Asamblea general 330
Padrón y catastro 333

Bibliografía citada 337

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estatuto 286
Convocatoria del consejo directivo 288
Atribuciones de la asamblea general 289
Quórum para instalación y adopción de acuerdos 290
Denuncia de actos y acuerdos ilegales 292
Responsabilidad de los miembros del consejo directivo 293
Control de los aportes por el Ministerio Público 294
Disolución por atentar contra el orden público o las buenas costumbres 295
Disolución y liquidación del comité 296
Aplicación del haber neto 297
Aplicación supletoria de normas 298

Sección Tercera

Asociación, fundación y comité no inscritos

Título I

Asociación

Régimen de la asociación no inscrita 303
Fondo común 305
Responsabilidad por obligaciones contraídas por los representantes 306

Título II

Fundación

Inscripción de la fundación de hecho 309
Responsabilidad solidaria de los administradores 310
Afectación del patrimonio a otra fundación 311

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III

Comité

Comité no inscrito 315
Responsabilidad solidaria de los organizadores 316
Disolución y rendición de cuentas a pedido del Ministerio Público 317
Supervisión del Ministerio Público 318

Sección Cuarta

Comunidades campesinas y nativas

Título único

Disposiciones generales

Concepto y fines de las comunidades campesinas y nativas 323
Existencia jurídica 327
Naturaleza jurídica de las tierras de las comunidades 328
Estatuto 329
Asamblea general 330
Padrón y catastro 333

Bibliografía citada 337

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro se terminó de imprimir
en julio de 2021, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto Nº 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE