MARIO
CASTILLO FREYRE

GIANNINA
MOLINA AGUI

ACTO JURÍDICO

GACETA JURIDICA

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

ACTO JURÍDICO

© Mario Castillo Freyre
© Giannina Molina Agui
© Gaceta Jurídica

Primera edición: diciembre 2021
2580 ejemplares
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú
2021-14362
ISBN: 978-612-311-896-9
Registro de proyecto editorial
31501222100706

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
Diciembre 2021
Publicado: enero 2022

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro está dedicado a la memoria
del maestro don José León Barandiarán,
del doctor Francisco Moreyra García Sayán
y del profesor Lizardo Taboada Córdova;
así como a los profesores don Fernando Vidal Ramírez
y Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena
y Aníbal Torres Vásquez,
todos ellos apasionados maestros del acto jurídico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Palabras liminares

Dentro del esfuerzo realizado durante la pandemia, también dediqué algunos meses a escribir sobre acto jurídico. De ahí, este libro, cuyas pretensiones son, fundamentalmente, las de brindar un panorama orientador para los abogados y estudiantes universitarios, habida cuenta de que constituye una obra que pretende simplificar, dentro de lo posible, tan importante y compleja materia.

Con la expectativa de que quienes se acerquen a la lectura de este libro tengan un entendimiento ágil sobre el tema, hemos procurado no recurrir a citar de manera copiosa la fructífera doctrina que existe sobre el mismo. Esto, sin dejar de referirnos a algunos de los principales juristas que apoyan el entendimiento y análisis que nos ha llevado a escribir la presente obra; con el deseo de que esta materia, eminentemente teórica, sea confrontada con la doctrina que nos permita comprender la voz de los expertos y la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Además, se trata de un tema que anteriormente ya habíamos abordado, tanto en algunos artículos publicados, como en nuestras obras *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984* (1998) y *Tentaciones académicas 2* (2020), sobre las que haremos constante referencia en este libro.

Debo decir también que esta obra la he escrito en coautoría con una de mis más brillantes exalumnas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se trata de la abogada Giannina Molina Agui, quien no sólo fue mi alumna hace casi veinte años, sino que también llegó a ser practicante de mi Estudio y una excelente abogada de nuestra firma. Ahora, luego de una larga e impecable trayectoria en una de las principales empresas de nuestro país, ella ha iniciado una nueva etapa familiar y profesional, en la que ejercerá la abogacía en los Estados Unidos de América.

Este libro está dedicado a seis maestros peruanos del Derecho Civil y quienes a lo largo de su vida han nutrido la doctrina peruana del acto jurídico.

En primer término, a la memoria del maestro don José León Barandiarán, comentarista por excelencia del Código Civil de 1936, quien, con su *Manual del acto jurídico*, enseñó a todo el Perú. Tengo siempre presente la mutua y estrecha amistad que lo unió con mi abuelo, el doctor Juan Lino Castillo Vargas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La obra también está dedicada a mi gran amigo, el maestro don Fernando Vidal Ramírez, cuya excelente obra, *El acto jurídico,* constituye, seguramente, el título más reproducido y consultado sobre el Código Civil de 1984.

Asimismo, al doctor Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena, profesor de la materia, autor del libro *El negocio jurídico* y brillante abogado y amigo.

También va dedicado a la memoria de don Francisco Moreyra García Sayán, mi profesor de acto jurídico en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y quien se caracterizaba por explicar de manera muy sencilla los temas complejos propios de esta materia; ello, seguramente, dado su notable ejercicio profesional.

También dedico la obra a la memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova, apasionado del acto jurídico y quien fuera padrino de mi promoción en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; así como al connotado y muy apreciado maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez.

Confío sea de utilidad.

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 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 II
ACTO JURÍDICO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título I
Disposiciones generales

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

I. CONCEPTO

Artículo 140.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.

   Inciso modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original del precepto era el siguiente:

   1. Agente capaz.

2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

La trascendencia de la definición de lo que es el acto jurídico resulta incuestionable en la vida cotidiana en la profesión y la academia, habida cuenta de que, a través de las actividades realizadas al amparo de nuestro libre albedrío, desplegamos conductas individuales o generamos relaciones intersubjetivas, como parte de la convivencia social, algunas de las cuales podrán desplegar consecuencias jurídicas.

En efecto, se verifica que algunos actos de los sujetos pueden ser jurídicamente relevantes, en tanto tienen una consecuencia predeterminada por la norma o una consecuencia determinada por la propia autonomía de la voluntad en interacción con otro(s) sujeto(s); consecuencias que resultarán válidas y exigibles en tanto y en cuanto se verifiquen las condiciones previstas en el artículo 140 del Código Civil y respondan al ordenamiento jurídico.

Entonces, ¿toda acción o manifestación de voluntad es un acto jurídico? La respuesta negativa se impone. Para explicar esta respuesta, se hace necesario

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

señalar —como bien lo comenta el profesor Aníbal Torres Vásquez—[1] que todo acto jurídico es *per se* un hecho, pero no todo hecho es un acto jurídico.

Veamos.

De acuerdo con la siempre útil obra de Guillermo Cabanellas,[2] un hecho es una acción; un acto humano; un suceso; un acontecimiento. Es decir, el hecho puede ser un acto provocado por el hombre o simplemente un acontecimiento natural. Bajo esa premisa, sin duda, habrá determinados acontecimientos y actos humanos que interesen al Derecho y otro que no. Este primer grupo que importa al Derecho está constituido por los «hechos jurídicos».

En efecto, la actividad humana tiene diversas facetas, todas ellas encaminadas al desarrollo de la persona en sus más variadas actividades. Así, alguien podría voluntariamente relacionarse con los demás, por ejemplo, entablando relaciones de amistad o, incluso, con una finalidad afectiva o sentimental. Los actos que realiza un ser humano para estos efectos, pese a que provienen de su voluntad y tienen una finalidad o propósito, no constituyen vínculos jurídicos que importen al Derecho. Ser el amigo o enamorado de alguien, por ese solo hecho, no nos vincula en el plano jurídico con esa persona. Tales vínculos serán afectivos o sentimentales, pero no serán jurídicos. Entonces, es necesario preguntarnos ¿cuándo un hecho es relevante para el Derecho? y ¿cuándo ese hecho es un acto jurídico?

1. El hecho jurídico

Un hecho será jurídico cuando surjan de él consecuencias jurídicas; es decir, cuando a partir de la verificación de su ocurrencia surtan efectos jurídicos predeterminados por la propia norma. Así, por ejemplo, si en la sierra del Perú se produce un día de lluvia torrencial en el mes de julio (época de sequía y verano), ésta *per se* no tendrá relevancia para el Derecho, a menos que, por ejemplo, afecte la calidad del material acopiado de una empresa constructora, perjudicando el plan de trabajo y generando un retraso en el cumplimiento de su prestación; consecuencia que sí importa al Derecho (supuesto de caso fortuito o de fuerza mayor, empleando la terminología unificadora del Código Civil de 1984, a pesar de que, en estricto, el ejemplo calza en el primero de los casos).

De modo que, como señala Fernando Vidal,[3] el hecho será jurídico en la medida de que el ordenamiento jurídico le otorgue y reconozca tal relevancia.

1 Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico*. Instituto Pacífico. Lima, 2015, volumen I, 5.ª edición, p. 46.

2 Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1993, pp. 221-222.

3 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 2013, 9.ª edición, p. 36.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Es decir, los actos de un sujeto o los actos de la naturaleza serán relevantes en tanto se constituyan supuestos de hecho que encajen en un supuesto normativo y que el propio ordenamiento les otorgue consecuencias jurídicas. Cuando ello ocurra, entonces, estaremos ante hechos jurídicamente relevantes para el Derecho.

Así pues, será el ordenamiento jurídico el que atribuya o no efectos jurídicos a las acciones de los sujetos o a los acontecimientos naturales; que, por su naturaleza y contenido, podrán ser merecedores de protección y tutela jurídica.

Hasta aquí tenemos que los hechos pueden ser jurídicos o no. Pero dentro de los hechos jurídicos podremos encontrar una clasificación adicional. Así, los hechos jurídicos podrán ser (i) hechos naturales y (ii) hechos jurídicos derivados de la voluntad del sujeto. Esta clasificación corresponde a la voluntad respecto del acto desplegado, sin referirnos aún a la voluntad respecto de los efectos.

Los hechos jurídicos derivados de la voluntad son los que, para fines de nuestro estudio, resultan de interés; pues, como se sigue del texto del artículo 140 del Código Civil materia de análisis, la voluntad es un elemento que constituye el concepto de acto jurídico. No obstante, nos referiremos a ambas clasificaciones.

1.1. Los hechos naturales

Estos hechos no constituirán actos jurídicos en tanto que, pese a que pueden ser relevantes para el Derecho por las consecuencias jurídicas que son susceptibles de desplegar, en ellos no está presente la voluntad del sujeto, pues no existe sujeto de acción que genere el hecho.

Será un hecho natural el desprendimiento de una porción de tierra, pero ésta sólo será relevante para el Derecho cuando el desprendimiento de esa porción de tierra ribereña sea llevado hacia el terreno de otro propietario. En este caso, se podrá advertir que, pese a la inexistencia de voluntad alguna de este sujeto para incrementar el área de su propiedad, el Derecho sí le otorga una consecuencia jurídica a este hecho natural, denominándolo accesión por avulsión; convirtiendo así a este hecho de la naturaleza en un hecho jurídico relevante para el Derecho.

Otro ejemplo de hecho natural que es relevante para el ordenamiento jurídico está constituido por el transcurso del tiempo que convierte a una persona en mayor de edad. En efecto, el solo transcurso del tiempo hace que la persona que cumpla dieciocho años adquiera capacidad para ejercer por sí misma todos los derechos civiles.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, estos hechos naturales, carentes de la voluntad humana respecto de la acción y la consecuencia, no califican en la definición de acto jurídico recogida en el artículo 140 del Código Civil.

1.2. Los hechos voluntarios de un sujeto

En este segundo grupo de hechos jurídicos voluntarios, encontraremos dos clasificaciones adicionales: (i) actos jurídicos en sentido estricto y (ii) negocios jurídicos.

Los primeros son aquellos hechos en que los efectos y consecuencias dados por el ordenamiento jurídico, no necesariamente son conocidos o deseados por el sujeto, pero se producirán en la medida en que se verifique el hecho o hechos previstos en el presupuesto normativo, los mismos que hayan sido ejecutados voluntariamente por el sujeto de derecho.

Los segundos, es decir, los negocios jurídicos, son aquellos actos jurídicos voluntarios que se producen con la intención de generar ciertos efectos de interés particular y que se encuentran amparados por el ordenamiento jurídico; pudiendo estar asociados a crear, regular modificar o extinguir relaciones con otros sujetos, que importan al Derecho.

Esta segunda clasificación, en donde interviene la voluntad negocial, es lo que un gran sector de la doctrina denomina como «negocio jurídico». Y es justamente de esta segunda clasificación de la que se ocupa el Libro II de nuestro Código Civil, bajo el nombre de «Acto jurídico» pues, en su definición, como veremos más adelante, se refiere a la voluntad de los efectos en las relaciones jurídicas, pero siempre bajo el cumplimiento de ciertas condiciones normativas.

Más allá del *nomen iuris* que las distintas escuelas brinden a esta voluntad reguladora, modificadora, creadora o extintiva, en el marco del ordenamiento jurídico, debemos dejar constancia de que el Libro II de nuestro Código Civil se ocupa de ella bajo el nombre de «acto jurídico».

1.2.1. El acto jurídico en sentido estricto

Como ya habíamos indicado, los actos jurídicos, en sentido estricto, son hechos jurídicos voluntarios donde no prima la autonomía privada para la determinación de los efectos del supuesto de hecho relevante para el Derecho. En los actos jurídicos el sujeto tiene la voluntad de desplegar la acción o acontecimiento, pero no ha expresado ni es relevante su voluntad respecto de los efectos derivados de dicha acción; en ocasiones el sujeto desplegará sólo la acción que encaja en el supuesto de hecho de una norma, sin siquiera conocer o querer los

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

efectos que han de desplegarse; así lo han entendido Bigliazzi, Breccia, Busnelli, Natoli,[4] Francesco Carnelutti,[5] Santoro Passarelli,[6] entre otros.

Por ejemplo, la pesca, en tanto actividad humana, es reconocida por el Derecho como causa generadora de la propiedad sobre los peces que se obtengan como consecuencia de dicha actividad (artículo 930 del Código Civil). Otro ejemplo es la posesión. Si una persona posee un inmueble con mala fe durante más de diez años, sin tener título alguno, el Derecho lo reconoce como propietario de éste. Aun cuando el actor no haya querido hacerse de la propiedad del inmueble (pero se haya comportado como propietario del mismo), el efecto jurídico ya se encuentra previsto por el ordenamiento legal.

De modo que estaremos ante actos jurídicos en sentido estricto cuando el ordenamiento jurídico otorgue un efecto jurídico a la actividad realizada voluntariamente por el sujeto, independientemente de su voluntad o valoración del propósito práctico. Es decir, la determinación de los efectos del hecho voluntario del sujeto es determinación exclusiva del Derecho. O, en términos de Taboada, «Los efectos jurídicos son siempre atribuidos o concedidos por el Derecho, no son nunca creación de la voluntad del sujeto o de las partes».[7] En efecto, estos actos, que tienen relevancia jurídica, y que son realizados por el sujeto a través de un comportamiento positivo o de omisión, siempre producen efectos jurídicos, no necesariamente queridos o previstos por el actor, pero el propio ordenamiento jurídico les proporciona un efecto, en tanto son comportamientos que tienen relevancia para el propio ordenamiento jurídico.

En cambio, cuando existe voluntad del sujeto en el hecho y en los efectos, la doctrina tradicional señala que estamos en presencia de un acto jurídico negocial, o negocio jurídico, el mismo que se caracteriza por la voluntad del comportamiento y la voluntad del efecto jurídico.

1.2.2. El negocio jurídico

Los hechos voluntarios donde la autonomía privada tenga relevancia respecto de los efectos prácticos que las partes buscan para sus esferas privadas y éstos

4 Bigliazzi Geri, Lina; Umberto Breccia; Francesco Busnelli y Ugo Natoli. *Derecho Civil. Actos jurídicos*, reimpresión de la primera edición, traducción de Fernando Hinestrosa de la obra Diritto Civile, editada por UTET - Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1955, tomo I, vol. 2, p. 564.

5 Carnelutti, Francesco. *Teoría general del Derecho*. Ara Editores. Lima, 2006, p. 265.

6 Santoro Passarelli, Francesco. *Hechos y actos jurídicos en doctrinas generales del Derecho Civil*, traducción de A. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964, pp. 115-116.

7 Taboada Córdova, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Grijley. Lima, 1.ª edición, p. 36.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se ajusten a los supuestos o efectos normativos del ordenamiento jurídico, serán considerados negocios jurídicos. Aunque los enfoques clásicos, pandectistas, axiológicos, normativos, preceptivistas, tengan sus propios matices, estimamos que son complementarios porque permiten entender para qué sirve el negocio como instrumento de regulación de los intereses de las partes en virtud de su autonomía privada y por el poder que le reconoce el ordenamiento jurídico; el mismo que a la vez pone límites a su autonomía.

En efecto, el concepto que cuenta con mayor aceptación —y que consideramos como el más acertado— es aquél que propone la concepción normativista, representada por Luigi Ferri,[8] quien define «el negocio jurídico como el acto de creación de una norma jurídica», constituyéndose el negocio jurídico como supuesto de hecho de una norma y, a la vez, fuente de Derecho. Esta posición resulta importante y acorde con lo que el ordenamiento legal peruano ha regulado, al otorgar a los particulares el poder de auto reglamentar sus intereses privados; ello, dentro de los límites que impone la ley, sancionando cualquier contravención de las normas imperativas (las que importan al orden público y a las buenas costumbres), con la nulidad.

Creemos que la distinción entre el acto y el negocio jurídico escapa a los aspectos meramente terminológicos, para pasar al ámbito de la aplicación práctica, presentando el problema relativo a si, a los actos en sentido estricto, se les debe o no aplicar de manera analógica la regulación de los negocios jurídicos. Es decir, aplicar analógicamente las normas negociales a los actos jurídicos en sentido estricto. ¿Acaso podría aplicarse al acto voluntario —cuyos efectos ya han sido sancionados por ley— la interpretación del negocio, los vicios de la manifestación de la voluntad, con la finalidad de suspender los efectos que la norma establece para el acto realizado? La respuesta negativa se impone.

Como ya hemos afirmado anteriormente, ninguna teoría ha logrado imponerse en la definición de «acto jurídico», en sentido estricto, y «negocio jurídico». No obstante, su distinción sí ha sido lo suficientemente delimitada como para saber que se trata de instituciones con características independientes y, como tales, merecen un tratamiento diferenciado, pues en esas diferencias su aplicación práctica podría resultar errónea.

Lizardo Taboada[9] comentaba que «el concepto del negocio jurídico tiene el mismo objeto que el concepto de acto jurídico» recogido en nuestro Código Civil y el mismo consiste en «entender los actos del hombre que producen efectos jurídicos en correspondencia con el propósito práctico

8 Ferri, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil.* Grijley. Lima, 2004, p. XLIV.
9 Taboada Córdova, Lizardo. *Op. cit.*, p. 67.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que los hubiera determinado». Así, señalaba el recordado profesor, que «se trata de dos conceptos con nombres distintos que buscan explicar el mismo fenómeno social».

Taboada agrega que aun cuando el Código Civil peruano de 1984 haya mantenido la denominación de acto jurídico, propia de la doctrina francesa clásica y de la alemana pandectista (teoría que el citado jurista no comparte y, por el contrario, critica severamente), reafirma que lo que el Código Civil ha regulado en el Libro II es propiamente el negocio jurídico bajo la denominación francesa de acto jurídico.

En efecto, como ya lo habíamos señalado con el doctor Felipe Osterling Parodi en un artículo sobre la nulidad virtual,[10] «la definición recogida en nuestro Código Civil se ajusta a lo que la doctrina ha desarrollado como concepto de negocio o acto jurídico negocial, el mismo que se caracteriza y distingue del acto jurídico —en sentido estricto— porque además del evento y la voluntariedad del comportamiento, el sujeto tiene un propósito, un fin práctico que pretende y controla a través de su voluntad» negocial.

Sobre la discusión conceptual en torno a si el Código Civil debió denominar el Libro II como acto o negocio jurídico, existe abundante literatura en la que los autores ahondan en los criterios que sustentan y explican las distintas posiciones; materia sobre la cual estimamos pertinente rescatar que, si partimos del entendimiento de que el negocio jurídico es también un acto jurídico orientado a la regulación de los intereses privados en función de su relación con otros sujetos y siempre con un límite establecido por el propio ordenamiento jurídico, podemos sostener que el Libro II del Código Civil peruano de 1984 se ocupa de regular lo relativo al negocio jurídico; es decir, lo referente a aquellos actos celebrados por sujetos con la finalidad práctica de autorregular sus intereses, siendo que el Derecho les reconocerá eficacia en tanto se ajusten a él.

Lo cierto es que nuestro Código, siguiendo a la doctrina francesa, adoptó la denominación de acto jurídico y no de negocio jurídico (concepto incorporado por el Código alemán), por lo que, luego de haber hecho las distinciones teóricas pertinentes, para efectos del desarrollo de la presente obra emplearemos la denominación del Código Civil, es decir, la de acto jurídico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

10 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Nulidad virtual. La sanción no tipificada». En: *Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Idemsa. Lima, 2011, 1.ª edición.

2. El acto jurídico

El artículo 140 del Código Civil define el acto jurídico como aquel acto que consiste en la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Entonces, un cuestionamiento que nos asalta es si la voluntad del sujeto respecto del acto o hecho y los efectos jurídicos a producir, son la esencia misma del concepto de acto jurídico. Al respecto, corresponde precisar que esta voluntad, como un elemento esencial, no será suficiente si no ha sido manifestada y, en ocasiones, si no concurre además con otras voluntades manifestadas. Además, esta voluntad o voluntades manifestadas no serán suficientes si su finalidad no se enmarca en el ordenamiento jurídico, es decir si contraviene sus principios o normas vigentes. Ello, en tanto el sujeto es parte de una sociedad y su voluntad tendrá los límites que el ordenamiento jurídico imponga; el mismo ordenamiento jurídico que amparará los efectos deseados de la regulación de sus intereses.

En efecto, si bien las partes buscan propiamente un fin práctico, y no necesariamente un efecto jurídico (pues los sujetos no conocen necesariamente todas las normas que componen el ordenamiento jurídico), este fin práctico tendrá relevancia jurídica y podrá tener un fin jurídico en cuanto sea amparado por el Derecho. Así pues, esa manifestación de voluntad deberá coincidir con un supuesto de hecho abstraído de las normas jurídicas para producir los efectos regulados también por el mismo sistema. De modo que será la norma quien atribuya los efectos jurídicos a la finalidad práctica regulada por los particulares.

Por lo tanto, cuando hablemos de la manifestación de la voluntad del sujeto debemos recordar que éste es un elemento constitutivo del acto jurídico; pero siempre bajo el entendido de que esa voluntad manifestada coincide con un supuesto de hecho previsto en la norma, a partir del cual se reconocerán las consecuencias jurídicas. De modo que, reiteramos, la voluntad del sujeto tendrá su límite en el ordenamiento jurídico. En términos de Taboada,[11] con los que coincidimos, se puede afirmar que «La declaración de voluntad es capaz de crear efectos jurídicos porque es autorizada para ello por el ordenamiento jurídico».

Entonces, resulta necesario reparar en el hecho de que todo acto jurídico implica, necesariamente, la manifestación de voluntad. Sin voluntad manifestada, simplemente, no podrá haber acto jurídico. Las voluntades interiores u ocultas no constituyen vía para celebrar actos jurídicos. El Derecho no puede

11 Taboada Córdova, Lizardo. *Op. cit.*, p. 80.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ingresar a los pensamientos internos de los seres humanos. Por ello, las voluntades no manifestadas son ajenas para el Derecho. Se puede decir que ellas no existen para el Derecho. Por más importantes o relevantes que hubiesen sido para quien tuvo esos pensamientos, el fuero interno no es jurídicamente relevante.

Ahora bien, el artículo 140 del Código Civil, bajo comentario, señala como parte de la definición conceptual de acto jurídico, que éste es «la manifestación de voluntad». Al respecto, llamamos la atención sobre el término «manifestación». Nótese que el Código Civil, en lugar de emplear el término «declarar», ha empleado un término más amplio, que conlleva no sólo la verbalización de la voluntad, sino también la exteriorización a través de comportamientos concluyentes, que exterioricen la voluntad de la parte. Sobre esto nos referiremos con mayor detalle cuando comentemos el artículo 141 del Código Civil.

Asimismo, corresponde precisar que los actos jurídicos no necesariamente demandan una manifestación de voluntad, sino que pueden ser de voluntad bilateral o incluso plurilateral; lo que dependerá del número de partes necesarias para constituir el acto jurídico y que no necesariamente coincide con el número de personas que intervienen en el acto. En efecto, debe recordarse que una parte no necesariamente está representada por un solo sujeto, pues ella podría estar compuesta por dos o más personas.

A. Los actos jurídicos unilaterales

Cuando hablamos de acto jurídico unilateral, nos referimos a aquéllos en los que solamente se requerirá de la voluntad manifestada por una persona. Ejemplos de estos actos los tenemos en el caso de la promesa unilateral (artículos 1956 a 1968 del Código Civil), en donde sólo se requiere la voluntad de aquél que la formula; o los testamentos, actos que sólo pueden ser otorgados o celebrados por una sola parte y que se hallan regulados entre los artículos 686 y 814 del Código Civil, toda vez que los testamentos conjuntos están prohibidos por ley.

Los actos jurídicos unilaterales pueden ser actos recepticios y no recepticios. Como señala, Luis Díez-Picazo,[12] un acto unilateral será recepticio cuando para su eficacia se requiera el conocimiento de otra parte; por ejemplo, el otorgamiento de poder. En cambio, el acto unilateral será «no recepticio» cuando para el despliegue de los efectos del acto no interese el conocimiento de otros; por ejemplo, el testamento.

12 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato*. Editorial Civitas. Madrid, 1996, volumen I, p. 75.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sobre los actos jurídicos unilaterales se puede decir que no son los más frecuentes en la cotidianidad, estando restringidos a pocos supuestos contemplados en la ley civil. Por el contrario, la mayoría de los actos jurídicos tienen carácter bilateral o plurilateral, donde el contrato ocupa lugar de excelencia.

B. Actos jurídicos bilaterales y plurilaterales

Los principales exponentes de los actos bilaterales o plurilaterales son los contratos. En efecto, todos los contratos típicos regulados en el Código Civil peruano de 1984, son actos jurídicos que requieren —para su celebración— del concurso de, al menos, dos voluntades, como es el caso de la compraventa, el arrendamiento, los contratos de prestación de servicios, la permuta, la renta vitalicia, el suministro, la donación, el mutuo, entre otros. Nótese que también son bilaterales actos jurídicos tan importantes como la novación, la condonación, la transacción, el mutuo disenso y la dación en pago.

El pago, en estricto, y dependiendo del caso concreto, podría ser unilateral (si es que no requiere de la participación del acreedor) o bilateral (en caso sí la requiera). Lo propio podemos decir de la compensación, la misma que podría ser unilateral (cuando cumpla con todos los requisitos contemplados por el artículo 1288 del Código Civil) o bilateral (cuando alguno de tales requisitos se encuentre ausente, como lo establece el artículo 1289 del propio Código).

Mientras que el acto plurilateral puede presentarse cuando se requiera la participación de más de dos partes para la celebración del acto jurídico; así, por ejemplo, el acto jurídico de cesión de posición contractual requerirá la participación de tres partes para un mismo objeto: el cedente, el cesionario y el cedido. Pero, como puede observarse, en este caso, cada una de las tres partes que celebran el acto jurídico tiene un propósito distinto del de las demás. Si bien se trataría de un acto jurídico plurilateral, el mismo no sería de prestaciones autónomas.

Se considera como negocio plurilateral de prestaciones autónomas a aquél que resulta de más de dos declaraciones de voluntad y que produce efectos para todas las partes, caracterizándose porque las declaraciones de voluntad van dirigidas por cada parte a cada una de las demás, por la interdependencia de las declaraciones. En términos de Luigi Ferri,[13] el contrato plurilateral se caracteriza no sólo por su estructura del número de partes, sino también por su causa, porque debe existir un propósito común, hacia cuyo logro estén dirigidas las prestaciones de cada una de las partes. Ejemplos de este tipo de contrato se encuentra en los contratos de sociedad, de asociación, consorcio, entre otros.

13 Ferri, Luigi. *Op. cit.*, p. 203.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En esa misma línea, Díez-Picazo ha sostenido que, en los actos jurídicos plurilaterales, los agentes que constituyen las partes tratan de conseguir un fin común a todos ellos, pudiendo limitarse la nulidad o la ineficacia sobrevenida. Así, señala expresamente que «Se entiende que si la causa de la nulidad o el interés en la resolución afecta al sujeto o sujetos cuya participación no es esencial para la consecución del fin propuesto, la nulidad y la resolución pueden limitarse al vínculo de los demandados, sin extender al resto de los participantes en el contrato».[14]

Habiendo señalado hasta este punto que el acto jurídico regulado en nuestro Código Civil no es propiamente el acto jurídico en sentido estricto que propugna la teoría del negocio jurídico, y que el concepto recogido en el artículo 140 coincide con el del negocio jurídico, en tanto se refiere a un propósito del sujeto para ciertas finalidades orientadas a regular su esfera privada, teniendo como límite y condición de eficacia la observancia de la normativa aplicable, es que resulta necesario detenernos en lo dispuesto por el citado artículo 140, cuando se refiere a la finalidad de la manifestación de voluntad sobre la que hace referencia.

Así, el artículo 140 del Código Civil establece que la finalidad es (i) crear; (ii) regular; (iii) modificar; o (iv) extinguir relaciones jurídicas. Entonces, antes de entrar a referirnos a cada una de las finalidades, conviene preguntarnos qué es una relación jurídica.

3. La relación jurídica

La relación jurídica es la vinculación de sujetos identificados o identificables, a partir de la cual se derivan situaciones jurídicas subjetivas que serán tuteladas por el Derecho. Así, a partir de la relación jurídica, nacerán las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja o situaciones jurídicas subjetivas de desventaja, tales como los derechos, deberes, la carga, la sujeción.

Al respecto, Fernando Vidal[15] sostiene que los actos jurídicos no son la única fuente del surgimiento de relaciones jurídicas, pues también hay otros hechos jurídicos que generan relaciones jurídicas, con la diferencia de que no regulan los intereses. Por lo que, para el desarrollo del presente libro, nos concentraremos en las relaciones jurídicas que devienen de actos jurídicos, donde los sujetos han expresado sus intereses a través de la autorregulación dentro de los límites del Derecho objetivo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

14 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Op. cit.*, p. 141.

15 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 261.

En efecto, el resultado de este ejercicio de la autonomía será la creación de situaciones jurídicas subjetivas, que no son otra cosa que posiciones frente al ordenamiento jurídico. Por ejemplo, el sujeto se encontrará en una situación activa en la que podrá reclamar derechos o en una situación pasiva en la cual deberá cumplir con ciertas obligaciones. Es preciso señalar que ambas situaciones no son excluyentes, ya que muchas veces en la esfera jurídica de un mismo sujeto pueden encontrarse situaciones jurídicas, tanto activas como pasivas, emanadas de una sola relación jurídica. Así, piénsese en el contrato de compraventa, en el cual el vendedor es deudor (pues debe entregar el bien materia de la venta) y acreedor (pues tiene el derecho de recibir el pago del precio), a la vez.

Nótese que hay una diferencia conceptual entre relación jurídica y situación jurídica, expresiones que no deben confundirse. Mientras la relación jurídica implica un comportamiento intersubjetivo (entre personas, naturales o jurídicas), tutelado por el Derecho, para que los sujetos autorregulen sus intereses en el marco del propio Derecho, la situación jurídica subjetiva de las partes nos permite identificar al sujeto obligado a la ejecución de la prestación, así como al beneficiario de ésta.

Comenta Aníbal Torres Vásquez que se denomina «relación jurídica a la relación en concreto (en la vida real) entre dos sujetos a los cuales una norma confiere a uno un derecho y le impone a otro el correspondiente deber u obligación.»[16] En este punto conviene aclarar que la relación jurídica puede originarse en un acto unilateral con sujetos determinables. En efecto, pensemos en la promesa pública[17] de una recompensa en la cual queda claro que quien promete es el deudor obligado a ejecutar la prestación y el beneficiario es un sujeto determinable que ha de constituirse como parte de la relación jurídica cuando se ejecute el hecho que lo haga acreedor de la recompensa (admitiendo que el tema es harto discutido en doctrina, dado que el supuesto acreedor de la recompensa podría no querer tener esa condición o calidad en la obligación). Las partes, entonces, podrían ser determinables y la relación jurídica nacer de un acto jurídico unilateral.

Ahora bien, la norma alude a la creación de relaciones jurídicas. Estas relaciones podrán o no tener contenido patrimonial. Por ejemplo, cuando dos personas se casan, entonces habrán contraído matrimonio y éste es un acto jurídico complejo, pues de él emanan una serie de deberes jurídicos sin contenido

16 Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico. Op cit.*, p. 46.

17 **Artículo 1959.-** Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

patrimonial, como es el caso de los deberes de cohabitación y de fidelidad; a la par que el matrimonio es generador de obligaciones civiles, siendo el caso de todas aquellas que nacen, específicamente, del régimen patrimonial del mismo, sea éste el de sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios.

No olvidemos, además, que el deber de prestar alimentos (artículos 472 y siguientes) constituye una obligación propiamente dicha, dado su evidente contenido patrimonial. Es debido a esta diversidad de deberes jurídicos con y sin contenido patrimonial, que el artículo 140 hace referencia a la expresión general de «relaciones jurídicas» y no necesariamente de relaciones jurídicas patrimoniales.

4. Los efectos del acto jurídico: mutar las relaciones jurídicas

4.1. La creación de relaciones jurídicas

Cuando hablamos de un acto jurídico creador, lo estamos haciendo con relación a que las partes intervinientes no han celebrado de manera previa algún acto jurídico que tenga relación o constituya objeto directo o indirecto con aquel acto que se piensa crear. Crear implica partir de cero, de la nada. Así, se crea un acto jurídico cuando no se ha celebrado algún otro referido a la misma situación jurídica de las partes frente al mismo objeto. Así, podemos hablar de una creación de manera originaria, en donde no habiendo situaciones jurídicas previas entre las partes, ésta recién surge para una finalidad determinada y respecto de un objeto específico.

También podemos referirnos a la creación de relaciones jurídicas de manera derivativa, en donde si bien la relación jurídica preexiste, se cambia de sujeto interviniente. Es decir, cambia la titularidad de la situación jurídica de la relación jurídica. En este caso, también hablamos de crear, porque aun cuando las situaciones jurídicas preexisten, éstas son novedosas para el nuevo titular de las mismas.

4.2. La regulación de relaciones jurídicas

Regular implica precisar algunos aspectos de algo precedente en los que se hace necesario completar los aquello no contemplado o detallado en la relación jurídica preexistente y sobre la cual las partes consideran necesario precisar determinados aspectos. Por ejemplo, que en un contrato se hubiese señalado que el pago se hará en el domicilio del acreedor, pero no se señale la dirección.

Luego, las partes estiman necesario precisar que el pago se hará en la dirección tal, precisamente, domicilio del acreedor. En este caso, estaríamos ante un contrato regulatorio del anterior.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

También lo sería aquél en el cual no se hubiere señalado en el contrato primigenio la dirección del deudor. Es evidente que si aplicamos la regla de que el pago se hará en el domicilio del deudor, no se conocería dónde cobrar. Advertido el problema, las partes celebran un segundo contrato, precisando la dirección del deudor. Se trataría, sin duda, de un contrato regulatorio o normativo.

Somos del parecer de que un acto jurídico será regulatorio cuando las partes regulen en el mismo aspectos que no han podido ser suplidos por la norma de carácter dispositivo. De lo contrario, estaríamos propiamente ante un acto modificatorio.

4.3. La modificación de relaciones jurídicas

Modificar implica variar o alterar aquello que se estableció anteriormente. Los actos jurídicos modificatorios podrán implicar variaciones parciales de los anteriores, pero no dejaría de ser un acto jurídico modificatorio aquél que varíe en su integridad lo estipulado en el acto precedente.

Como ya hemos señalado,[18] la modificación de las relaciones jurídicas comprende la variación de situaciones reguladas previamente por común acuerdo de las partes o por defecto de la ley. Larenz,[19] al estudiar este tema, precisa que «significaría trocar dicha relación parcialmente, esto es, dejando subsistentes determinadas disposiciones contractuales. En otras palabras, la relación obligatoria, a pesar de las modificaciones de su contenido, permanece la misma».

Un ejemplo de acto jurídico que modifica la relación jurídica es el caso de un testamento por el cual el testador modifique lo estipulado en una de las cláusulas de un testamento precedente, dejando intacto todo lo demás. También lo sería aquel contrato que las partes celebran para variar el precio pactado en un suministro celebrado con anterioridad. En los actos bilaterales o plurilaterales tales modificaciones se suelen realizar a través de un mecanismo particular, denominado «adenda».

4.4. La extinción de relaciones jurídicas

Son actos jurídicos extintivos, en estricto, aquéllos que ponen fin a una relación jurídica, sin dar nacimiento a una nueva. Un contrato extintivo típico es

18 Castillo Freyre, Mario. «Concepto y formación del contrato». En: *Decreto Legislativo n.° 295. Código Civil.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Lima, 2015, p. 459.

19 Larenz, Karl. *Derecho de obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958, tomo I, p. 131.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el mutuo disenso. No obstante, la extinción de la relación jurídica, como indica De la Puente,[20] se presenta «cuando las partes deciden ponerle fin, bien sea para desvincularse totalmente o para vincularse nuevamente de manera distinta».

El mutuo disenso es un acto netamente extintivo de relaciones jurídicas. En el caso del matrimonio, hoy recibe el nombre de separación convencional y tiene por objeto dejar sin efecto la relación jurídica matrimonial. En el ámbito contractual, en cambio, el mutuo disenso (al que podríamos llamar resolución convencional) deja sin efecto la relación contractual por acuerdo de las partes.

Otro ejemplo de acto jurídico extintivo es la novación, pues deja sin efecto la primera obligación. Pero la novación es también un acto creador, en la medida en que da nacimiento a una nueva obligación que sustituye o reemplaza a la anterior. En este caso estaremos ante un acto creador derivativo.

5. Requisitos de validez del acto jurídico

El artículo 140 del Código Civil, luego de decirnos que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, también se encarga de mencionar cuáles son los requisitos de validez del acto jurídico, los que en doctrina son llamados elementos esenciales, y deben ser concurrentes.

Veamos cada uno de los requisitos de validez de los actos jurídicos.

5.1. Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley (inciso 1)

Sabemos que los actos jurídicos serán celebrados por sujetos que pueden ser personas naturales, personas jurídicas, u otras formas de asociaciones que no teniendo calidad de personas jurídicas también son sujetos de derechos, como sería el caso de los consorcios; y también serán celebrados por patrimonios autónomos, como ocurre con la sociedad conyugal. En el caso de las personas jurídicas, ellas, naturalmente, actuarán representadas por seres humanos, quienes manifestarán, a nombre de quién representan esa voluntad destinada a generar efectos jurídicos.

El texto original del inciso 1 del artículo 140, señalaba «agente capaz», expresión que fue modificada por la ley que reguló la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4

20 De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Biblioteca Para leer el Código Civil*. Lima, 1993, volumen XI, primera parte, tomo I, pp. 89 y 90.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de septiembre de 2018), la misma que introdujo una profunda reforma en el Código de 1984, que empezó por variar el contenido de los artículos 43 y 44 del Código,[21] que antes regulaban los supuestos de incapacidad absoluta y de incapacidad relativa, respectivamente; siendo que respecto de la incapacidad absoluta sólo se considera a los menores de dieciséis años; mientras que en cuanto a la incapacidad relativa, el término «incapacidad relativa» ha pasado a denominarse «capacidad de ejercicio restringida».[22]

Vemos que este primer elemento exige plena capacidad de ejercicio para la celebración de los actos jurídicos, lo cual no es otra cosa que la capacidad

21 Ver: CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas*. Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 110 y ss.

22 No debe perderse de vista que el propio Código Civil establece en sus artículos 43 y 44 las restricciones de la capacidad de ejercicio de la persona humana que, habiendo cumplido la condición objetiva de edad, tiene una capacidad de ejercicio limitada o restringida. En estos casos, los sujetos actuarán mediante los representantes legales. Hoy, el artículo 43 ha quedado con un solo inciso, el 1, en el que se considera como absolutamente incapaces únicamente a los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Por su parte, el artículo 44 ahora regula la capacidad de ejercicio restringida (antigua incapacidad relativa) y su texto es el siguiente:

Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida

Tienen capacidad de ejercicio restringida:

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

2.- *Los retardados mentales.*

Inciso 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.*

Inciso 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.

Inciso incorporado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

Por otra parte, es necesario precisar que, de conformidad con la tercera disposición complementaria final del referido Decreto Legislativo n.° 1384, las personas señaladas en los incisos 6 y 7 del presente artículo que cuentan con certificado de discapacidad pueden designar apoyos y salvaguardias para el ejercicio de su capacidad jurídica.

La lógica de la reforma del año 2018, en esta materia, parte de la idea de que las personas incluidas en el artículo 44 cuenten con representantes legales que ejercerán sus derechos, según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela, como lo establece el artículo 45-A.

Se entiende que las demás personas con alguna discapacidad que requieran de ajustes razonables o apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica pueden solicitarlos, o designarlos de acuerdo con su libre elección, pero ello no implica la reducción de su capacidad plena, a menos que estos apoyos tengan carácter de representación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del sujeto de celebrar por sí mismo los actos jurídicos para adquirir derechos, obligaciones u otras situaciones jurídicas subjetivas. La capacidad de ejercicio se ha de concentrar en que el sujeto esté apto para ejercitar por sí mismo, vale decir de manera autónoma, las situaciones jurídicas subjetivas que nazcan de la relación jurídica; lo cual sin duda alguna ha de requerir de discernimiento.

Así, tratándose de la capacidad de ejercicio de la persona humana, el inciso 1 del artículo 140 debe leerse de manera conjunta con el artículo 42 del Código Civil, el mismo que establece que la persona humana adquiere la capacidad de ejercicio plena a partir de los dieciocho años. Excepcionalmente, agrega el referido artículo, las personas mayores de catorce años que hayan contraído matrimonio o ejerzan la paternidad, tendrán también capacidad de ejercicio plena.

De esta manera, tenemos que, por excepción, la ley autoriza expresamente a los menores que tienen discernimiento a realizar ciertos actos y a que puedan contraer obligaciones sin esperar alcanzar la capacidad plena de obrar a los dieciocho años.

Por ejemplo, tenemos los supuestos derivados del artículo 1358[23] del Código Civil, donde no estaremos ante un agente con plena capacidad de ejercicio, pero por excepción, el acto que ha de ejecutar será válido (esto, más allá de todos los graves problemas que ha generado la nueva redacción del artículo 1358 y que comentamos en ocasión anterior;[24] o el caso de los menores de edad que tengan más de catorce años que, siendo padre o madre, adquirirán capacidad plena para celebrar determinados actos jurídicos previstos en el artículo 46 del Código Civil.

Aquí conviene referirnos brevemente a lo señalado por Aníbal Torres[25] respecto de las clases de capacidad de ejercicio; a saber: la capacidad de ejercicio general; especial; natural y legal.

Al respecto el referido autor menciona que mediante la capacidad general de ejercicio el sujeto puede «ejercer todos los actos jurídicos permitidos por el ordenamiento jurídico»; mientras que la capacidad especial de ejercicio «es una capacidad atribuida para actos singulares».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

23 **Artículo 1358.-** Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

24 Castillo Freyre, Mario. «El artículo 1358 del Código Civil». En: la obra del mismo autor *Entre el Derecho Civil y el arbitraje* (quinta parte). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2020, volumen 81, pp. 63-73.

25 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.* pp. 233-238.

A la vez, la capacidad general de ejercicio puede ser plena o atenuada. Será plena cuando se cumpla los dieciocho años y pueda realizar todos los actos que son de su interés sin restricción alguna; mientras que la capacidad general atenuada es una capacidad con la cual el sujeto puede realizar de manera directa sólo ciertos actos o, pudiendo realizarlos todos, los puede realizar sólo con la asistencia de otras personas.

Lo propio ocurre con la capacidad especial de ejercicio, que podrá ser plena o atenuada. Plena, cuando los actos singulares para los que está facultado los puede realizar directamente; mientras que será atenuada cuando esos actos específicos deba realizarlos con intervención de otros.

Luego, la capacidad natural de ejercicio, también conocida como discernimiento o la aptitud que tiene la persona para dirigir libremente su voluntad con plena conciencia del significado de sus actos, distinguiendo el bien del mal, lo que le puede beneficiar o perjudicar. Al ser natural, la ley no ha establecido una edad específica para determinar que el sujeto ha adquirido capacidad natural. Ejemplos de esta situación los encontramos en los artículos 455 y 456 del Código Civil, que regulan la posibilidad de que un menor de edad pueda contraer obligaciones, aceptar donaciones y trabajar.[26]

Y, finalmente, tenemos la capacidad legal de ejercicio, regulada propiamente en el artículo 42 del Código Civil y que establece una presunción de que (i) todo mayor de dieciocho años, (ii) la persona con discapacidad, (iii) así como los mayores de catorce años y menores de dieciocho años que contraigan

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

26 **Artículo 455**.- El menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples, sin intervención de sus padres. También puede ejercer derechos estrictamente personales.

Artículo 456.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.

Cuando el acto no es autorizado ni ratificado, el menor queda sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho. El menor que hubiese actuado con dolo responde de los daños y perjuicios que cause a tercero.

Artículo 457.- El menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiese dejado con dicho objeto o que adquiera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos. La autorización puede ser revocada por razones justificadas.

matrimonio y (iv) los mayores de catorce años y menores de dieciocho que ejerciten la paternidad, tienen plena capacidad de ejercicio.[27]

El artículo 42 del Código Civil introdujo, en la reforma del 2018, una importante modificación, considerando a las personas naturales discapacitadas como sujetos con capacidad de ejercicio plena; alineándolo así con la Ley General de la Persona con Discapacidad del año 2012 e introduciendo los sistemas de apoyo para la toma de decisiones; los mismos que podrán o no ser empleados por las personas con discapacidad. No obstante, la redacción actual de la norma pareciera haber confundido la incapacidad natural o de discernimiento con la discapacidad, resultando confusa su aplicación cuando primero señala que la capacidad de ejercicio «incluye a todas las personas con discapacidad», pero luego considera que estas mismas personas con discapacidad pueden requerir de apoyos o salvaguardas para manifestar su voluntad, los cuales podrán ser designados por el juez (en el caso de las personas con discapacidad que no puedan manifestar su voluntad). Por lo tanto, en este último caso, es obvio (aunque el legislador de la reforma del 2018 ha preferido no decirlo y hasta no regularlo), que las personas con discapacidad deberían requerir de representantes legales con capacidad de ejercicio plena para la celebración de actos jurídicos en nombre y representación de la persona discapacitada.

Siendo que, como señala Aníbal Torres[28] «(el fundamento) de la capacidad de ejercicio se encuentra en la capacidad de entender y de querer, es decir, en la denominada capacidad natural de discernimiento», la incapacidad será la falta de idoneidad para adquirir un derecho o para ejercerlo; y, por lo tanto, los actos celebrados por el incapaz serán nulos o anulables si es que la incapacidad es absoluta o restringida.[29]

Así pues, si es que el Código Civil dispone ahora que los discapacitados podrán requerir apoyos cuando no puedan manifestar su voluntad, ¿no serían estos discapacitados, incapaces, como cualquier otra persona (discapacitada o no) en las mismas condiciones? La respuesta afirmativa se impone.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

27 El artículo 42, antes de su modificación, remitía las excepciones de la capacidad de ejercicio a los supuestos de incapacidad absoluta e incapacidad relativa. Hoy, aunque no las remite, debe leerse de manera conjunta; máxime cuando en estos escenarios se requerirá de la concurrencia de los apoyos o la participación de un representante legal con capacidad plena para el ejercicio de sus derechos. A estos efectos, remitimos al lector a Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*

28 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit. p. 205.*

29 Pero para mayor ilustración, remitimos al lector a Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las personas. Naturales y jurídicas. Op. cit.*

Aquí corresponde realizar una precisión y es que el propio Código Civil en su artículo 659-B ha deslindado la figura del apoyo con la de la representación. Así, los apoyos son sólo una forma de asistencia para que la persona con discapacidad manifieste por sí misma su propia voluntad. En cambio, cuando este apoyo sea determinado con calidad de representación de las personas discapacitadas, la voluntad de la persona discapacitada será suplida; y, por tanto, tal representado no tendrá capacidad de ejercicio plena. Es evidente, entonces, que, en ese caso, aunque no lo diga la ley, el discapacitado carece de capacidad de ejercicio.

Así, volviendo al artículo 140, inciso 1, vemos que para que un acto jurídico sea válido debe ser celebrado por un agente capaz. Esto significa que la voluntad debe siempre ser manifestada por un sujeto que tenga plena capacidad jurídica para el ejercicio de sus derechos civiles, sea por sí mismo o actuando a favor de otro. Nótese, entonces, cómo a través de la reforma del 2018, el Código, en apariencia, ha relajado el requisito de la plena capacidad de ejercicio para celebrar el acto jurídico, pero la plena capacidad de ejercicio del discapacitado será tal cuando el mismo no incurra en las causales de los artículos 43 y 44 y no requiera de ajustes razonables o apoyos con representación para la manifestación de su voluntad.

De otro lado, tenemos que referirnos a la capacidad de ejercicio de la persona jurídica.

La definición aceptada de «capacidad de ejercicio», como la aptitud para celebrar por sí mismo los actos jurídicos, genera que un sector de la doctrina afirme que la persona jurídica no está dotada de capacidad de ejercicio, dado que actúa siempre mediante representantes. Para otros, propulsores de la denominada teoría orgánica, la persona jurídica forma y expresa su voluntad mediante sus órganos de administración (directorio, junta de accionistas, socios, gerencia, entre otros). En consecuencia, afirman que posee capacidad de ejercicio; teoría con la que coincidimos.

5.2. Objeto físicamente posible (inciso 2)

- *Sobre la definición de objeto*

El objeto constituye un elemento esencial de todo acto jurídico y es considerado como un requisito de validez del propio acto jurídico. Sin embargo, el entendimiento en torno a la definición o alcance del término ha sido diverso.

En efecto, el término «objeto» ha dado lugar a entenderlo como cosas, bienes corporales e incorporales, como la prestación a la que se obligaba el sujeto deudor, como la norma que regulaba los intereses de las partes, como el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contenido mismo del acto o como la relación jurídica misma. Así, en doctrina se advierten distintas opiniones sobre la noción de objeto del contrato y sobre la distinción entre objeto del contrato y objeto de la obligación.

Por ejemplo, en la doctrina nacional, Aníbal Torres[30] sostiene que «el objeto del acto jurídico es la relación jurídica que ha de crearse, modificarse o extinguirse»,[31] mientras que Vidal[32] sostiene que el objeto del acto jurídico no es otro que la prestación, entendida ésta como el comportamiento que debe observar el sujeto del deber para satisfacer el interés del sujeto de derecho; pues son los derechos y deberes u obligaciones que se integran a la relación jurídica que el acto crea, regula, modifica o extingue. Por otro lado, el profesor Rómulo Morales,[33] afirma y explica que el objeto del negocio es un concepto abstracto asociado a la finalidad jurídica de cada negocio, dejando a la causa como la finalidad práctica querida por las partes del negocio.

Al revisar el tenor de nuestra legislación civil vigente, advertimos que el requisito del objeto es que éste sea física y jurídicamente posible, lo que apunta a las prestaciones que las partes se obligan a cumplir; que no son otra cosa que las obligaciones o los deberes jurídicos sin contenido patrimonial que nacen de la relación jurídica.

Ya que los deberes jurídicos (obligaciones o no)[34] constituyen una abstracción, no podemos hacer referencia a que tales deberes jurídicos tengan una materialidad. Ello no se aprecia en la relación jurídica misma, sino en su objeto, como es el caso de la prestación en las obligaciones.

De modo que coincidimos con la posición expuesta por el profesor Guillermo Lohmann,[35] quien afirma que «el artículo 140 del Código Civil comprende tanto los intereses regulados por el precepto de la voluntad (la obligación en el contrato), como el hecho (positivo o negativo) que debe cumplirse (la prestación), o el bien físico o inmaterial a que se contrae el precepto». En

30 El referido autor precisa más adelante que, desde su punto de vista, el objeto del acto jurídico está integrado por tres elementos: 1) la relación jurídica, 2) la prestación, y 3) los bienes, los derechos, los servicios y las abstenciones. Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 260.

31 Sobre el particular, discrepamos de la posición expuesta, porque la relación jurídica es el efecto del negocio; y, por tanto, el efecto no puede ser considerado como parte de la estructura.

32 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 129.

33 Morales Hervias, Rómulo. «Objeto imposible jurídicamente y objeto ilícito. La supuesta eliminación de la causa del negocio jurídico —y, en particular, del contrato— por obra de la jurisprudencia judicial». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 21, n.° 202, Gaceta Jurídica. Lima, 2015, p. 43.

34 Si la relación jurídica tiene contenido patrimonial será una obligación. Si no lo tuviere, será un deber jurídico sin contenido patrimonial.

35 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Editorial Rocarme. Lima, 1987, 2.ª edición, p. 61.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

ese mismo sentido, Lizardo Taboada[36] ha expresado que «el objeto del contrato o del acto jurídico es la prestación debida, entendida ésta como un comportamiento, el mismo que podrá ser de dar, hacer, o no hacer.»

Por lo expuesto, el objeto del negocio jurídico, pese a los múltiples conceptos que existen en torno a él, para efectos de nuestra legislación se refiere a las obligaciones y deberes jurídicos sin contenido patrimonial, a la par que a las prestaciones que se derivan de la relación jurídica.

- *Sobre la posibilidad física del objeto*

¿Cuándo es imposible el objeto del negocio? Podemos afirmar que será imposible aquello que nadie puede llevar a cabo; es decir, cuando la prestación no puede ser objetivamente cumplida. Como señala Luigi Ferri,[37] se debe tratar de una prestación que nadie estaría en condición de ejecutar. La doctrina y nuestro Código Civil distinguen a la imposibilidad física y a la imposibilidad jurídica, siendo que la primera ha de referirse a la imposibilidad en sentido material o de ejecución y la segunda a una oposición al ordenamiento jurídico. Ninguna de las dos debe ser meramente subjetiva, es decir, depender sólo de las condiciones del sujeto obligado; sino ser objetiva.

Las prestaciones o el objeto de todo deber jurídico debe ser físicamente posible, lo que significa que se pueda llevar a cabo en la práctica ese dar, ese hacer o ese no hacer que constituya el objeto de la prestación o el objeto del deber jurídico de contenido extrapatrimonial. Así, la posibilidad física estará referida a su existencia o a la posibilidad de que existan esos derechos, deberes, obligaciones que se integran a la relación jurídica. O, como diría Guillermo Lohmann,[38] «mientras que la imposibilidad física de los bienes se centra en un existir o no existir; la imposibilidad física de las conductas se dirige a un poder comportarse o no de un modo determinado.»

En general, deberá verificarse si el acto comprometido puede o no llegar a ejecutarse según lo convenido y dar así cumplimiento a la obligación contraída.

Ahora bien, la posibilidad física se aprecia en el momento actual del cumplimiento de la prestación. Es decir, en el momento en el que se celebra el acto jurídico, si es que la obligación o deber jurídico que constituye su objeto es de exigibilidad inmediata. Así, si al momento de celebrar el negocio, el objeto no es física ni jurídicamente posible, el negocio es nulo. Se apreciará en

36 Taboada Córdova, Lizardo. *Op. cit.*, p. 333.
37 Ferri, Luigi. *Op. cit.*, p. 217.
38 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 81.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el momento pactado para su cumplimiento futuro, cuando para tales efectos medie plazo o condición suspensiva (artículo 1404).

Si, de manera sobrevenida, el bien se hace física o jurídicamente imposible, entonces, ya no estaríamos ante un supuesto de nulidad, sino de ineficacia. De modo que la ineficacia sobrevenida no afecta la estructura, sino los efectos. Asimismo, la inexistencia no siempre equivale a imposibilidad, razón por la cual se admite contratar sobre bienes futuros.[39]

No serán físicamente posibles aquellos objetos de deberes o prestaciones que ya hubiesen perecido al momento de la celebración del acto jurídico, al igual que aquellos otros que, conforme a las consideraciones antes expresadas, no puedan cumplirse en el futuro. Sobre estos últimos nos detendremos más adelante, al analizar las causales de nulidad del acto jurídico.

5.3. Objeto jurídicamente posible (inciso 2)

Un primer llamado de atención en este punto es no confundir el alcance del objeto jurídicamente posible con el del objeto lícito.

La posibilidad jurídica del objeto significa que el ordenamiento permita la celebración de esos actos jurídicos y que a través de los mismos se logre la finalidad deseada. Por ejemplo, es imposible jurídicamente, adoptar por contrato; y ese acto sería nulo por tener un objeto jurídicamente imposible. En cambio, tal acto no sería nulo por fin ilícito, pues la ley no establece esa consecuencia expresa a un contrato que tenga tal objeto.

5.4. Fin lícito (inciso 3)

El Código Civil de 1984 no menciona específicamente a la causa del acto jurídico. Trata acerca del fin. No obstante, en el medio jurídico nacional se entiende que cuando se hace alusión al fin lícito, el legislador de 1984 se quiso referir a la causa lícita, como requisito fundamental de todo acto jurídico.

Como sabemos, el Código no ha definido qué es la causa fin, por lo que el debate teórico en torno al alcance de este concepto persiste en el medio jurídico nacional. Así, se discute si la causa es el fin (objetivo) que persiguen las partes o la finalidad del propio acto jurídico, según la naturaleza del tipo de acto celebrado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

39 Remitimos al lector a Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Gaceta Jurídica. Lima, 2021, tomo I, páginas 167 y siguientes.

Al referirse a la causa, el profesor Fernando Vidal[40] distingue dos tipos: una inicial referida a la motivación, a lo querido por el sujeto; y una final relativa al propósito práctico alcanzado, explicando que el fin lícito del negocio parte del motivo de los sujetos intervinientes en la celebración del acto y se dirige a la producción de efectos buscados con la manifestación de voluntad y amparados en el ordenamiento jurídico.

En la medida de que el motivo para la celebración de un acto jurídico pertenece al fuero íntimo o personal del agente que celebra el acto, el mismo no tiene relevancia, en tanto no haya sido revelado en la manifestación de la voluntad. En efecto, la concepción subjetiva de la causa, que ha sido mayormente superada, identifica a la causa con el fin perseguido por las partes, por la función concreta e individual que ellas persiguen. Los defensores de esta posición, por consiguiente, califican a la causa como la razón de funcionamiento de la operación económica.[41] Esta concepción, con pocos adeptos en la actualidad, ha presentado un gran cuestionamiento, consistente en cómo se podría determinar cuáles son los motivos o intereses que subyacen y motivan a los sujetos para la celebración del acto jurídico.

Por el contrario, la concepción objetiva de la causa, con un mayor éxito, vincula a la causa con un factor externo y autónomo de la fase interna del individuo. Dentro de ella se encuentran además la teoría de la causa abstracta y la teoría de la causa concreta.

La teoría de causa abstracta hace referencia a la idea de la función como un dato objetivo e inmanente de cualquier tipo de negocio[42] y parte por considerar que el ordenamiento jurídico sólo tutela los contratos con los que se persigue la consecución de un fin económico social, de modo que la causa se identifica con la función socioeconómica que el propio ordenamiento admite y regula en sus tipos negociales.

Esto quiere decir que la razón justificativa del negocio no será lo que las partes quieren, sino que deberá abstraerse y buscarse los comunes denominadores en abstracto para identificar la causa típica de los tipos contractuales. Por ejemplo, tratándose de un contrato de compraventa, la causa estará dada por la transferencia de propiedad de un bien a cambio de un precio en dinero. La

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

40 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 129.

41 Cabe señalar que, en una posición intermedia, hay quienes defienden una teoría ecléctica. En vez de adoptar la teoría objetiva o la subjetiva de la causa, existe un sector de la doctrina que prefiere combinarlas y considerar que la causa comprende tanto su función socioeconómica, como los fines que persiguen las personas.

42 Scognamiglio, Renato. «El negocio jurídico: Aspectos generales». En: *Teoría general del negocio jurídico*. Ara Editores. Lima, 2001, p. 168.

finalidad del negocio será abstracta y estará dada con independencia de quiénes sean los sujetos que celebraron el negocio.

La principal crítica que recibió esta teoría es que, si la causa la determina el tipo contractual y está en función al rol económico social, entonces, no podría hablarse de tipos ilícitos ni de causas ilícitas. Esta teoría, además, hace prevalecer la función económico-social de los actos jurídicos frente a los intereses de los particulares que actúan en ejercicio de la autonomía de su voluntad, pues si no se identifica en los actos jurídicos una utilidad social, entonces, ellos carecerían de causa.

Mientras que la teoría de la causa concreta busca revalorizar los intereses subjetivos de las partes. Identifica a la causa como aquel interés que haya sido exteriorizado e incorporado en la manifestación de la voluntad. No se confunde con el motivo (interno), sino con la exteriorización de éste y su constatación en la manifestación de voluntad de los sujetos; siempre dentro de los límites del ordenamiento jurídico. De modo que aquí se tiene un control más objetivo, entrando a tallar el orden público y las normas imperativas.

Ahora bien, con esta teoría, la causa del negocio jurídico se podrá identificar a partir del texto del contrato (cuando esté expresamente pactado en el mismo) o del contexto del contrato (en función de las circunstancias en las que se presentaba el negocio).

No obstante, como ya lo hemos manifestado con el doctor Felipe Osterling en nuestra obra Compendio de Derecho de las Obligaciones:

> «La razón por la cual puede adquirir singular interés, inclusive para anular el acto jurídico, es cuando ella se revela en forma expresa y, además, resulta ser falsa. Es lo que se denomina error en el motivo, que sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptada por la otra parte (artículo 205 del Código Civil).
>
> Si Pedro adquiere de Juan un terreno en la Avenida Javier Prado de la ciudad de Lima, destinado a construir un edificio de doce pisos, y no revela ese motivo, al tiempo de concertar el acto jurídico, entonces, sería indiferente la preexistencia, al momento de la celebración del contrato, de una ordenanza municipal que prohibiera construir, en esa zona, edificios de más de cinco pisos. En este caso, los motivos del comprador no se habrían expresado, pertenecerían a su fuero íntimo, y serían irrelevantes al acto jurídico, porque al vendedor no le interesa, en definitiva, el destino que pueda otorgar el comprador al predio que adquiere. Puede comprarlo como inversión; o para construir en él una playa de estacionamiento o para edificar una casa-habitación; o para construir en él un edificio. Estos motivos, en verdad, no interesan al Derecho.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> Sin embargo, si el motivo se manifiesta expresamente en el acto jurídico como su razón determinante, y es aceptado por la otra parte, entonces, se está introduciendo en ese acto la denominada «causa ocasional» o «motivo determinante del acto jurídico», cuya falsedad originaria ocasionaría su anulación, porque afectaría el consentimiento, en el extremo de la voluntad de una de las partes.»[43]

Shoschana Zusman ha expresado que en los sistemas que recogen la causa, llamados «causalistas»,[44] «Se otorga al juez la potestad de analizar y valorar el resultado perseguido por quienes los celebraron [los actos jurídicos cuestionados], determinando si corresponde que el derecho consagre o repudie dicho resultado, sea por exigencias de racionalidad, de licitud o de moralidad. Se trata, entonces, de analizar el resultado práctico que se han propuesto las partes (adquirir gratuitamente la propiedad) y no el resultado jurídico que han declarado (una compraventa). Por eso, las preguntas que plantea la causa, están referidas a lo que los sujetos quisieron obtener con la celebración del contrato (*i.e.*, transferir la propiedad) a la finalidad con la que lo han celebrado (se quería donar) y a la pregunta de si dicha finalidad es moral, racional o lícita [...]. La causa responde entonces a la pregunta del «para qué» del negocio. [...]».

Siguiendo lo hasta aquí expuesto, debemos señalar que, para identificar la causa de un contrato, es preciso analizar no sólo su texto, sino también su contexto, es decir, las circunstancias que rodean la celebración del contrato. Pero, en verdad, hay muchas ocasiones en que el texto resulta suficiente por su claridad, la misma que, en estos casos, raras veces no coincide con las circunstancias de su celebración. Nótese que el análisis del contexto no puede pasar por encima del texto contractual y, mucho menos, atentar contra él. La interpretación de los actos jurídicos y contratos es un arma relativa a la construcción de los mismos y no un arma de destrucción del Derecho, como muchas veces ocurre.

Navarrete sostiene que la causa sirve para garantizar que el conjunto de intereses programados por las partes no sea radical y originariamente inidóneo a cualquier funcionamiento, que permite una tutela mínima y fundamental de los contratantes; al mismo tiempo, mediante la verificación sobre la licitud de la causa, se asegura que la función del contrato no se coloque concretamente

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

43 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Palestra Editores. Lima, 2008, p. 114.

44 Zusman Tinman, Shoschana. «La causa como elemento esencial de los actos jurídicos y contratos». En: *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*. Colección Derecho Patrimonial. Grijley. Lima, 2007, tomo I, pp. 109-110.

en contra de las normas imperativas, con el orden público y con las buenas costumbres.[45]

A partir de lo esbozado, es posible reconocer que la causa, como elemento esencial del contrato, cumple tres funciones: una de control y legalidad; una de justicia; y una de eficacia. No obstante, toda vez que la palabra «fin» no se circunscribe específicamente a la finalidad que persiguen las partes mediante la celebración del acto; ni a la finalidad misma del negocio como operación social o jurídica, ambas interpretaciones son viables. Sin perjuicio de ello, hemos dejado sentada nuestra posición, en el sentido de que el fin no es el motivo interno de las partes; el fin como elemento constitutivo y esencial del acto es la finalidad perseguida por las partes con su manifestación de voluntad.

Por último, y sin perjuicio de referirnos a ella con mayor detalle al analizar las causales de nulidad del acto jurídico, debemos señalar —como lo hace el maestro Vidal— que «la ilicitud de la causa se determina cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que podrán recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los celebrantes del acto jurídico es contraria al ordenamiento jurídico, como ocurriría si dos sujetos se vinculan por un contrato con la finalidad de que uno de ellos actúe como sicario de la venganza personal de la otra parte respecto a un tercero.» [46] El acto jurídico tiene causa ilícita cuando la razón, el objetivo perseguido se opone a las normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres.

5.5. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad (inciso 4)

En este punto partimos por señalar que todos los actos jurídicos tienen una forma, entendida ésta como la forma a través de la cual se manifiesta la voluntad. La regla establecida en nuestro Código Civil es la libertad de forma (artículo 143).

En efecto, como señala Aníbal Torres,[47] la voluntad debe ser manifestada en alguna forma, pudiendo ser esta verbal, escrita, lenguaje mímico, a través de medios electrónicos o comportamientos concluyentes. Agrega que, incluso, el silencio es una forma de declarar la voluntad cuando por ley o por convenio se le atribuye ese significado.

A partir de ello se puede señalar que todo acto jurídico tiene una forma, esté o no esté prescrita por el ordenamiento jurídico cómo se debe manifestar

45 Navarrete, Emanuela. «Causa del contrato». En: *Materiales de lectura del curso Temas de DerechoCivil.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados. Lima, 2008-1.

46 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 494.

47 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 375.

ESTUDIO MARIO CASTRO PRADO

la voluntad. Pero, en algunos casos, cuando la norma establezca una forma, la inobservancia de la misma estará sancionada por la nulidad del acto. Ése es el supuesto que se encuentra regulado en el inciso 4 del artículo 140 del Código Civil, el cual establece, como un requisito de validez del acto jurídico, a la formalidad prescrita bajo sanción de nulidad.

Es necesario advertir, como lo hace Cano Martínez de Velasco,[48] que «existe un matiz entre forma y formalidad. Mientras la forma es una necesaria emanación de una voluntad, la formalidad es un añadido, una exigencia legal específica por la trascendencia de algunos negocios jurídicos.»

Dicho esto, aun cuando la regla sea la libertad de formalidad, por excepción, la ley o las partes pueden establecer una formalidad. Aquí distinguimos dos tipos de formalidad, la *ad probationem* y la *ad solemnitatem*. La *ad probationem*, significa que ella sería necesaria para probar la existencia del acto, pero que el acto celebrado sin esa formalidad no será nulo, sino ineficaz. Mientras que los actos solemnes o *ad solemnitatem* son aquellos que, si se celebran sin la formalidad requerida, serán nulos por exigirlo así la ley.

De modo tal que podemos sostener que la complejidad de la forma dependerá del imperativo normativo o de la voluntad de las partes que, en uso de su autonomía privada y con el propósito de darle certeza y seguridad al acto que celebran, hayan acordado tal exigencia. En cualquier caso, como señala Fernando Vidal,[49] la función fundamental que corresponde a la forma es la de medio probatorio idóneo de la existencia y contenido del acto. Sobre los tipos de formalidad nos referiremos con mayor detalle al comentar el artículo 144 del Código Civil.

Ello, por lo demás, concuerda plenamente con lo señalado en el artículo 219, inciso 6 del propio Código, cuando, tratando sobre las causales de nulidad, la norma indica que es nulo el acto jurídico cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[50] el artículo 140 del Código Civil, por su indudable importancia, ha merecido infinidad de comentarios a lo largo de los años de vigencia del Código.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

48 Cano Martínez de Velasco, José Ignacio. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*. Bosch. Barcelona, 1990, p. 14.

49 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 141.

50 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2020, volumen 75, pp. 66-70.

Fundamentalmente los mismos han sido de orden dogmático, es decir, opiniones relativas a la corrección o incorrección teórica de la norma.

No obstante, debemos señalar que el artículo 140 en todos estos años de vigencia del Código no ha ofrecido problemas de orden práctico.

Y es que, seguimos convencidos de que una norma que regula el concepto de acto jurídico siempre va a generar polémica dentro de la academia, pero esa polémica se va a generar con cualquier redacción que tenga el artículo 140, con la actual, con la que propuso el Grupo de Trabajo de revisión y mejora del Código, creado por Resolución Ministerial n.° 300-2016-JUS (proyecto al que denominaremos en adelante como «el proyecto de reforma del Código Civil del año 2019» o «el proyecto del 2019»; y grupo de trabajo al que denominaremos como «la comisión» o «la comisión del 2019») o con cualquier otra que podamos imaginar.

Esto, por una razón muy sencilla y es que, en teoría del Derecho, las posiciones doctrinarias suelen ser variadas, y, precisamente, allí radica la riqueza del Derecho.

El proyecto de reforma del año 2005 incluyó una propuesta de modificación del artículo 140.[51]

Tras nuestras críticas expresadas en el libro *Ni urgente ni necesario más bien defectuoso*, la comisión de entonces desistió de proponer la modificación del artículo citado, lo que se reflejó en el proyecto del año 2006.

El grupo de trabajo, no obstante, recogió nuevamente la idea de modificar el artículo 140.

En esa oportunidad, se agregó la manifestación de voluntad destinada a «determinar» «situaciones» o «relaciones jurídicas».

Sobre el primer agregado, la comisión señaló que el concepto es insuficiente, pues no contempla una vicisitud en particular: la determinación y una consecuencia específica: la situación jurídica.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

51 **Artículo 141.-** Manifestación de voluntad

1.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo, incluyendo el uso de los apoyos requeridos por la persona de acuerdo a sus necesidades.

2.- Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Se puso como ejemplos de determinación los casos de la transacción y el reconocimiento.

No dudamos de que ello sea correcto, pero debe quedar claro que en una transacción no sólo se puede determinar una relación jurídica, sino también crear, regular, modificar o extinguir derechos y obligaciones (concepto del artículo 1302 del Código Civil).

Así, hubiese sido bueno que se señalara cuál es el problema práctico del actual artículo 140 del Código, en relación con las transacciones celebradas en estos tantos años de vigencia, con respecto a la ausencia de la palabra «determinar» en el concepto de acto jurídico del artículo 140 del Código Civil.

La respuesta, obviamente, es: ninguno.

Y lo mismo podríamos preguntarnos en torno al reconocimiento, supuesto en el cual la respuesta sería la misma.

Creo que esta propuesta de adición, inútil, por cierto, no era otra cosa que una sutileza de escuela.

En lo que respecta al agregado relativo a las «situaciones jurídicas», la comisión del 2019 citaba como ejemplos de la necesidad de su regulación, los actos de constitución de derechos reales o el negocio de apoderamiento, en donde, a decir de la comisión, no sólo se generan relaciones jurídicas, sino situaciones jurídicas.

Sobre el particular, debemos decir exactamente lo mismo que hace un momento.

- El concepto actual de acto jurídico se ha aplicado perfectamente a los derechos reales, al poder y a una serie de actos en donde existen situaciones jurídicas y/o relaciones jurídicas, siendo la propuesta una precisión académica, interesante para una clase de Derecho, pero impertinente para la modificación de una norma de tanta importancia como el artículo 140 del Código Civil.

Con la adición de las «situaciones jurídicas» la práctica contractual en el Perú sería exactamente la misma.

Ahora, pasemos al análisis de las modificaciones que proponía la comisión en cuanto a los requisitos del acto jurídico.[52]

52 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de reforma del Código Civil.* Palestra Editores. Lima, 2005, pp. 139-145.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En primer lugar, se proponía cambiar la expresión «Para su validez se requiere:» por «Son elementos esenciales del acto jurídico: [...]».

Esta modificación carecía de importancia, pues en la teoría y en la práctica se suele denominar de manera indistinta «elementos» o «requisitos» del acto jurídico.

En segundo lugar, se agregaba la palabra «esenciales». Éste también era un agregado inútil, pues siempre ha resultado evidente en el medio jurídico nacional que los requisitos contemplados por el artículo 140 son los esenciales, en tanto que los establecidos por la ley para otros actos jurídicos o contratos típicos, reciben la calificación de especiales.

En lo que respecta al inciso 1, se volvía a incurrir en el error cometido por la comisión que elaboró el proyecto del 2005, transformando la expresión «agente capaz», por «sujeto capaz».

Ya dijimos en *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso*,[53] que se transforma la expresión «agente» por «sujeto»; como si alguna vez hubiese estado en duda que cuando el Código Civil se refiere a «agente» se está refiriendo a un «sujeto».

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

Ello implica que la «precisión» que se pretendía hacer era inútil. Pero no sólo eso, sino que la Comisión del 2019 no se dio cuenta de que la norma que proponía reformar, ya se encontraba modificada desde el 4 de septiembre de 2018, en virtud del Decreto Legislativo n.° 1384, que hizo que el inciso 1 señalara, como hemos estudiado: «Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley».

En lo que respecta al inciso 2, que actualmente reza: «objeto física y jurídicamente posible», al igual que en el proyecto del año 2005, se pretendía transformar en «objeto físico y, en su caso, jurídicamente posible, determinado o determinable».

ESTUDIO FABIO CASTILLO FREYRE

53 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, p. 140.

En ese sentido, debemos expresar lo mismo que señalamos hace tres lustros,[54] en el sentido de que ello significa que, manteniéndose el requisito de objeto físicamente posible, la comisión consideraba que no necesariamente debe estar presente en todo acto jurídico el requisito de su posibilidad jurídica.

Ello era lamentable, en la medida de que se desconocía la importancia de la posibilidad jurídica que debe tener todo acto.

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

Ello significa, como mencionamos en nuestro libro Tentaciones Académicas 2,[55] que, todo acto jurídico debe tener, además de un objeto físicamente posible, es decir, de un objeto que guarde un correlato posible en la realidad, un objeto jurídicamente posible; es decir, correlato jurídicamente posible dentro del ordenamiento legal.

Queda claro, entonces, que se equivocaba la comisión cuando estimaba que sólo en algunos casos el objeto de los actos jurídicos debería ser posible.

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

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

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

En adición a lo expuesto, debemos subrayar que los deberes y obligaciones siempre deben existir y encontrarse determinados al momento del nacimiento del acto, pudiendo ocurrir que la determinación de su objeto (las prestaciones

54 Castillo Freyre Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 140-142.

55 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 68-70.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

obligacionales, en caso de ser obligaciones de objeto plural), como el caso de las alternativas, por ejemplo, o el objeto de la propia prestación (como en el caso de los bienes inciertos, por ejemplo), se encuentren pendientes de determinación, estableciéndose en el título constitutivo de la obligación, un mecanismo para su determinación futura.

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

De tal manera que la adición que se proponía en el anteproyecto del 2019, en el sentido de que en algunos casos el objeto del acto jurídico debe ser determinado o determinable, era técnicamente incorrecta, y, por lo tanto, defectuosa.

En tercer lugar, como hemos visto, el inciso 3 del artículo 40 del Código en actual vigencia, se refiere al «fin lícito»; en tanto el proyecto del 2019 hacía referencia a la «causa lícita»; mientras que el proyecto del año 2005 hacía alusión a la «finalidad lícita».

Entendemos que el proyecto del 2019 seguía la misma línea que el proyecto del 2005 y que cuando se empleaba la palabra «causa» (elemento esencial del acto jurídico), se estaba haciendo alusión al fin o finalidad del mismo.

Si bien ha habido comentarios en torno al concepto legal de «fin lícito», generalmente los autores coincidían en que el fin era sinónimo de la causa, ya que hubiese resultado inimaginable que el Código Civil de 1984 no considerara a la causa como uno de los elementos esenciales del acto jurídico.

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

La comisión planteaba que en el inciso 4 se agregue la forma establecida por la ley «con carácter imperativo», más allá de aquélla establecida bajo sanción de nulidad.

Siempre hemos creído que los alcances del inciso 4 se extienden a aquello que se proponía regular, pues, sin duda, tenemos el amplio espectro de las nulidades virtuales, supuestos en los cuales el acto carecerá de validez por la contravención de una norma legal de carácter imperativo y no por el hecho de que exista un precepto que sancione expresamente con nulidad su inobservancia.

En ese sentido, consideramos que el agregado que se proponía al inciso 4 constituía una demasía, innecesaria por definición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II. Manifestación de voluntad

Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

La norma citada no es original de 1984. El texto del artículo 141, en el Código Civil de 1984, era el siguiente:

Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

El precepto de 1984 fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.° 27291, publicada el 24 de junio de 2000, cuyo texto era el siguiente:

Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este artículo luego fue modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, cuyo texto, vigente en la actualidad, es el que hemos consignado al inicio de este acápite.

1. Concepto de manifestación de voluntad

A partir de la definición contenida en el artículo 140 del Código Civil, sosteníamos que la voluntad (en tanto estado psíquico de la consciencia que permite determinar el querer interno del sujeto) no era suficiente si es que no se materializaba o exteriorizaba, ya sea a través de una declaración o de un comportamiento que nos permitiera concluir indubitablemente la expresión de la voluntad, cual es el caso del llamado comportamiento concluyente. La exteriorización resulta relevante, pues la voluntad interna no manifestada no es de interés para el Derecho, en tanto éste no se detiene en investigar las intenciones o motivaciones de la voluntad. Así, la voluntad interna, en tanto interna, no se torna relevante mientras no se exteriorice y se incorpore en la manifestación de voluntad.

Cuando hablamos de manifestación de voluntad nos vamos a referir a ésta como el medio o instrumento de exteriorización de la voluntad interna que ha sido declarada. Así, en términos de Domenico Barbero,[56] por manifestación negocial hay que entender a «cualquier comportamiento exterior de un sujeto apto para revelar su intención».

Autores como Fernando Vidal[57] resaltan la importancia de la voluntad interna, señalando que la voluntad interna es la voluntad real y que, si bien no es suficiente para el acto jurídico, sí es relevante en tanto se trata de la causa de la exteriorización de tal voluntad. El referido autor llama la atención sobre el proceso formativo de la voluntad interna, conjugando el discernimiento, la intención y la libertad como tres factores que deben concurrir para la formación de la voluntad interna que luego ha de ser exteriorizada. Lo propio señala Aníbal Torres,[58] quien afirma que «para que exista voluntad jurídica se requiere que concurran el discernimiento, la intención, la libertad y la exteriorización mediante la manifestación». Sobre estos puntos nos ocuparemos al estudiar los vicios en el proceso de formación de la voluntad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

56 Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado*. Parte preliminar. Parte general. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967, 6.ª edición, p. 444.

57 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 96.

58 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 575.

Por ahora nos vamos a detener en la exteriorización de esa voluntad. Así, siguiendo a Guillermo Lohmann,[59] quien cita a Ramón Bonet, debemos entender que la manifestación de la voluntad es la exteriorización de un hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el producir tales efectos.

En ese sentido, todas las manifestaciones tienen una forma, y esa forma no significa más que el modo de cómo se exterioriza o manifiesta la voluntad. Esos modos, o formas en sentido genérico, van desde la solemnidad hasta el llamado comportamiento tácito concluyente; y adquirirán relevancia cuando la norma o las partes hayan impuesto que la voluntad sea manifestada mediante un revestimiento específico.

De modo que, para que la manifestación de voluntad sea una manifestación de voluntad plenamente válida, deberá observarse primero que el procedimiento de formación sea válido, pues es posible que entre la voluntad interna y la manifestación de la voluntad existan perturbaciones que llevarán a la ausencia de la voluntad y a la invalidez de su manifestación y luego que la manifestación se realiza bajo la formalidad descrita por la ley bajo sanción de nulidad, el pactado por las partes o simplemente haya sido exteriorizada en tanto no se exija forma alguna.

Por ello, podemos concluir en que la voluntad sólo entra en consideración cuando ha sido exteriorizada mediante una forma. ¿Puede el declarante elegir libremente los medios de declaración? ¿O bien estamos vinculados a un medio de declaración determinado? La manifestación de voluntad puede hacerse en la forma que el sujeto que manifieste su declaración lo considere conveniente (principio de libertad de formas), salvo que por ley o acuerdo de partes se exija una determinada forma de exteriorización específica que debe ser observada.

Hemos de referirnos ahora a los instrumentos de exteriorización que contienen la voluntad declarada.

2. Clases de manifestación de voluntad

2.1. Manifestación expresa

Estaremos ante una manifestación expresa cuando el declarante haga uso de medios para comunicar su voluntad interna a quien debe conocerla (su receptor). Así, son expresas todas las declaraciones hechas por medios objetivos de

59 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 80.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

declaración, en particular, por actos cuyo sentido como medio de declaración está ya establecido.

¿En qué momento decimos que se produce o verifica la manifestación de la voluntad expresa?

La manifestación de la voluntad expresa puede ser de dos tipos: recepticia o no recepticia. Estaremos ante una manifestación de voluntad recepticia cuando la misma esté dirigida a una persona determinada. Por el contrario, será una manifestación de voluntad no recepticia si su perfeccionamiento se da sólo con la exteriorización de la voluntad de modo recognoscible, sin que sea necesario que una persona determinada la conozca o haya conocido. Un ejemplo de esto es el testamento, pues no se requiere que los herederos, legatarios o albacea (de ser el caso) conozcan acerca de su contenido o existencia, para sostener que existe manifestación de voluntad del causante.

En el caso de la voluntad recepticia, se han dado una serie de teorías que Lehmann[60] resume así:

- Teoría de exteriorización: La manifestación de la voluntad se perfecciona una vez que la voluntad interna salió de la fase interna.
- La teoría de la expedición: Se exige que la voluntad exteriorizada sea enviada al destinatario.
- La teoría de la recepción: Requiere además que la voluntad exteriorizada sea recibida por el destinatario. Y es recién con la recepción que se formaría la manifestación de voluntad.
- Teoría de la cognición o conocimiento: Es necesario que la declaración de voluntad no sólo sea recibida, sino que además sea conocida por el destinatario.

La opción de escoger una de estas teorías dependerá de si la manifestación expresa es recepticia o no recepticia. Si la declaración es recepticia, no bastará la exteriorización. Pensemos en el caso de la formulación de una oferta. Si ésta no se hace llegar al destinatario, por más que la voluntad haya sido exteriorizada en un papel debidamente suscrito, ello de nada servirá.

Nuestro Código Civil contempla una teoría intermedia entre la teoría de la recepción con la teoría de la cognición. Se adopta como regla la teoría de la recepción, agregándole una presunción de cognición. La declaración recepticia

60 LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil.* Traducción de José M. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956, volumen I, pp. 330-331.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

surte efectos con la recepción por su destinatario; pero esta recepción hace presumir el conocimiento. Esta regla la encontramos en el artículo 1374[61] del Código Civil.

Según el artículo 141 del Código Civil, es expresa la manifestación cuando se realiza a través de cualquiera de los siguientes medios o formas:

a.1) Oral

Se trata de la manera más tradicional en que se manifiesta la voluntad. La expresión oral, por lo demás, es la más antigua y se remonta a cuando las civilizaciones inventaron el lenguaje hablado. Consiste en el pronunciamiento de palabras aptas para expresar la intención negocial.

Será expresión oral aquella que tenga como soporte la propia voz o cuando esta voz esté trasmitida a través de algún medio de comunicación de aquellos de los que nos ocuparemos posteriormente.

a.2) Escrita

Se trata de la materialización de la voluntad del declarante en signos escritos. Esta declaración escrita puede constar en medio mecánico, como una hoja mecanografiada en una antigua máquina de escribir o, incluso, constar en papel, impreso por computadora, o a puño y letra. La voluntad escrita también es aquella que consta a través de medios informáticos, como sería el caso de correos electrónicos, WhatsApp, mensajes de texto, y cualquier otra plataforma de comunicación o medio electrónico en general.

a.3) Medios a través de los cuales se trasmite la voluntad oral o escrita

i. Medios directos

Entendemos por ellos a los medios que trasmiten la voluntad oral o escrita de manera directa, es decir, sin solución de continuidad, sin dilaciones. Sería el caso del teléfono, en cualquiera de sus variantes actuales, o de cualquier otra plataforma que permita que las partes que van a celebrar el acto jurídico se encuentren conversando, sea oralmente, sea por escrito.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

61 **Artículo 1374.**- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla.

Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

ii. Medios manuales

Entendemos que con esto se hace referencia a aquellos medios por los cuales las partes emplean las manos. Por ejemplo, dos personas que, a la distancia (unos doscientos metros en un descampado), se comunican a través de señas que hacen con sus propias manos.

iii. Medios mecánicos

Sería el caso en el cual las personas del ejemplo anterior emplearan para conversar, no sus manos, sino un cono, para que haga las veces de un altavoz rudimentario. En ese supuesto estarían empleando un medio mecánico.

iv. Medios digitales

Todo medio digital es electrónico. Están representados por las aplicaciones digitales que permiten comunicarnos en la actualidad, tales como las páginas web, los videos digitales, y un largo etcétera por mencionar. Su diferencia técnica respecto de los medios electrónicos, radica en que la forma de codificación de la información es en bits, en sistemas binarios.

v. Medios electrónicos

No todo medio electrónico es digital. Los medios electrónicos son, por ejemplo, una antigua cinta de video, una antigua cinta de casete, en tanto requieren de un dispositivo electrónico para su lectura y reproducción.

vi. Lenguaje de señas

El lenguaje de señas se ha usado, fundamentalmente, para la comunicación entre personas que sufren de sordera. Pero no olvidemos que también —y desde muy antiguo— ha habido el empleo de un lenguaje de señas en la actividad naval, tanto mercante como militar; y también lo hay en la actividad aeronáutica, prácticamente desde sus inicios.

vii. Medio alternativo de comunicación

El artículo 141 deja abierta la posibilidad para que los actos jurídicos se celebren empleando cualquier medio de comunicación, con lo que resulta claro que la relación del precepto no es taxativa sino meramente enunciativa.

viii. Mediante ajustes razonables o apoyos

Se entiende que, en estos casos, la voluntad de la persona con discapacidad se manifiesta en conjunto en el auxilio o apoyo que lo asista. En ese sentido, las

ESTUDIO MARIO CASTILLO FIGUERE

dos personas (quien padece de una discapacidad y su apoyo) deberán concurrir en una misma manifestación de voluntad, para que ésta sea válida y pueda dar lugar a la celebración de un acto jurídico. Nótese que sólo estamos hablando de la formación y manifestación de la voluntad del discapacitado; no de quien contrate con él.

2.2. Manifestación tácita

El segundo párrafo del artículo 141 del Código Civil señala que la manifestación de voluntad es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas que revelen su existencia, conocido como comportamientos concluyentes. De modo que esta manifestación se realizará a través de signos no lingüísticos, infiriéndose su voluntad de la conducta del sujeto.

Un clásico ejemplo es la contratación del servicio público de bus, en el cual el pasajero acepta la oferta pública del tarifario y sin necesidad de decir que está de acuerdo, se sube al bus en circulación y paga el pasaje indicado en la tarifa. No cabe duda alguna de que aquí se celebró un contrato de transporte. ¿Cómo se concluye en ello? Pues había alguien que brindaba un servicio a cierta tarifa y hubo otro que hizo uso de los servicios y pagó por ellos.

Otro ejemplo lo tenemos con la posesión sobre un terreno baldío. No es necesario declarar algo; hay una actuación evidente sobre la cosa que se ocupa y sobre la que se manifiesta clara intención de poseer.

Entonces, la manifestación negocial comprende también la actitud y comportamiento que tenga el sujeto y que ponga de relieve su intención idónea y necesaria para el acto.

Aníbal Torres[62] se refiere a los requisitos de existencia de la voluntad tácita:

a. Certidumbre: Es decir, que no haya dudas sobre la existencia de su voluntad.

b. Que no se exija como forma una declaración expresa, como por ejemplo en la transacción, en la que además de celebrarse por escrito debe haber una renuncia expresa a cualquier acción que tenga una parte contra otra sobre el objeto de la transacción.

c. Que no exista reserva o declaración en contrario. Es decir, que no exista una manifestación expresa que desmienta a la manifestación tácita.

62 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, pp. 186-187.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ahora bien, el texto del artículo 141 del Código Civil señala que la manifestación de voluntad es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas que revelen su existencia.

a.1) Actitud

Una actitud implica un comportamiento desplegado (en sus distintas formas de expresión). No debemos confundirlo con la actitud de guardar silencio; en este caso, para que sea silencio, además no deberá verificarse actitud alguna que sea desplegada.

Decimos esto, pues se debe partir por descartar al silencio, dado que —como veremos—, el artículo 142 del Código Civil señala que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado. Entonces, la actitud de quedarse callado, en ninguna circunstancia que no sea la señalada por el artículo 142, implica manifestación de voluntad.

Tampoco podemos considerar como actitud, alguna señal o gesto que haga el sujeto en cuestión, pues ello estaría dentro de lo que se considera como manifestación expresa de voluntad. Pero una sonrisa, tal vez, podría ser manifestación tácita.

Imaginemos un caso en el cual un tercero que carece de interés patrimonial comprometido en el pago de la deuda, le ofrece al deudor pagarle al acreedor. Si el deudor no dice algo, sería el silencio (no manifestación de voluntad), pero si el deudor sonríe, se emociona y, en silencio, abraza a ese tercero, sin decirle algo, entendemos que debería considerarse que sus actitudes han constituido una manifestación de voluntad tácita y, por tanto, que se habría configurado el supuesto de subrogación convencional contemplado en el artículo 1261, inciso 2.

a.2) Circunstancias

El texto original del artículo 141 y el texto modificado en el año 2000, conservaban la palabra «circunstancias» como una vía para la configuración de una manifestación de voluntad tácita. En verdad, no entendemos por qué se derogó esta expresión con la reforma del 2018.

En el caso del ejemplo citado en el rubro anterior, relativo al pago por tercero (no interesado), se configuraría una manifestación de voluntad tácita, por las circunstancias, si luego de que ese tercero le dice al deudor que va a pagar la deuda que éste tiene con el acreedor, el deudor, sin hacer o tener gesto alguno, le entrega las llaves de su automóvil al tercero (quien carece de este medio de transporte). Se entiende, por las circunstancias, que el deudor está

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

manifestando tácitamente su asentimiento para el pago por parte del tercero, lo que, luego de que éste pague, configurará el supuesto de pago con subrogación convencional contemplado en el artículo 1261, inciso 2 del Código Civil peruano de 1984.

Para que un comportamiento sea concluyente, deberán concurrir circunstancias especiales que den lugar a la exteriorización positiva, y estas circunstancias serán evaluadas de acuerdo con la costumbre del tráfico o con lo pactado, así como en armonía con la buena fe.

Ahora, sin la palabra «circunstancias», debemos entender que este caso estaría comprendido dentro de la expresión «actitud».

a.3) Conductas reiteradas

Esta expresión ha sido introducida para los casos en que una persona con plena capacidad de ejercicio, por alguna circunstancia, devenga en incapacitada total o parcialmente para expresar su voluntad. En estos casos, su representante o su auxiliar o apoyo, debería proceder de la manera en que el representado o asistido, según el caso, hubiera actuado si mantuviera plenitud de facultades.

Interesante tema, pero el mismo no dejaría de ser una ficción, una interpretación de un proceder no manifestado en la actualidad, asumiendo conductas pasadas. Pero no deja de tener valor, para que sobre todo los representantes de esa persona no puedan proceder de manera contraria a como se desempeñó el ahora devenido en discapacitado, a lo largo de su vida.

Pero debemos subrayar que esta precisión legislativa no sólo rige para estos casos; sino para otros supuestos de manifestación tácita de voluntad de personas sin discapacidad, en tanto y en cuanto, sus actitudes o circunstancias siempre hubiesen constituido —para él— manifestación de voluntad tácita para celebrar actos jurídicos y, en algún momento, alguien (él o un tercero) señalen lo contrario con respecto a un supuesto nuevo acto jurídico. Allí, la conducta anterior sería importante para afirmar la existencia de un acto jurídico, pues esa conducta revelaría la existencia de voluntad manifestada por ese otro sujeto.

Finalmente, como recuerda Guillermo Lohmann,[63] para este tema creemos importante dejar constancia de que las actitudes, sus circunstancias de comportamiento, no son sólo las positivas, sino también las negativas; así como las llamadas, comisiones o abstenciones de conducta.

63 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 89.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Colofón

El artículo 141 establece en su párrafo final, que no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

La regla general es que el silencio no manifiesta voluntad positiva ni negativa, en tanto no se verifica una acción del agente.

Como afirma Domenico Barbero,[64] por el solo silencio, actitud puramente negativa, no habrá quien pueda inferir el tenor de una manifestación sino, y a lo mucho, salvo que por las circunstancias en que se guarda el silencio o las circunstancias que acompañan al silencio, pueden dar a la actitud del sujeto el valor positivo de expresar una intención.

Estas circunstancias a las que se refiere Domenico Barbero son, de acuerdo con el artículo 141 del Código Civil:

- Cuando las partes han dejado expresamente convenido que el silencio sí puede tener una connotación de manifestación de voluntad.
- Cuando la ley diga que el silencio puede ser considerado como manifestación de voluntad.

Si no se verifica alguna de esas dos circunstancias que nos permita sostener que el silencio importa manifestación de voluntad, el mismo no puede ser considerado como tal.

Veamos:

a) La ley

Si la ley exige declaración expresa, entonces ello significaría que para el Derecho no será admisible declaración tácita alguna. En otras palabras, ella sería jurídicamente irrelevante.

b) Reserva o declaración

Esto tiene importancia, en razón de que las partes en comunicación podrían haber acordado, previamente, que sólo valdría la comunicación o declaración expresa para celebrar el acto jurídico que probablemente lleguen a concluir.

64 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 466.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero esta reserva también podría haberse producido de manera unilateral, al inicio de las tratativas o en el cualquier momento posterior a ese comienzo, pero anterior a la celebración del contrato.

Esto se haría, justamente, para impedir que cualquier actitud o comportamiento del agente pueda interpretarse como una manifestación de voluntad tácita.

Con la reserva se mitiga el riesgo de que en determinadas circunstancias una conducta pueda interpretarse como una declaración de voluntad. Así, mediante la reserva se excluye la posible interpretación de circunstancias o conductas que no han de conllevar manifestación de voluntad.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[65] el artículo 141 del Código Civil, por su indudable importancia, ha merecido infinidad de comentarios a lo largo de los años de vigencia del Código.

Sobre el artículo 141, la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso la siguiente nueva redacción:

> **Artículo 141.-** Manifestación de voluntad
>
> 1. La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo, incluyendo el uso de los apoyos requeridos por la persona de acuerdo a sus necesidades.
> 2. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

La comisión proponía dividir el texto de la norma en dos incisos.

En el primero, recogiendo las primeras líneas del artículo 141 en vigencia, señalaba que «La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo», pero agrega «incluyendo el uso de los apoyos requeridos por la persona de acuerdo a sus necesidades».

65 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 70-71.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entendemos que la adición que se proponía, se efectuaba en razón de las modificaciones introducidas al Código Civil en el año 2018 por la Ley de la capacidad de las personas con discapacidad.

Independientemente de la buena voluntad de la norma y del hecho de promover un mejor trato con respecto a las personas que sufren de alguna discapacidad, no cabe duda de que el tema de los apoyos autorizados por la ley en favor de estas personas acarrea no pocos problemas conceptuales y prácticos.

El primer gran problema es el relativo a cuál de las manifestaciones de voluntad va a ser considerada para la celebración del acto jurídico, es decir, la voluntad de la persona con discapacidad, expresada defectuosamente o la voluntad de aquél que actúa siendo su apoyo.

En otras palabras, si la voluntad manifestada se forma con la concurrencia de ambas voluntades que constituyen una sola manifestación de voluntad o si es que sólo resultará relevante la voluntad del apoyo.

Entendemos que en todos los casos en que actuará el apoyo en concurrencia con la voluntad de la persona con discapacidad, deberán ser tomadas en cuenta ambas voluntades, las que, obviamente, deben ser concurrentes y concordantes.

El solo imaginar la eventual discordancia de la voluntad de la persona con discapacidad y su apoyo, determinaría la inexistencia de una voluntad manifestada correctamente para el Derecho y, por lo tanto, carente de todo efecto conducente a la celebración de algún contrato o acto jurídico.

En el caso inverso, sí habrá, entonces, manifestación de voluntad.

Pero también debería analizarse el caso en el cual la persona que sea nombrada para apoyar al incapaz, deba expresar ella misma su voluntad, sin la concurrencia de alguna voluntad manifestada por la persona con discapacidad.

Nos estamos colocando, por cierto, en aquellos casos en que la persona con discapacidad no pueda expresar de manera alguna su voluntad.

En estos supuestos, como es evidente, la manifestación de voluntad sólo podrá ser expresada por el apoyo de la persona con discapacidad (antiguo curador).

En el proyecto del año 2019 la Comisión propone introducir en el artículo 141 el tema de los apoyos, en cuanto a la manifestación de voluntad, pero el agregado que se plantea no soluciona, de manera alguna, el complejo problema surgido a raíz de la reforma del 2018 y las múltiples modificatorias introducidas por ella en el Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, hubiera sido bueno que la comisión del 2019 analizara las materias que acabamos de plantear, las mismas que resulta de medular importancia legislar en el Código Civil, a efectos de brindar a la sociedad en su conjunto y al medio jurídico en particular, la seguridad jurídica necesaria para un tema de tanta trascendencia.

En relación al inciso 2 que se proponía para el artículo 141, el mismo no representaba novedad alguna en relación a la segunda parte del actual artículo 141, cuando se establece que la manifestación de voluntad «Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia. No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario».

En ese sentido, no había nada que comentar en torno a este extremo de la norma planteada por la comisión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

III. Formalidad

Artículo 141-A.- Formalidad

En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.

Este artículo no formaba parte del Decreto Legislativo n.° 295, es decir, del Código Civil de 1984; habiendo sido agregado al Código por el artículo 2 de la Ley n.° 27291, publicada el 24 de junio de 2000, pese a que a la fecha de esta modificación ya se encontraba vigente la normatividad legal relativa a la firma electrónica, Ley n.° 27269, Ley de firmas y certificados digitales, situación que pone en cuestionamiento la utilidad de su incorporación al Código Civil.

Como quiera que fuere, este artículo habilita a que las partes celebren —a través de medios electrónicos— actos jurídicos con formalidad solemne; otorgándose una igualdad funcional al soporte digital frente al papel y a la firma digital frente a la firma manuscrita tradicional.

La norma se refiere, fundamentalmente, a los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma; es decir, no aplicará para la existencia de las otras formas de manifestación de voluntad, tales como la oralidad y el comportamiento concluyente. Del mismo modo, el artículo 141-A del Código Civil menciona nuevas maneras de efectuar manifestaciones de la voluntad expresa; formas que no se encuentran listadas de manera taxativa, sino que, por el contrario, se contempla un «cajón de sastre» bajo el término «otro análogo», en el que podrá calzar cualquier otro medio a inventarse y que escapa hoy a nuestra imaginación. Aquí debemos precisar que el artículo 141-A deberá ser leído e interpretado de manera conjunta con la ley y el reglamento de firmas y certificados digitales vigentes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A partir de la normativa específica, hoy podemos hablar de (i) la firma electrónica y (ii) la firma digital; encontrándose éstas reguladas en la Ley n.° 27269, Ley de firmas y certificados digitales, así como en su reglamento previsto en el Decreto Supremo n.° 052-2008-PCM.

El artículo bajo comentario del Código Civil, el 141-A, señala que estas firmas deberán estar contenidas en medios electrónicos, los cuales, de conformidad con el Reglamento de la Ley de Firmas Digitales, son definidos como sistemas informáticos o computacionales a través de los cuales se puede generar, procesar, transmitir y archivar documentos electrónicos. Entendidos, documentos electrónicos, como la unidad básica estructurada de información registrada, publicada o no, susceptible de ser generada, clasificada, gestionada, transmitida, procesada o conservada por una persona o una organización de acuerdo con sus requisitos funcionales, utilizando sistemas informáticos. Así se encuentra definido en el glosario de términos contenidos en la décima cuarta disposición complementaria final del Decreto Supremo n.° 052-2008-PCM.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo bajo análisis señala que, tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta. En este punto corresponde preguntarnos ¿qué se entiende por instrumentos públicos? y ¿quién es la autoridad competente?

Al respecto, Guillermo Cabanellas,[66] define el documento público como: «El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial o por otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen».

De modo que lo que caracteriza a estos instrumentos es la intervención de un oficial público o funcionario público en su otorgamiento. Así, el instrumento público es el que emana de la autoridad, es decir de alguien que tiene facultad para suscribir tales documentos según normas y reglamentos propios.

En el artículo 23 de la Ley del Notariado, Decreto Ley n.° 26002, advertimos una definición respecto de los instrumentos públicos notariales. En el referido cuerpo normativo se define a los instrumentos públicos notariales como aquellos que el notario, por mandato de ley o a solicitud de parte, extiende o autoriza en ejercicio de su función dentro de los límites de su competencia y

66 Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1981, p. 308.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

con las formalidades de la ley y que producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie.

Asimismo, la citada norma en sus artículos 25 y 26 establece una clasificación de instrumentos públicos; entre ellos, tenemos instrumentos públicos protocolares (como las escrituras públicas y demás actas que el notario incorpora al protocolo notarial; que debe conservar y expedir los traslados que la ley determina) y los instrumentos públicos extra protocolares (las actas y demás certificaciones notariales que se refieren a actos, hechos o circunstancias que presencie o le conste al notario por razón de su función).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IV. El silencio

Artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

El artículo 142 es una norma muy clara, que parte de la regla de que el silencio no importa manifestación de voluntad ya que se trata, propiamente, de la carencia de la misma. El artículo no señala esto de manera expresa, pero parte por regular los supuestos en que el silencio sí tiene valor como manifestación de voluntad. Los demás casos de silencio no han sido considerados por el legislador de 1984 para que el mismo tenga algún valor.

Comenta Heinrich Lehmann,[67] que en el tráfico civil como en el mercantil el silencio se interpreta en principio como repulsión, como un «no». No existe algún uso mercantil en virtud del cual el silencio haya de considerarse en general como asentimiento.

¿Y cuándo el silencio (que es —precisamente— lo contrario a una voluntad declarada) tendría valor de manifestación de voluntad?

Pues únicamente en dos casos; a saber:

a) Cuando la ley le atribuye ese significado

En materia civil no es común que la ley otorgue significado al silencio, pero hay algunos casos importantes. Por ejemplo, el de la presunción de aceptación de herencia, regulado en el artículo 673, que establece que «La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República, o de seis, si se encuentra en el extranjero, y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa».

En este caso, al silencio del heredero se le considera como aceptación, es decir, se trata de un silencio positivo.

67 Lehmann, Heinrich. *Op. cit.*, p. 300.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El sentido opuesto, es decir, el considerar al silencio como negativo, se puede apreciar en el caso de la caducidad de la oferta (artículo 1385), cuyos tres supuestos van en ese mismo sentido:

> **Artículo 1385.-** La oferta caduca:
>
> 1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
> 2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.
> 3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente.

A pesar de que quien calla no haya tenido conciencia de que su silencio traía consigo una consecuencia equivalente a la expresión de una voluntad de negocio, su falta de conciencia o conocimiento de la ley no resulta relevante para los efectos del citado precepto, el mismo que hace que el silencio equivalga a una manifestación de voluntad.

b) Cuando el convenio le atribuye ese significado

La atribución de significado al silencio por convenio, sólo es posible si es que preexiste un acto jurídico en el que las propias partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, hubiesen previsto que el silencio de alguna de ellas, para ciertas situaciones previstas en su relación negocial, tendría alguna consecuencia o significado.

Pudiendo ocurrir que quien calla no hubiese estado consciente de las consecuencias de su silencio, el Código admite que este silencio sea considerado como manifestación de voluntad. Lo trata con tales efectos.

Las partes podrían haber pactado en un contrato, que el silencio de alguna de ellas tendría significado, por ejemplo, de aceptación o rechazo. En este caso se podría afirmar que existe concurrencia de la voluntad del negocio cuando el sujeto que calla conociera y hubiese sido consciente de que su conducta podría ser interpretada como expresión de una voluntad de negocio.

Sería el supuesto de un contrato de opción en el que se hubiese establecido que la persona que goza de la opción, si no manifiesta voluntad alguna hasta el

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

30 de enero de 2024, se entenderá que ha aceptado celebrar el contrato definitivo. Lo mismo ocurriría en caso se hubiera establecido lo contrario, es decir que, si no manifestaba voluntad alguna hasta esa fecha, se entenderá que no ejerció la opción. En la práctica jurídica esta última es la modalidad más recurrente.

Para concluir, debemos señalar que la claridad del artículo 142 es digna de elogio y esta norma se aleja de contemplar cualquier supuesto que pudiera generar dudas en torno al valor del silencio.

Por lo demás, el citado precepto ha venido funcionando de manera impecable todos estos años.

No obstante ello, ha habido propuestas de reforma sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[68] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para que el artículo 142 tuviera la siguiente redacción:

> **Artículo 142.-** El silencio
>
> El silencio es manifestación de voluntad solo cuando la ley, el convenio, los usos o las circunstancias del caso le atribuyen ese significado.

Como hemos estudiado, el actual artículo 142 establece que «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado».

Debemos subrayar que los proyectos de reforma del 2005 y 2006 no plantearon la modificación del artículo 142.

- La norma planteada por la comisión del 2019 señalaba que «El silencio es manifestación de voluntad solo cuando la ley, el convenio, los usos o las circunstancias del caso le atribuyen ese significado».

Manifestamos nuestro absoluto desacuerdo con la norma propuesta, dado que la amplitud de los extremos que se planteaba agregar al artículo 142, determinaba que existiera incertidumbre sobre los supuestos en los cuales el silencio implique o conlleve manifestación de voluntad.

Esto es contrario a la eficiencia y aumentaría los costos de transacción en diversos casos en los cuales, a pesar de no ser necesario, pero para que no quede duda alguna, una de las partes que negocia un contrato o que ya se encuentra en una determinada situación o relación jurídica, se vea en la

68 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 71-72.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

necesidad de expresar que su silencio no implica aceptación, a diferencia de lo que ocurre hoy, en donde el precepto en vigencia es muy claro, al establecer que el silencio no significa manifestación de voluntad alguna, salvo cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado, es decir, cuando nos encontremos ante supuestos donde resulte absolutamente clara la consecuencia que tendrá el guardar silencio.

La propuesta de artículo 142 era, sin duda, muy inferior en calidad a la norma en actual vigencia, razón por la cual en su momento expresamos que debería desestimarse.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Forma del acto jurídico

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título II
Forma del acto jurídico

I. Libertad de forma

Artículo 143.- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Habíamos comentado que se debía distinguir entre forma y formalidad. Mientras que la forma es sólo la manera de exteriorización de la voluntad para que sea recognoscible; la formalidad es una exigencia legal de validez de la forma de exteriorización de la voluntad, que resulta adicional a la forma de exteriorización de la voluntad. Así, en términos de Guillermo Lohmann,[69] podemos sostener que «toda declaración requiere de una forma externa que refleje la voluntad; pero no todo negocio reclama una formalidad».

De modo que cuando hablamos de la forma de los actos jurídicos, no estamos diciendo que el acto jurídico necesitará adicionar alguna formalidad para ser tal. Esto es erróneo. Lo que decimos es que el acto jurídico se expresará necesariamente, a través de cualquier forma como las mencionadas, salvo que estemos ante un silencio acordado o con efecto vinculante por ley. Y que, en ocasiones, la forma expresada requerirá de una estructura o rito específico, llamado formalidad.

Entonces, siguiendo las enseñanzas del maestro De la Puente con respecto a los contratos, diremos que todo acto jurídico tendrá una forma, lo que significa que la voluntad del celebrante o de los celebrantes será manifestada, ya sea ésta verbal, escrita, por escritura pública, por correo electrónico, por WhatsApp, por cualquier otro medio de comunicación electrónico, por teléfono, etc., pero no todos han de requerir una formalidad.

El enunciado contenido en el artículo 143, bajo comentario, es sencillamente claro y contiene la conocida regla general en materia de formalidad para la celebración de los actos jurídicos; a saber: rige la libertad de forma. Ello

69 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 102.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

equivale a decir que el o los interesados en celebrar un acto jurídico podrían manifestar su voluntad empleando cualquier formalidad.

Desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, el ordenamiento jurídico concede libertad a los individuos para hacer notoria la manifestación de su voluntad, empleando los medios y formalidades que estimen convenientes para probar la existencia de las voluntades manifestadas. Esta no es sino una de las funciones de las formalidades del acto jurídico.

Lohmann,[70] citando a autores como Lehmann, Puig Brutau, Gullón Ballesteros y Ghestin, señala algunas funciones de las formalidades, tales como:

a. Se constituyen en protección contra la precipitación de las declaraciones y garantizan madurez en las decisiones. Son una forma de separar los actos preparatorios o conversaciones preliminares, de la declaración y actos definitivos.

b. Facilitan la interpretación y ejecución del negocio, pues existe una manifestación sensible de la voluntad y del contenido completo.

c. Se reducen las dificultades probatorias, disminuyendo los litigios.

d. El negocio adquiere visibilidad ante terceros, por lo que en favor de ellos cumple una función de publicidad y seguridad.

e. La formalidad predeterminada obedece a la necesidad de incorporar el derecho en un documento que permita su circulación.

Somos del parecer de que una de las principales funciones de la formalidad, es que nos permite acreditar con precisión e integridad las voluntades de los intervinientes en el acto jurídico, sobre el que nos referiremos al comentar el artículo 144 del Código Civil. No obstante, reiteramos que la inobservancia de la formalidad no significará la ausencia de un elemento consustancial del acto jurídico, pues la regla es la libertad de forma; salvo que la propia ley o la voluntad de las partes hayan previsto una formalidad determinada.

De modo tal que la formalidad voluntaria contemplada en el artículo 143 del Código Civil prevé una libertad de forma o, en términos de Fernando Vidal,[71] como forma no prescrita, que por acto voluntario de las partes puede convertirse en forma prescrita de manera voluntaria, que es decidida por las partes en el momento mismo de la celebración del acto o previo a ella; dándole las partes una formalidad de prueba o una formalidad solemne.

70 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 103.

71 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, pp. 153-155.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*, la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 143, con el texto siguiente:

> **Artículo 143.-** Forma *ad probationem*
>
> 1. Cuando la ley no establece una formalidad o no la impone con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.
> 2. En tal caso las partes pueden compelerse recíprocamente a satisfacerla.

Como hemos estudiado, el artículo 143, en actual vigencia, establece que cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen más conveniente.

Esta norma recoge el principio general, que constituye regla en materia de contratación; y es que, en sede de contratos, la libertad de forma para celebrar estos actos jurídicos constituye la regla y la obligatoriedad de seguir una forma determinada, constituye la excepción.

Sin razón aparente, la comisión prescindió de lo establecido por la citada norma e intentó regular en un nuevo artículo 143 la formalidad *ad probationem*, que hoy está regulada en el artículo 144, precepto que, de manera equivocada, era colocado en el anteproyecto, bajo la sumilla de «Forma *ad probationem* y *ad solemnitatem*», cuando en realidad el 144 en actual vigencia sólo se refiere a la formalidad *ad probationem*, a pesar de la equivocada sumilla contenida en el Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

La propuesta de artículo 143 llevaba la sumilla de «forma *ad probationem*», pero en realidad no se refería al supuesto *ad probationem*, sino intentaba regular casos de libertad de forma, razón por la cual resultaba claro que la comisión confundía estos conceptos.

En el inciso 1 del proyectado artículo 143 se señalaba que «Cuando la ley no establece una formalidad o no la impone con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente».

Éste era un supuesto de libertad de forma y no de un contrato con formalidad *ad probationem*, el mismo que se presentaría cuando la ley imponga una forma y no sancione con nulidad su inobservancia, y constituya tal formalidad sólo un medio de prueba de la existencia del acto; ello, tal como se señala de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

manera acertada en el actual artículo 144 y se desnaturalizaba en el proyectado inciso 1 del artículo 143.

Esta proyectada norma era complementada con un inciso 2, que establecía que, en tal caso, las partes pueden compelerse recíprocamente a satisfacer la formalidad que ellas hayan juzgado conveniente para la celebración del acto.

Insistimos en decir que los dos incisos del propuesto artículo 143 sólo trataban acerca de la libertad de forma para celebrar los contratos, ya que el carácter *ad probationem* tendría que haber sido establecido por la ley (como ocurre con el texto del actual artículo 144) y no con el proyectado texto del artículo 143.

Por lo demás, no veíamos necesidad alguna para que en el Código se tuviera que repetir en el libro de acto jurídico una norma como la que hoy se establece en el artículo 1412 del Código Civil, para el caso de actos que no tienen formalidad *ad solemnitatem* y la posibilidad de que las partes se puedan compeler recíprocamente a cumplir la formalidad requerida.

Siempre se entendió que la norma de contratos también resultaba aplicable a la generalidad de actos jurídicos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II. Formalidad *ad probationem*

Artículo 144.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

Como ya hemos señalado, al comentar inciso 3 del artículo 140, respecto de la observancia obligatoria de la formalidad, corresponde expresar que la formalidad constitutiva es un elemento esencial del acto jurídico y su omisión priva al acto de la validez; por más que exista consentimiento inequívoco de su contenido. Por lo tanto, las formalidades cuya inobservancia tenga asociada la nulidad, son insustituibles y no podrán ser subsanadas o sustituidas.

El artículo 144 del Código Civil regula los actos con formalidad *ad probationem*, esto es con una formalidad que no tiene la rigidez que normalmente sirve para documentar las declaraciones de voluntad. En consecuencia, cuando el legislador quiera que el incumplimiento de la forma conlleve a la nulidad del acto jurídico, deberá sancionar con nulidad su inobservancia. Caso contrario, la forma sólo servirá para probar la existencia del acto.

Entonces, cuando la ley no imponga una formalidad obligatoria que conlleve a la nulidad, estaremos hablando de una formalidad que sirve como prueba del acto. La forma probatoria del acto no se constituye como un requisito, pudiendo prescindirse de la misma sin que se afecte la validez y eficacia del acto. En ese sentido, cuando la norma exija una formalidad para los actos sin sancionar su inobservancia con nulidad, podremos sostener que estamos ante formalidades *ad probationem*, que han de servir como prueba de la existencia y contenido del acto celebrado, pero que no constituyen un requisito para su existencia y validez.

Cierto es que tenemos casos en los que la ley no sanciona con nulidad la inobservancia de una formalidad. En principio, sostenemos que tales formalidades son probatorias y su inobservancia no invalida el acto, en tanto no son requisitos de validez. Al respecto suscribimos plenamente el análisis expuesto por Aníbal Torres[72] respecto de que, en estos casos, el documento de prueba que demanda la ley tiene por finalidad facilitar la existencia o contenido del

72 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 392.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

acto que se presupone celebrado y perfeccionado por la sola manifestación de la voluntad de las partes. En ese sentido, el documento cumplirá una función probatoria de la existencia y del contenido de las declaraciones.

Pero no podemos dejar de referirnos a que es ampliamente aceptado en la doctrina que, en ciertos casos, pese a que la nulidad no está expresamente dispuesta por ley, la forma exigida por la norma es un requisito para su validez. Por ejemplo, el testamento, acto jurídico solemne por excelencia cuya validez está supeditada a los requisitos de forma exigidos por ley.

Así, tendremos actos en los que la necesidad de publicidad de las transacciones y la tutela de la confianza, por un tema de seguridad jurídica harán que las formalidades impuestas por ley sean solemnes y, por tanto, constitutivas del acto.

Corresponde también distinguir cuando la ley no ha dispuesto una formalidad para el acto jurídico y las partes pueden disponer de ella en uso de la autonomía de su voluntad. ¿Ante qué tipo de formalidad estaremos en estos casos? En tales supuestos podremos encontrar formalidades probatorias o formalidades solemnes. Como señala Aníbal Torres, cuando las partes no hayan acordado si la forma convencional es *ad probationen* o *ad solemnitatem*, el artículo 1411 establece la presunción de solemnidad, al prescribir: «Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad».

Si bien el artículo 144 del Código Civil no se ocupa de los actos jurídicos solemnes, estos sí existen. En ese sentido, hacemos de aplicación, *mutatis mutandis*, lo señalado por el artículo 1411 del Código Civil, en lo que respecta a la parte general de los contratos antes mencionada. En estos casos, se tratará de actos o contratos solemnes. Ello significa que, si el acto jurídico o contrato no se expresa a través de esa formalidad, entonces, el acto o contrato será nulo. Así de simple. En estos supuestos hablamos de un acuerdo previo de formalidad para el futuro acto a celebrarse.

Aunque reconocemos que estas situaciones son pocos frecuentes, como bien señala Torres Vásquez,[73] no son impensables. En tales supuestos, además, al no existir el acto jurídico o contrato, será evidente que las partes no podrán compelerse al otorgamiento de la formalidad.

Caso distinto es el regulado en el artículo 1412 del Código Civil, cuando establece lo siguiente:

73 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 409.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

> **Artículo 1412.-** Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.
>
> La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.[74]

Aquí, como es obvio, el acto o contrato no tendría formalidad solemne. La formalidad será cualquiera; la que prefieran las partes. La posibilidad de exigir judicialmente el otorgamiento de una formalidad más estricta, se basará en el hecho de que el acto o contrato celebrado es válido y la formalidad cuyo cumplimiento se requiere, habrá sido pactada por las partes como un paso adicional luego de la celebración del acto o contrato; y, además, ella será necesaria para determinados efectos. Como sería el caso del otorgamiento de la escritura pública en el contrato de compraventa, como paso previo y necesario para poder inscribir el contrato en Registros Públicos.

En cambio, en la donación de un inmueble (artículo 1625), no podrá exigirse judicialmente el otorgamiento de escritura pública, en la medida de que hasta que se haya suscrito dicha escritura por donante y donatario, simplemente, no habrá contrato alguno.

Hasta aquí, entonces, podemos concluir en que la regla es que cualquier manifestación de voluntad inequívoca sea suficiente y, por excepción, el Derecho exigirá una solemnidad a la misma, para entender que ésta existe válidamente. En efecto, cuando la forma se halla establecida como un elemento constitutivo del acto, el mismo no se celebrará sino hasta cuando la manifestación de voluntad esté rodeada de la solemnidad exigida por ley; y cualquier otra forma conllevará a la nulidad. Para aquellos casos en los que la norma no sancione con nulidad su inobservancia, la forma del acto que decidan las partes será inicialmente sólo un medio de prueba, pudiendo ésta constituirse en solemne si es pactada previamente o si la norma exige la misma para actos en los que su relevancia y seguridad jurídica sean superiores a los propios intereses de las partes.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra

74 El segundo párrafo fue agregado por la primera disposición modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por la Resolución Ministerial n.° 010-93-JUS, publicada el 22 de abril de 1993.

ESTUDIO MARIO CASTRO FREYRE

Tentaciones académicas 2,[75] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 144, con el texto siguiente:

> **Artículo 144.-** Unidad de la forma.
>
> La regulación, modificación, determinación o extinción de un acto serán eficaces solo si revisten la misma forma observada para este, salvo disposición legal diferente o pacto distinto o en contrario.

Como hemos estudiado, el actual artículo 144 establece el caso de la formalidad *ad probationem* (y no *ad probationen* y *ad solemnitatem*, como equivocadamente se suele decir.

El grupo de trabajo intentó regular en un nuevo artículo 144 lo que denominaba como «unidad de la forma», señalando que «La regulación, modificación o extinción de un acto serán eficaces sólo si revisten la misma forma observada para este, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario».

Además, lo establecido en el proyecto era inútil, pues la exposición de motivos señalaba que, si se infringiere lo ahí dispuesto, los actos serán ineficaces.

Pero el problema no está en la validez del acto jurídico inicial; el problema radica en la validez de los actos regulatorios, modificatorios, determinantes o extintivos, los mismos que deberían sancionarse con nulidad, pues nada se gana señalando que carecen de eficacia, pero entendiéndose que sí revisten validez (argumento del segundo párrafo de la exposición de motivos del proyecto de la comisión del 2019, sobre el artículo 144).

Además de los graves defectos señalados, no creemos que este artículo hubiera resultado necesario, pues hubiere bastado, si hubiese alguna duda, con precisar en el artículo 1413, relativo a la forma del contrato, que el mismo no sólo se aplica a las modificaciones del contrato original, sino a los actos regulatorios o extintivos.

Además, era la oportunidad precisa para establecer algo específico en relación a la validez de los actos que infringieran lo establecido en el artículo 1413. En lo personal, hubiésemos optado por considerarlos nulos y así zanjar cualquier duda al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

75 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 73-74.

Título III
Representación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título III
Representación

I. Nociones preliminares

Se dice que el negocio de apoderamiento es un negocio unilateral, recepticio, típico y autónomo, donde la voluntad relevante es la del representado que ha de otorgar legitimación a su representante para que ejecute actos que afecten directamente su esfera jurídica, es decir, para ejecutar actos jurídicos en interés y en nombre de su representado.

Para esto se requiere que el representado dirija su comunicación al representante, a efectos de que este último tome conocimiento del contenido de la voluntad del representado, sin que para ello se exija un acto negocial previo o preexistente entre las partes. Esta comunicación, como acto recepticio, no desmerece ni perjudica la unilateralidad del acto jurídico de representación; en tanto el mismo quedará celebrado con la sola manifestación de voluntad de quien quiere ser representado, pudiendo el representante ejercer o no las facultades conferidas en el acto de representación.

Pero no debe perderse de vista que existen actos de representación bilaterales, como el caso del poder irrevocable, en donde hay un convenio por interés común entre el representado y el representante. Unilateral o bilateral, mediante el acto jurídico de representación se generará la legitimación para que un tercero pueda, en virtud de las facultades taxativas otorgadas, alterar la esfera jurídica del apoderado.

Como afirma Stolfi,[76] la representación implica la sustitución de la voluntad de una persona por la de otra en la constitución o formación del acto jurídico. Pero porque el representante, además de declarar su propia voluntad, especifica que lo hace por cuenta de otro y porque los efectos del acto se verifican inmediata y exclusivamente con respecto al otro.

Nótese aquí que la voluntad del representante no queda anulada ni sometida a la voluntad del representado; es decir, no es sólo un mensajero del interesado

76 Citado por Idrogo Delgado, Teófilo. *Teoría del acto jurídico*. Editorial Marsol. Lima, 1993, p. 52.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en la celebración del acto jurídico. En la representación, el representante actúa con voz propia, pero siempre en interés del representado.

En el acto jurídico de la representación se determina que el representante actúe como un representante directo o como un representante indirecto y tal representación puede tener su origen en la voluntad de las partes o en la ley. Ello será analizado con ocasión del estudio del artículo 145 del Código Civil.

No obstante, antes de referirnos al origen de la representación, estimamos importante ocuparnos del contrato de mandato, al cual se le puede sumar una relación de representación, sin que se pierda la principal diferencia entre estas figuras; a saber, que mientras el acto de representación es un acto jurídico unilateral, el mandato requiere bilateralidad.

El artículo 1806 del Código Civil establece el concepto y la normativa aplicable al mandato con representación.

Veamos:

> **Artículo 1806.-** Si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al mandato las normas del título III del Libro II.
>
> En este caso, el mandatario debe actuar en nombre del mandante.

El mandato con representación es el más común de los mandatos. Ello es así, dada la utilidad que brinda, en la medida en que, al haber representación, el mandatario no sólo es mandatario, sino también apoderado del mandante, quien, a su vez, es poderdante.

- La ventaja radica en que los actos jurídicos que celebre determinarán que se considere como que han sido celebrados personalmente por el propio mandante y ellos, apenas sean celebrados, repercuten en su esfera jurídica.

Es por esto por lo que el segundo párrafo del artículo 1806 establece que, en el mandato con representación, el mandatario debe actuar en nombre del mandante. Eso equivale a decir que cuando vaya a celebrar cualquier acto jurídico o contrato con un tercero, deba decirle previamente, que ese acto no será celebrado por él, sino que actuará por su representado y que, por tanto, dado el poder en virtud del cual actúa, entonces, dicho acto repercutiría de inmediato no en la esfera jurídica del mandatario, sino en la del mandante.

Además, esa advertencia previa resultará indispensable para que pueda informar y acreditar a su contraparte los alcances del poder en virtud del cual actúa y la documentación que da sustento al mismo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el caso del mandato sin representación, dado que el mandatario actúa a nombre propio, todos los actos que celebre con terceros únicamente repercutirán en su propia esfera jurídica. Como el mandato es sin representación, los actos que celebra el mandatario vinculan directamente a éste y se constituyen en el primer negocio donde los efectos jurídicos recaerán en la parte formal del negocio; es decir en el mandatario. Luego, deberá verificarse un segundo negocio jurídico para que el mandatario traslade ese beneficio al mandante. En el mandato sin representación se advierte la concurrencia de dos negocios causalmente vinculados: uno que realiza el mandatario con los terceros, donde los derechos y obligaciones son adquiridos por el mandatario; y un segundo negocio jurídico traslativo de estos efectos jurídicos, a ser celebrado entre el mandatario y el mandante. A este tipo de negocio la doctrina lo ha denominado como representación indirecta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II. Origen de la representación

Artículo 145.- El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley.

La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley.

El artículo 145 recoge una clasificación respecto de los tipos de representación según su origen; a saber, la representación voluntaria y la representación legal; siendo que la primera puede, además, clasificarse en representación directa y representación indirecta.

1. Representación voluntaria

Nace de la voluntad del propio representado, el mismo que ha de ser un agente con capacidad de goce y de ejercicio (o, tal vez, capacidad plena, dentro de los alcances del Decreto Legislativo n.° 1384) y que ha de manifestar su voluntad unilateral otorgando a un tercero el poder de celebrar actos jurídicos en su nombre. Para que este tercero pueda ejercer su representación es claro que deberá recibir la manifestación de voluntad del representado. Por ello se afirma que el acto de representación es unilateral y recepticio.

Asimismo, como señala Vidal, la representación supone un doble efecto: El primero, con respecto al representado, que declara y acepta como propias las consecuencias jurídicas del acto que celebra su representante. Y, un segundo efecto, con respecto al tercero contratante, quien tiene conocimiento de que el acto celebrado con el representante es en interés del representado.[77]

De modo que en la representación voluntaria se tiene que el sujeto, de manera libre y en ejercicio de la autonomía de su voluntad, elige a su representante dotándolo de facultades suficientes para que actúe y celebre actos jurídicos en su nombre; definiendo las facultades que le otorgará, así como los límites de tiempo y contenido.

77 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 163.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1.1. Representación directa o propia

La representación directa es aquélla en la cual el representante obra por cuenta de su representado, en nombre y en interés del mismo; asumiendo este último las situaciones jurídicas subjetivas que se deriven de la celebración del acto jurídico realizado por su representante.

Lehmann[78] sostiene que el obrar en nombre ajeno se denomina en derecho común representación directa, inmediata, porque los efectos del negocio jurídico recaen directamente sobre la persona del representado, en caso de que el representante tenga poder y actúe dentro de los límites del mismo.

Al respecto, Vidal[79] señala que la representación directa es considerada por la doctrina como la verdadera representación, porque cumple con el requisito esencial que consiste en que el representante actúe en nombre del representado.

1.2. Representación indirecta, mediata o impropia

Aun cuando no se encuentre expresamente regulada en el título III del libro de acto jurídico, la doctrina aborda a la representación indirecta como un tipo de representación. Un sector cuestiona si la representación indirecta es propiamente una representación; ello, en tanto los actos celebrados por el representante carecerían de una eficacia directa en el representado.

En ese orden de ideas, para que el representado pueda adquirir la situación jurídica derivada de los actos celebrados por su representante indirecto, se requerirá que el «representante» le transfiera dichos efectos en virtud de otro acto. Pero no debemos perder de vista que, aun en este supuesto, el representante indirecto seguirá actuando en interés y por cuenta de su representado.

En este tipo de representación se dan tres actos sucesivos:[80]

- Entre el representante y el representado, cuando aquél recibe el encargo de actuar por cuenta de éste.
- Entre el representante y el tercero, acto en el cual es ajeno el representado.
- Entre el representante y el representado, por el cual éste recibe de aquél lo que adquirió por su cuenta.

78 Lehmann, Heinrich. *Op. cit.*, p. 40.
79 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 311.
80 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 271.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Estando a sus características, es claro que la representación indirecta sólo puede ser voluntaria.

2. Representación legal

Este tipo de representación tiene como origen la ley. Enseña Fernando Vidal[81] que la representación legal o necesaria se basa en la función de protección del ordenamiento jurídico respecto de los derechos subjetivos de las personas naturales o jurídicas, que, por carecer de capacidad de ejercicio o por encontrase en una situación de hecho determinada, requieren de la cautela legal de sus intereses.

Por lo tanto, si la ley ha de fijar las situaciones de representación, deberá también regular el alcance y los límites de tiempo de esta representación legal.

A diferencia de lo que ocurre con la representación voluntaria en la que el poderdante tiene la facultad de revocar el poder según sus propios intereses y en cualquier momento, en la representación legal el poder concedido por ley tendrá carácter renunciable no esperándose que sea el representado quien revoque las facultades porque —en algunos casos como los representantes de los que tienen capacidad de ejercicio limitada— quizá nunca podría hacerlo. Ello, como señala el propio Vidal, no merma la posibilidad de que el representante sea removido del cargo a solicitud de quienes tengan legítimo interés en que ello ocurra.

Anotado esto, podemos citar algunos ejemplos típicos de representación legal, tales como la patria potestad, la tutela y la curatela.

Habiendo expuesto cómo puede originarse la representación, queda claro que ésta se adquiere por el denominado acto de apoderamiento, que es un acto unilateral. Para otorgar poder a alguien, el futuro representado podrá hacerlo él solo, incluso sin la participación ni conocimiento de su futuro representante. El problema, claro está, va a surgir en la medida de que, si el representante no está informado y, por tanto, no está de acuerdo en que se le nombre como tal, podrá ocurrir que no desee serlo y jamás ejerza el poder. Se puede otorgar poder de manera unilateral, pero si así fuese, no se podría obligar a quien hubiese sido designado representante, a ejercer el poder.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

81 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 293.

III. Representación conyugal

Artículo 146.- Se permite la representación entre cónyuges.

Cuando una pareja contrae matrimonio, en principio, salvo pacto previo en contrario, lo hace bajo la modalidad patrimonial de sociedad de gananciales. Así, con el matrimonio se constituye una entelequia (sociedad de gananciales), en virtud de la cual, *grosso modo* y salvo las excepciones de ley, los bienes que los cónyuges adquieran durante la vigencia del matrimonio tendrán la condición de bienes comunes. Esto, naturalmente, no se presentaría en caso los cónyuges hubieren contraído matrimonio por el régimen de separación de patrimonios.

Empezamos señalando estas consideraciones, pues para el caso de la sociedad conyugal el artículo 292 del Código Civil ha dispuesto expresamente que cuando se está en una sociedad de gananciales cualquiera de los cónyuges puede otorgar poder al otro para que ejerza la representación de manera total o parcial; es decir, ya regula la representación entre cónyuges. En cambio, esta situación no se presenta en el caso del matrimonio con régimen de separación de patrimonios. Así, el artículo 146 del Código Civil permite siempre que la representación voluntaria entre cónyuges.

De modo que esta norma rige sea cual fuere el régimen matrimonial. Además, como sabemos, los poderes no necesariamente tienen que versar sobre temas de índole patrimonial, pues también podrían concernir sobre temas relativos a los hijos, como sería el caso de un permiso de viaje al extranjero, a cuyo efecto el cónyuge que se encuentre en el Perú haya recibido poder del otro que viajó hace tiempo, a efectos de que decida por los dos y así lo haga constar en el poder notarial que deben otorgar para el viaje del menor; por lo que su regulación —sin distinción del régimen de sociedad de gananciales— resulta relevante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IV. Pluralidad de representantes

Artículo 147.- Cuando son varios los representantes se presume que lo son indistintamente, salvo que expresamente se establezca que actuarán conjunta o sucesivamente o que estén específicamente designados para practicar actos diferentes.

Cuando se nombre más de un representante para los mismos encargos, nos hallaremos en presencia de una pluralidad de representantes. Para estos efectos, la regla será que el alcance del poder y sus términos son los mismos para todos.

El artículo bajo comentario presenta cuatro situaciones:

a) Actuación indistinta

Este supuesto parte de la idea de que estamos ante una pluralidad de representantes y las facultades otorgadas serán coexistentes. Es decir, tendremos a más de una persona con las mismas facultades que otras respecto de un mismo sujeto (representado), un mismo bien, un mismo objeto. Aquí el Derecho entiende, como regla, que todos los apoderados pueden actuar de manera autónoma respecto del otro apoderado, en tanto no hay una limitación expresa en el acto de apoderamiento.

Claramente, en estas situaciones se avizora un riesgo de actuaciones duplicadas o actuaciones contradictorias.

Por ello, es importante que se administre correctamente las facultades conferidas o se delimite con precisión las actuaciones de los apoderados.

b) Representación conjunta

El artículo nos llama a que la actuación conjunta debe ser instruida expresamente por el poderdante; de lo contrario, estaremos ante actuaciones individuales e indistintas. Así, el poderdante especificará si se trata de un poder para ejercer funciones conjuntamente o si los representantes son alternativos. En el primer caso, todos los apoderados deben concurrir en la celebración del acto jurídico para que éste tenga validez; en el segundo caso, bastará con la actuación de cualquiera de ellos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Lo que hace el artículo 147 es establecer la presunción de que lo son indistintamente, es decir, que su actuación será alternativa. Estamos de acuerdo con la presunción. Ello, en la medida de que la solución del Código facilita el ejercicio de la representación.

Esta presunción es *iuris tantum*, vale decir, a menos que en el poder se establezca lo contrario.

c) Representación sucesiva

El artículo 147 presupone que cuando para una misma labor se tiene varios representantes, cualquiera de ellos puede ejercer tal facultad sin un orden específico de prelación en la actuación. Esta presunción, también *iuris tantum*, puede romperse si el poderdante establece que la actuación de sus apoderados será sucesiva; es decir, que se señale que actuarán uno tras otro.

d) Representación para actos diferentes

Decíamos que la literalidad del texto en el negocio de apoderamiento era fundamental para efectos de la legitimidad. Así, en el supuesto de que el poderdante otorgue, en un mismo acto o en distintos actos, a más de una persona las mismas facultades y poderes, se entenderá que éstos pueden ejercer todas y cada una de las facultades conferidas; salvo que el propio poderdante haya limitado su actuación para situaciones diferentes o actuaciones diferentes. Por lo tanto, para evitar colisiones en el ejercicio de las facultades, el poderdante podrá otorgar a sus representantes facultades distintas para su actuación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

V. Responsabilidad solidaria de los representantes

Artículo 148.- Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común.

El artículo citado parte del supuesto en que:

a. Exista más de un representante, sin precisar si estos representantes son los que actúan de manera conjunta, de manera sucesiva, o independiente.

b. Todos ellos hubiesen sido designados como tales por acto único, confundiendo el acto con el documento. Como ya hemos mencionado en nuestros comentarios al artículo anterior, se puede tener más de un representante para un mismo acto, nombrado en dos oportunidades y a través de actos jurídicos distintos e independientes.

c. Se trate de un objeto de interés común. Entendemos que se refiere a un mismo objeto, comprendido éste como propósito; como intención de resultado pretendido en conjunto. No entendemos que el interés sea común tanto para el representado como para los representantes.

d. Señala que en estos casos los representantes serán solidariamente responsables.

Siendo que la solidaridad de los representantes se ha establecido para facilitar al representado el cobro de una indemnización por los daños y perjuicios que ocasionen al apoderado por su actuación conjunta, no tiene sentido alguno que se obligue a indemnizar o a reparar el daño a un representante que no ha tenido participación alguna.

De modo que, sobre este artículo estimamos importante delimitar que su aplicación deberá ser para el caso en que los mandatarios con poder hayan sido contratados para actuar de manera conjunta, pues no tendría sentido alguno que la responsabilidad solidaria se aplique cuando la representación es sucesiva o indistinta y, por ende, cuando los representantes hayan actuado de manera independiente uno del otro. Esto, pues el obligado a responder por el daño causado es quien ha participado o intervenido en los actos que generan responsabilidad. Así, queda claro que la solidaridad entre los representantes

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sólo existirá en la representación conjunta, mas no en la indistinta, en tanto sea para actos diferentes y los representantes no hayan participado de la decisión causante del daño.

En este punto cabe recordar que los representantes —como ya hemos señalado—, por el solo hecho de serlo, podrían no estar enterados de la existencia del poder. Es más, podrían no estar de acuerdo con las facultades otorgadas e, incluso, con todo derecho, podrían negarse a ejercer el poder conferido. Lo único que podría obligarlos es si hubieran celebrado con el poderdante, un contrato de mandato. El poder, como acto unilateral, por sí solo, no obliga al apoderado. Por lo que no resulta conforme a Derecho que un apoderado asuma responsabilidad alguna por actos en los que no participó.

De modo que, entendemos —aunque el texto de la norma no lo diga con esa claridad— que la solidaridad actuará sólo cuando los representantes son conjuntos, ya que en tal caso el acto de voluntad es manifestado por la pluralidad de los representantes. Resulta discutible que siendo solidaria la responsabilidad por la actuación conjunta de los representantes, se pretenda entender que ésta afectará a quienes no han participado del acto causante del daño.

En ese sentido, cabe recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*[82] planteamos la idea de que el artículo 148 especificase que el mismo se aplicaba para el caso de la representación conjunta.

Aníbal Torres señala que no se justifica que se exija que la representación conjunta se haya otorgado «por acto único», cuando nada obsta para que los representantes conjuntos actúen como tales, pese a haber sido designados en actos jurídicos independientes. El único supuesto de este extremo en el que debería entenderse la exigencia del «acto único» debería ser, según Torres,[83] que los representantes hayan actuado de manera conjunta en un solo acto; situación que es perfectamente factible de verificarse en la realidad; es decir, que los representantes conjuntos, nombrados en dos o más actos distintos, puedan ejercer una facultad de manera conjunta.

Por lo demás, el poderdante puede dispensar a sus representados de la solidaridad.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones*

82 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998, tomo I, pp. 297 y 298.

83 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 459.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

académicas 2,[84] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 148, con el texto siguiente:

> **Artículo 148.-** Responsabilidad de representantes conjuntos
>
> En la representación conjunta, los representantes son solidariamente responsables frente al representado.

Según señalaba la exposición de motivos de la comisión del 2019: «En este caso el Grupo coincide con la Comisión que, en el año 2006, propuso la modificación de este artículo, en cuanto a su justificativo *(sic)*. En dicho momento se indicó que el cambio propuesto obedece a tres razones.— La primera, que el texto actual establece la solidaridad cuando sean «dos o más los representantes», lo que constituye un error, pues al no precisar el tipo de vinculación entre representantes, establece que, inclusive, cuando la representación es sucesiva e indistinta, y por ende los representantes actúan independientemente uno de otro, se aplica la solidaridad. La modificación propone que la solidaridad solamente se justifica cuando los representantes son conjuntos, ya que en tal caso el acto de voluntad es querido por la pluralidad de los representantes.— La segunda razón es porque no se justifica que el actual requisito de la representación conjunta se haya otorgado por acto único, pues los representantes conjuntos pueden haber sido designados en actos separados.— La tercera razón es porque el requisito de interés común es innecesario. El interés que se debe tutelar es el del representado».

Pero, el grupo de trabajo no sólo coincidió con el proyecto del año 2006, sino también con el proyecto del año 2005, que proponía exactamente lo mismo.

Como hemos estudiado, el artículo 148 en actual vigencia señala que «Si son dos o más los representantes, éstos quedan obligados solidariamente frente al representado, siempre que el poder se haya otorgado por acto único y para un objeto de interés común».

Como dijimos en Por qué no se debe reformar el Código Civil[85] y en *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso*,[86] la lógica de esta norma se basa en la consideración de que los diversos representantes hayan sido consignados

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

84 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 74-76.

85 Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil.* Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2007, pp. 271-273.

86 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 150-152.

como tales a través de un mismo acto de apoderamiento y para un objeto de interés común.

Es decir, el presupuesto base de la norma de 1984 es que los diversos representantes hayan sido designados conjuntamente como tales. Decimos esto, habida cuenta de que la pluralidad de representantes es una figura que no sólo puede surgir a través de un poder otorgado en un mismo acto de apoderamiento a varios representantes, ya que es posible que los diversos representantes hayan sido designados como tales a través de diversos actos de apoderamiento independientes.

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

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

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

Y es, precisamente, en razón de estas consideraciones, que el artículo 148 del Código Civil de 1984 establece la solidaridad de los representantes, siempre y cuando éstos hayan sido designados por un poder común.

No obstante dicha claridad, la comisión del 2019 se empeñó en desnaturalizar la norma, estableciendo responsabilidad solidaria para todos los casos de representación conjunta, es decir para aquella representación conjunta de los representantes designados por un poder común (donde sí es pertinente la solidaridad) y para aquella representación conjunta de los representantes designados por poderes independientes, pero con la instrucción de que actúen conjuntamente, cuando es evidente que en este último caso de representación

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

no procede responsabilidad solidaria alguna, en la medida de que resultaría tremendamente injusto asignar solidaridad a cada uno de los representantes, cuando ninguno de ellos habría sido designado como tal conjuntamente con otro u otros, habiendo sido designados representantes en actos de apoderamiento individuales, razón por la cual —precisamente— su responsabilidad civil debe ser estrictamente individual.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VI. Revocación del poder

Artículo 149.- El poder puede ser revocado en cualquier momento.

El tema de la revocación del poder se encuentra regulado en el artículo 149 del Código Civil, norma que reconoce al poderdante el derecho potestativo de revocar las facultades otorgadas al representante en virtud del negocio de apoderamiento.

No olvidemos que el acto de apoderamiento es unilateral. En ese sentido, el mismo podría ser revocado por el poderdante, en el momento que lo considere conveniente, pudiendo ser ésta una revocación expresa o una revocación tácita.

Sin duda, se sugiere que sea puesto en conocimiento del exrepresentante a la brevedad posible, a efectos de que no continúe ejerciendo un poder que ya no tiene. Sobre esto volveremos más adelante.

En caso se tratase de un mandato con representación otorgado a plazo indeterminado, el mandante apoderado podrá ponerle fin en cualquier momento, comunicando esta decisión al mandatario representante. Si el mandato hubiese sido otorgado a plazo fijo, el mandante no podrá revocar el mandato de modo unilateral, por tratarse de un contrato; pero sí podría revocar unilateralmente el poder otorgado. De modo que el mandatario seguiría siendo tal, pero habría dejado de ser su representante.

Así pues, la revocación es causa de extinción del negocio de apoderamiento y puede operar de manera total o parcial en caso de que el poderdante decida disminuir las facultades otorgadas inicialmente. Al respecto, el maestro Vidal[87] señala que el fundamento de la revocación es la pérdida de la confianza. Sobre esto, advertimos que nada dice el Código Civil; y, siendo el acto uno potestativo, no requerirá de justificación alguna; al ser este acto unilateral y receptício, pues —como ya hemos señalado— deberá comunicarse al representante a efectos de que no pretenda concluir actos jurídicos con un poder que ya no posee y que tornaría a los actos en ineficaces para el antiguo representado.

87 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 351.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VII. Revocación de poder de una pluralidad de representados

Artículo 150.- La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.

El artículo 150 del Código Civil regula el supuesto en que exista pluralidad de representados. Establece la norma que, si fuesen varios los representados y el poder hubiese sido otorgado para un objeto de interés común, entonces la revocación del poder produce efecto solamente si es realizada por todos los representados.

De modo que, si son varios los representados y existe un interés común entre ellos, ninguno de ellos podrá revocar el acto de representación sin el consentimiento de los demás, pues estamos ante un acto plurilateral en donde el interés por el que se otorgó el poder era común a todos los representados. En este escenario, el Derecho entiende que hay un acuerdo entre los representados, al que le concede fuerza contractual.

Si no hubiese un interés común entre los representados, entonces cada apoderado podría revocar su poder; de lo contrario, la voluntad de todos los representados deberá ser concurrente para la revocación.

- Corresponde precisar que ésta es una norma dispositiva, por lo que resulta viable pactar en contrario.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[88] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 150, con el texto siguiente:

Artículo 150.- Representación común

La revocación del poder otorgado por varios representados para una finalidad que es de interés común entre ellos produce efecto solamente si es realizada por todos, salvo disposición distinta de estos.

88 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 76-77.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como hemos estudiado, el artículo 150 en actual vigencia señala que «La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos».

La norma que en el 2019 proponía el grupo de trabajo, tenía su antecedente remoto en el anteproyecto del año 2005 y su antecedente directo en el anteproyecto del 2006, que planteaba una norma idéntica a la que planteaba el grupo de trabajo en el año 2019.

En el año 2006[89] la comisión de entonces decidió modificar la enmienda que planteó en el anteproyecto de marzo de 2005 y que representaba una modificación prácticamente total del artículo vigente. En el 2006 y en el 2019, las respectivas comisiones optaron por resaltar las características que la interpretación de la norma ya impone. Así, procedían a cambiar la expresión «un objeto» por otra que, en efecto, podría entenderse como más apropiada, esto es, «para una finalidad», subrayando, además, que la finalidad es de interés común para los representados.

Como acabamos de señalar, estos dos cambios no podían calificarse como necesarios, en la medida de que, en realidad, es así como actualmente se lee e interpreta la norma.

En todo caso, la modificación sustancial que se sugería, se encontraba en la posibilidad de las partes de pactar algo distinto a lo dispuesto en la norma, esto es, en la posibilidad de que las partes acuerden que para que la revocación surta efecto, no resulte necesario que sea realizada por todos.

La solución propuesta por la Comisión no era, en nuestra opinión, ni necesaria, ni apropiada.

Nos explicamos.

En el artículo 150 del Código Civil se pone en evidencia que el Código Civil de 1984 ha adoptado determinados conceptos tradicionales en torno a la revocación del poder, poniendo algunas trabas o requisitos para que opere dicha revocación.

En tal sentido, en junio de 1998, en *Tentaciones académicas*[90] manifestamos nuestro parecer en el sentido de que el artículo 150 podría ser derogado,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

89 Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 273-275.

90 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 298.

en razón de que al ser unilateral el carácter del acto de apoderamiento, debería revestir igual condición la revocatoria del mismo, en cualquier circunstancia.

En razón de ello manifestábamos que el caso planteado por el artículo 150 del Código Civil de 1984, nos parecía ilógico, porque por más de que el poder haya sido otorgado por varias personas (representados) para un objeto de interés común, no será necesario que todos ellos lo revoquen para que el mismo quede revocado. Bastará que lo revoque alguien para que ese antiguo representado deje de tener representantes, y para que el representante continúe representando únicamente a los demás que no le hubieran revocado el poder.

Señalábamos en ese entonces que el actual artículo 150 del Código Civil olvida el carácter unilateral del acto de apoderamiento y la norma está pensada más en función de un mandato que de un poder.

Es en razón de estas consideraciones que estimamos que la comisión nada solucionaba con la norma propuesta, en tanto, más allá del «salvo disposición distinta» que se planteaba agregar al final del precepto, su rigidez era evidente. Si bien pretendía atenuar la rigidez actual del artículo 150, se quedaba a medio camino, pues a pesar de admitir la revocación por parte de algunos poderdantes, seguía poniendo trabas a la revocación del poder y a su eficacia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VIII. Designación de nuevo representante

Artículo 151.- La designación de nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por parte del representado, importa la revocación del poder anterior. Ésta produce efecto desde que se le comunica al primer representante.

El artículo 151 del Código Civil se ocupa de regular el supuesto en que el poderdante designe un nuevo representante para el mismo acto o la ejecución de éste por el representado.

En principio, es perfectamente posible que después de haber otorgado poder a una persona, el poderdante otorgue poder a otra u otras, con lo cual los demás poderes tendrían plena validez y podrían coexistir con el primero, en la medida de que tengan objetos fundamentalmente distintos, a pesar de que pudieran sobreponer facultades en algunos temas accesorios.

Pero el Código se coloca en el supuesto en el cual el poder o los poderes sobrevinientes contengan, en lo fundamental, las mismas facultades o encargos que el primero. En este caso, poder posterior se entiende que revoca poder precedente desde el momento en que se comunica tal revocación al primer apoderado.

El hecho de que el representado haya facultado o delegado facultades al representante, no hace que el representado pierda esas facultades. Si se le da un poder de venta al representante sobre un inmueble determinado, ello no significa que el representado no lo pueda vender. Asimismo, como ya lo mencionamos, es completamente válido que se otorgue un mismo poder a varias personas, de forma simultánea y que tal poder haya sido otorgado en actos y momentos distintos. Esto podrá significar la revocación sólo si es comunicado al primer representante en el tiempo; de lo contrario, pueden coexistir una pluralidad de representados para un mismo acto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IX. Comunicación de la revocación

Artículo 152.- La revocación debe comunicarse también a cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico.

La revocación comunicada sólo al representante no puede ser opuesta a terceros que han contratado ignorando esa revocación, a menos que ésta haya sido inscrita.

Quedan a salvo los derechos del representado contra el representante.

En primer lugar, la norma aborda los alcances personales de la revocación del poder, es decir, a cuántas o a qué personas debería ser comunicada. Y el artículo 152 indica que ella deberá ponerse en conocimiento (además del representante, obviamente) de cuantos intervengan o sean interesados en el acto jurídico. Agregamos nosotros, y sobre quienes tenga conocimiento la persona que revoca el poder.

En ese sentido, la norma agrega, de modo pertinente, que, si la revocación hubiese sido comunicada sólo al representante, ella no podría oponerse a terceros que hayan contratado ignorando esa revocación; a cuyo efecto se exceptúa si ella hubiera sido inscrita en Registros Públicos. Esto, debido a lo que dispone el artículo 2012 del propio Código, en el sentido de que se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones.

En efecto, la revocación no inscrita puede generar un supuesto de legitimación aparente frente a los terceros. Un tercero puede haber contratado teniendo conocimiento, por la información registral, de que el representante contaba con los poderes que se consignaban en ella. Y si para esa fecha el representado ya había revocado el poder, pero todavía no lo había ni comunicado ni inscrito, ese tercero está contratando bien porque existe una legitimación aparente. Si el representante ya no tiene legitimación, pero el tercero no conoce de ello, entonces, el representante está actuando de mala fe y eso va a ser importante para determinar las consecuencias resarcitorias de cara a la relación entre el representante y el tercero. Pero, respecto del tercero, podemos sostener que está adquiriendo al amparo de la información de los poderes inscritos en el registro y, por tanto, este tercero sí se vería protegido. Así,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el artículo 152 finaliza expresando que quedan a salvo los derechos del representado contra el representante.

Si el poder hubiese sido otorgado en el marco de un contrato de mandato, serán aplicables al caso las normas de los artículos 1314 y siguientes del Código Civil, relativas a inejecución de obligaciones. Si se tratare de un poder otorgado sin que medie contrato de mandato, pero el poder hubiese sido aceptado por el apoderado, entendemos que de igual modo y aunque no lo haya percibido así, se habría celebrado un contrato de mandato, pues el representante estaría obligado a desarrollar los encargos contenidos en el poder. Caso curioso, sin duda. Entendemos, por esa razón, que para este supuesto también resultarían aplicables las normas de inejecución de obligaciones del Código Civil.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

X. Poder irrevocable

Artículo 153.- El poder es irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero.

El plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

La revocación sirve para deshacer negocios unilaterales. No obstante, en este artículo ya no sólo se está ante la representación, sino ante un negocio bilateral, por lo que la «revocación» es propiamente un desistimiento o apartamiento. Y este negocio bilateral en el que se entremezcla el interés del apoderado y el del poderdante tiene su origen en el mandato; situación que justifica el sustento de la irrevocabilidad.

Como señala Fernando Vidal,[91] mientras el otorgamiento de la representación y apoderamiento se orienta a la cautela del interés del representado, el apoderamiento irrevocable combina el interés del poderdante con el apoderado o con el interés de un tercero; lo que explica la renuncia del representado a ejercer su derecho a la revocación, en tanto se conjugan los intereses de terceros.

Siendo el negocio de apoderamiento un acto unilateral, en donde se debe cautelar el interés del representado, la lógica nos indica que al representado le asiste el derecho de revocar la representación con su sola manifestación de voluntad. ¿Puede también revocar un poder irrevocable? En teoría, la respuesta positiva se impone. Aun cuando el artículo 154 nos plantea una situación de irrevocabilidad, coincidimos con Stolfi[92] cuando señala que nada puede obligar al *dominus* a tolerar si no quiere que otro contrate por él. Pero, toda vez que la irrevocabilidad está fundada en un interés común entre el poderdante y el apoderado, la revocación del poder irrevocable somete al poderdante a la indemnización de daños y perjuicios y a las reglas de inejecución de obligaciones cuando no haya existido una justa causa para tal revocación. La gran pregunta es si la revocación de un poder irrevocable podría considerarse ineficaz, precisamente, por el hecho de haber convenido la irrevocabilidad. Entendemos que el tema en el Derecho positivo peruano debería considerarse como que se trataría del incumplimiento de una obligación, porque es obvio que no

91 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 317.

92 Stolfi, Giuseppe, citado por Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 319.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

habría manera de forzar a un representante a no revocar el poder. Éste, al fin y al cabo, es un acto de confianza.

El artículo 153 del Código Civil contempla los supuestos para los cuales se puede convenir poder irrevocable.

Veamos:

a) Cuando se estipule para un acto especial

En este caso, el poder —por sí solo— no necesariamente será irrevocable. El poderdante deberá expresarlo de esta manera al otorgar poder o en momento posterior.

Supongamos que se otorga poder para celebrar un contrato de compraventa. Ese sería el caso de un acto especial y muy concreto. Pero por ese solo hecho, el poder no será irrevocable. El poderdante tendría que haberle otorgado esta naturaleza.

b) Cuando se estipule por tiempo limitado

El hecho de otorgar poder por tiempo limitado no lo configura con el carácter de irrevocable. El poderdante debería haberlo señalado de manera expresa. Por ejemplo, un poder otorgado para firmar cheques, otorgado por un plazo determinado de seis meses, no tendrá, por sí mismo, carácter irrevocable, a menos que el poderdante le otorgue ese carácter.

c) Cuando es otorgado en interés común del representante o de un tercero

En este caso, sí tiene sentido que el poder sea irrevocable, pero tal irrevocabilidad tampoco aparecería *per se*; ella debería haberse pactado entre las partes, lo que —de seguro— nos situaría ante un contrato de mandato con poder irrevocable.

Somos cuidadosos en el tratamiento y admisión de los supuestos de irrevocabilidad del poder, porque el poder es, por naturaleza, revocable y la figura de una irrevocabilidad resulta contraria al poder y debe tratarse con pinzas. Por lo demás, ya nos hemos pronunciado sobre el particular en varias obras precedentes.[93]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

93 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*; Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*; Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*

El artículo 153 establece que el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año. Cumplido el año, se extingue la irrevocabilidad del poder, y se extingue también el poder en sí mismo; pudiendo prorrogarse por un nuevo acto el apoderamiento, así como su carácter irrevocable.

Se trata de un plazo que puede resultar breve para algunos casos comprendidos en el supuesto c), antes analizado. Recuerdo un proceso arbitral de hace algunos años, en que los litigantes, que eran seis o siete personas naturales, otorgaron poder irrevocable a los miembros del tribunal arbitral, a efectos de que pudieran efectuar investigaciones sobre el patrimonio del causante del que todos los litigantes eran herederos. El plazo del poder irrevocable fue extenso y se prolongó por toda la duración del arbitraje (más de ocho años), pero el poder les fue otorgado en Nueva York, bajo las leyes de este Estado de la Unión Americana.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[94] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 153, con el texto siguiente:

> **Artículo 153.-** Poder irrevocable
>
> 1. El poder puede ser irrevocable siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero, sobre la base de un acto subyacente.
> 2. El vencimiento del plazo de la irrevocabilidad ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta.
> 3. Sin perjuicio de lo establecido en el numeral 1, cabe la revocación del poder si media justa causa. Queda a salvo la indemnización que corresponda.

Como hemos estudiado, el actual artículo 153 regula el caso del poder irrevocable, señalando que el mismo tiene esta característica siempre que se estipule para un acto especial o por tiempo limitado o cuando es otorgado en interés común del representado y del representante o de un tercero. Agrega la norma que el plazo del poder irrevocable no puede ser mayor de un año.

La comisión de 2019 planteaba reformar el artículo estableciendo tres incisos.

94 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 77-78.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En el primero, prácticamente copiaba el primer párrafo del actual artículo 153, agregando que el poder debía otorgarse «sobre la base de un acto subyacente».

En verdad, no creíamos necesaria la adición relativa al acto subyacente, pues la misma sólo constituiría una precisión de orden teórico sin ninguna importancia práctica, impidiendo, además, la posibilidad de que se otorgue un poder para ser representado en determinados actos que surjan como consecuencia de una relación jurídica futura, es decir, inexistente al momento en que se otorga el poder irrevocable.

De ahí que la precisión no sólo era inútil sino perjudicial.

En lo que respecta al inciso 2, la comisión cometía un grave error, cuando proponía que «el vencimiento del plazo de la irrevocabilidad ocasiona la revocación del poder, salvo estipulación distinta».

Decimos esto, habida cuenta de que en este inciso la comisión estaba consagrando el principio de que lo principal sigue la suerte de lo accesorio, estableciendo la presunción de que el vencimiento del plazo de la irrevocabilidad ocasiona la revocación del poder.

No puede ser que por el hecho de que el poder haya devenido en revocable, pero no haya sido revocado por el poderdante, esto determine la revocación del poder. Se trataría del mundo al revés.

Nosotros siempre hemos insistido[95] en la naturaleza esencialmente revocable del poder, razón por la cual, conceptualmente no deberían existir poderes irrevocables, pues la esencia del poder como acto unilateral es la de su revocación por el otorgante, cuando lo considere conveniente.

Si bien siempre hemos escrito en este sentido y reitero que estas ideas son correctas en estricto Derecho, también comprendemos la utilidad de la existencia de los poderes irrevocables, razón por la cual, en efecto, me parece correcto que se siga legislando sobre el particular.

Entendemos que nuestros comentarios a favor de la naturaleza revocable del poder pueden haber motivado, en alguna manera, que la comisión del 2019 introduzca en el proyecto un inciso 3 para el artículo 153, por el cual indicaba

95 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 299; Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 150-155; Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 275-277.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que «sin perjuicio de lo establecido en el numeral 1, cabe la revocación del poder si media justa causa. Queda a salvo la indemnización que corresponda». En ese sentido, nos parecía positiva la propuesta en relación a este inciso; como también opinábamos a favor de haber eliminado el plazo del poder irrevocable, que hoy es de un año (segundo párrafo del actual artículo 153).

No obstante, no concordábamos con la idea de que el plazo pueda ser ilimitado, por más de que se estipule para un acto especial, razón por la cual creemos que, en todo caso, debió establecerse un plazo mayor al actual, como podría ser uno de tres años.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XI. Renuncia del representante

Artículo 154.- El representante puede renunciar a la representación comunicándolo al representado. El representante está obligado a continuar con la representación hasta su reemplazo, salvo impedimento grave o justa causa.

El representante puede apartarse de la representación si notificado el representado de su renuncia, transcurre el plazo de treinta días más el término de la distancia, sin haber sido reemplazado.

Manifestar la voluntad de renunciar a la representación que ejerce es *per se* un acto jurídico de renuncia, la misma que no requiere de aceptación, pero sí de conocimiento del representado; por lo que se afirma que se trata de un acto jurídico recepticio y unilateral. Para esta renuncia, la norma no ha establecido una formalidad *ad solemnitatem*.

Ahora bien, nótese que el precepto impone una obligación de permanencia luego de la renuncia por un período de treinta días o hasta que se designe al nuevo representante. Estimamos que el artículo 154 parte del entendido de que el representante aceptó el encargo; razón por la cual lo responsabiliza en su permanencia durante treinta días más el término de la distancia; plazo que tiene el representado para adoptar las medidas del casoa efectos de proteger sus intereses.

Sostenemos que este artículo resulta aplicable para actos de representación donde el representante hubiese manifestado su aceptación al encargo pues, si partimos del entendido de que el acto de apoderamiento es uno de carácter unilateral, no tendría sentido que, si el designado como apoderado no aceptó el encargo en algún momento, se vea obligado a mantenerse en tal calidad por un plazo de treinta días más el término de la distancia y, además, asuma responsabilidad por apartarse de tal encargo. Por ello, estimamos que este artículo se aplica sólo para aquellos apoderados que han aceptado el encargo.

En términos de Vidal,[96] «la renuncia viene a ser una extinción del vínculo representativo por obra de la exclusiva y libre voluntad del representante, constituyendo también, por ello, un acto jurídico unilateral que, al igual que el de

96 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 354.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

la revocación, es también de carácter recepticio, sólo que la manifestación se dirige únicamente al *dominus*».

Ahora bien, la aplicación de este artículo nos resulta cuestionable para el caso del mandato con representación, pues toda vez que la representación fue aceptada por contrato (mandato) y los contratos no se pueden «deshacer» de manera unilateral; no cabe la renuncia sino por los supuestos previstos en el propio contrato de mandato. Por lo que cualquier desistimiento unilateral, estimamos que debería quedar sujeta a las normas de inejecución de obligaciones y la consiguiente responsabilidad. Por ello, consideramos que aquí el legislador se habría equivocado.

Por lo demás, la norma (el artículo 154) también establece las excepciones a la continuación del ejercicio de la representación, ya sea por la existencia de impedimento grave (enfermedad grave, un evento de caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo) o justa causa (enemistad sobreviniente con el mandante poderdante o conflicto de intereses sobreviniente, por ejemplo), exonerando así al representante de mantenerse los treinta días más el término de la distancia, luego de comunicada su renuncia unilateral.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XII. Alcance de la representación: poder general y poder especial

Artículo 155.- El poder general sólo comprende los actos de administración.

El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido.

El poder general comprende solamente los actos de administración; no implica de manera alguna la facultad para realizar actos dispositivos; lo que equivale a decir que no tendrá efecto alguno para actos de enajenación o gravamen de bienes; esto es, aquellos actos que modifiquen el patrimonio; o, en términos de Lohmann,[97] «no implica actos de desprendimiento de bienes o derechos, o abdicación del derecho para incorporarlos a un acervo patrimonial», para lo cual se requerirá otorgar poder especial, como veremos al analizar el artículo 156 del Código Civil.

El artículo 155 complementa el tema, expresando que el poder especial comprenderá los actos para los cuales ha sido conferido, los que podrán ser de lo más variados, en adición a los que se mencionan en el artículo 156. De modo que los poderes especiales serán aquellos que se otorguen para un acto o negocio determinado y que han de ser mencionados expresamente, rigiéndose tanto en el plano teórico como en el práctico, por una interpretación literal y restringida. Ello, para proteger los derechos e intereses del poderdante, no interpretándose de manera extensiva las facultades otorgadas.

Tanto para el caso del poder especial como para el del poder general, si el representado se excede de sus facultades y no se está ante una representación aparente, entonces, nos hallaremos frente a un negocio ineficaz.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

97 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 156.

XIII. Poder por escritura pública para los actos de disposición

Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Como regla general, el acto de apoderamiento no conlleva a la exigencia de una formalidad bajo sanción de nulidad, por lo que ésta puede conferirse por voluntad expresa o tácita, de manera escrita, verbal o por cualquier otra forma que el poderdante estime conveniente. No obstante, cuando se trata de la enajenación o gravamen de bienes, el artículo 156 exige que la manifestación de voluntad unilateral y recepticia revista de una formalidad; en el caso concreto, que ésta conste por escritura pública. Ello conlleva a la exigencia de que se declare de manera expresa la facultad de vender o gravar bienes.

Coincidimos con Guillermo Lohmann,[98] quien afirma que «con esta política legislativa se pretende proteger al tercero en calidad de destinatario y ante quien se ejercita la representación». Agrega que la ley ha querido, para estos casos concretos, claridad de contenido expresivo, y una concreta atribución de las facultades conferidas. En otros términos, podemos decir que la ley busca una mayor seguridad jurídica al tráfico de bienes. Como sabemos, la formalidad solemne de los actos jurídicos obliga al otorgante a pensar mejor en la celebración del acto jurídico, además de que les otorga una fuerza probatoria indiscutible.

Ahora bien, el artículo bajo comentario sanciona con nulidad el acto de otorgamiento de poder que no haya seguido la formalidad prevista; es decir, que no conste por escritura pública. Por lo tanto, si se hace por documento privado, o incluso por documento privado de fecha cierta, ese poder de apoderamiento, para esa facultad, será nulo.

Los poderes especiales como los mencionados en el presente artículo, se rigen bajo el principio de literalidad, o taxatividad. Esto quiere decir que el representante sólo va a estar habilitado para realizar como representante, aquello que el representado expresa, literal y taxativamente, le ha autorizado a realizar.

98 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 145.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El representante sólo puede ejercer cuando estamos ante un poder especial, aquellas facultades que el representado le ha conferido; no puede ejercer ninguna otra facultad que el representado no le haya habilitado expresamente.

En este punto es preciso distinguir que la norma sanciona con nulidad el pretendido acto de representación. Por ello, podemos diferenciar el acto jurídico de representación del acto o negocio jurídico que ha de celebrar el falso representante no legitimado para disponer o gravar los bienes de quien dice representar.

En tales casos de actuación de un falso representante, el acto de disposición o gravamen que celebra el representante que no se encuentra legitimado para celebrar tales actos, queda sujeto a la ineficacia respecto de quien dice representar; esto es, que respecto del representado el acto o negocio jurídico celebrado por el falso representante no producirá efecto alguno, en tanto no surgirán derechos ni obligaciones para el supuesto representado.

Esta lectura es válida en concordancia con lo previsto por el artículo 161 del Código Civil, el mismo que nos conduce a recordar que la falta de legitimación afecta la eficacia del acto, mas no la validez de éste. De lo contrario no se podría ratificar, situación que también se encuentra prevista en el artículo 162 del Código Civil.

Aquí conviene aclarar que lo que ha de ratificarse es el acto o negocio celebrado por el falso representante, no el acto de apoderamiento, pues el mismo, al no haber seguido la formalidad legal prevista en el artículo 156 del Código Civil, estaría viciado de nulidad.

Asimismo, conviene precisar que si el poder, además, contiene otras facultades que no requieren de una formalidad, entonces las mismas permanecerán vigentes y no se verán afectadas con la nulidad; esto, en virtud del principio de conservación del negocio jurídico.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[99] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 156, con el texto siguiente:

> **Artículo 156.-** Formalidad del apoderamiento
>
> 1. Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de representación conste en forma indubitable y por escritura pública.

99 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 78-79.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. El acto de disposición o gravamen celebrado en contravención de lo establecido en el numeral 1 es ineficaz respecto del representado.

Como hemos estudiado, el artículo 156 regula actualmente la formalidad del poder, para actos de disposición, estableciendo que «para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad».

En el año 2005 la comisión de entonces proponía degradar la forma de este poder y sólo exigir documento de fecha cierta, materia que fue duramente criticada por nosotros.[100]

En el 2006 la comisión persistió en el error, lo que también criticamos duramente.[101]

El grupo de trabajo del 2019 corrigió este error, manteniendo el texto actual del artículo 156 en el inciso 1 de su proyectado artículo 156, pero eliminó la sanción de nulidad ante el incumplimiento de las formalidades allí establecidas.

No obstante, persistió en el error del anteproyecto del 2005 y del anteproyecto del 2006, al eliminar la sanción de nulidad con respecto a la ausencia de los requisitos formales establecidos por el propio artículo.

Así, vemos que el anteproyecto del 2019 incluía un inciso 2, que señalaba que el acto de disposición o gravamen celebrado en contravención de lo establecido en el inciso 1 es ineficaz respecto del representado.

Ésta era una disquisición muy peligrosa que restaba fuerza a la sanción actualmente existente en la ley, que establece la nulidad de los actos celebrados con ausencia de las formalidades exigidas por el artículo 156, de modo tal que, si seguimos la lógica del inciso 2 que proponía el grupo de trabajo, tales actos celebrados por el representante, no serían nulos, sino solamente ineficaces.

En verdad, nos parece que el inciso 2 que se proponía degradaba la seguridad jurídica en una materia tan importante como ésta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

100 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 155-157.

101 Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 277-285.

XIV. CARÁCTER *INTUITU PERSONAE* DE LA REPRESENTACIÓN

Artículo 157.- El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.

El artículo 157 recoge un deber de conducta y actuación personal que se basa en la confianza del representado hacia su representante. No cabe duda de que el acto de representación y apoderamiento implica que estemos en presencia de un acto de confianza por excelencia; en cuya virtud el apoderado que acepte ejercer el poder, deberá hacerlo como un acto de reciprocidad frente al honor, por la confianza depositada en él con el otorgamiento de tales facultades.

Por ello, el apoderado no puede delegar las facultades recibidas ni hacerse sustituir por otro, salvo que ello esté comprendido en los alcances del poder, claro está. Pero ¿existe una diferencia entre delegar y sustituir? Aunque, en efecto, conceptualmente existe una diferencia[102] con respecto al alcance de ambos términos, la práctica jurídica muchas veces se entiende comprendidos ambos conceptos dentro de la palabra sustitución.

Sobre el particular, en posición que compartimos, Lohmann[103] considera que, sin negar la diferencia conceptual y alcance de la sustitución y de la delegación, aun cuando el Código se refiera sólo a la sustitución, el término nos permite encuadrar ambas hipótesis de cesión de la representación.

En efecto, mediante la sustitución, en estricto sentido, el representante concede la totalidad o parte de sus facultades a un tercero que ha de reemplazar al representado. Es decir, se entiende que en los casos de sustitución el representante queda desvinculado de esos poderes transmitidos al tercero, ya sea de forma total o parcial, dejando de desempeñar las funciones para las que ha legitimado al sustituto. Queda claro, como lo exige el artículo bajo comentario, que se requiere de un poder específico para que el representado pueda ejercer la sustitución.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

102 Mientras la sustitución implica que el representante se sustituye por otro en la condición de representante; es decir, el representante originario deja de serlo y el sustituto es el nuevo representante; en la delegación el representante originario comparte las facultades, pero no deja de ser representante.

103 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 179.

Es decir, se requiere que el representado haya autorizado a que su representante instituya otro representante, razón por la cual el representado ha de quedar obligado frente a los actos que ejerza su sustituto. En este punto es preciso señalar que la sustitución puede ser total o parcial; razón por la cual en los casos que sea parcial, el representante original mantendrá el vínculo con el representando respecto de aquellas facultades de representación que no hayan sido conferidas al sustituto.

De este modo, el sustituto ocupará el lugar del representante original en la relación con el representante; lo que no significa necesariamente que ha de quedar exento de responsabilidad, como lo veremos al analizar el artículo 158 del Código.

Por su parte, la delegación de facultades o, en términos de Fernando Vidal, el sub apoderamiento,[104] es una modalidad de sustitución en la cual el representante que ha de sub apoderar o delegar los poderes a otro, no se sustrae de la relación con el representado y además mantiene la facultad de reasumir tales poderes; es decir de revocar la delegación conferida. Reiteramos que en la práctica jurídica la distinción conceptual entre ambos conceptos no ha generado mayor dificultad y, a la fecha, en muchas ocasiones se emplean como sinónimos.

Finalmente, debemos decir que, si se le faculta a delegar o sustituir, puede darse el supuesto en que el propio apoderado hubiese señalado los nombres de los eventuales delegados o sustitutos, con lo que el apoderado deberá manejarse dentro de esos parámetros. En caso no hubiese establecido sus identidades, el apoderado deberá escogerlos con el cuidado y la pericia con los que actuaría en resguardo de sus propios intereses. Caso contrario, podría responder frente al acreedor por los actos del delegado o sustituto, por culpa *in eligendo*, tal como establece —en parte— el artículo 158.

Por todo lo señalado, queda claro que el artículo 157 del Código Civil conlleva una de las obligaciones básicas del representante y está asociado a su conducta diligente para ejercer el encargo conferido; siendo la regla el ejercicio personal de tal encargo y la facultad de sustitución (incluida la delegación) una facultad que deberá otorgarse expresamente para poder ser ejercida.

Por último, resulta pertinente también reafirmar lo ya indicado en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[105] respecto a la eficacia de la sustitución. En virtud de la aplicación *mutatis mutandis* de lo dispuesto por los artículos 1373

104 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 330.

105 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 81.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y 1374 del propio Código, la declaración contractual se considera eficaz en el momento en que llega a conocimiento del destinatario, presumiéndose dicho conocimiento en el momento de su recepción.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[106] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 157, con el texto siguiente:

> **Artículo 157.-** Ejercicio personal de la representación.
>
> El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución o delegación.

Como hemos estudiado, el artículo 157 en actual vigencia regula el carácter personalísimo de los actos de representación y la eventual facultad de sustitución.

Ya la comisión anterior, en su anteproyecto del 2006 proponía agregar la delegación de la representación dentro del texto del artículo 157.

En verdad, si bien es cierto que la distinción entre sustitución y delegación es conceptualmente correcta, no considerábamos que resulte indispensable introducir el término «delegación» en el artículo 157, ya que la práctica jurídica entiende perfectamente la existencia de la delegación y sus diferencias con la sustitución del poder, las mismas que, por lo demás y como veremos luego, están claramente diferenciadas en el Código Procesal Civil de 1993.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

106 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 79-80.

XV. Sustitución y responsabilidad del representante

Artículo 158.- El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que se le designó. Si no se señaló en el acto la persona del sustituto, pero se concedió al representante la facultad de nombrarlo, éste es responsable cuando incurre en culpa inexcusable en la elección. El representante responde de las instrucciones que imparte al sustituto.

El representado puede accionar directamente contra el sustituto.

Este artículo sólo se refiere al supuesto de la sustitución del apoderado. Entendemos que también debió comprender los supuestos de delegación de la representación, sea ésta total o parcial.

El artículo 158 exime de responsabilidad al apoderado cuando se sustituye en la persona que designó el representado o poderdante. Si el sustituto hubiese sido designado por el propio apoderado, será responsable (se entiende, por los daños y perjuicios que ocasione ese sustituto) cuando el apoderado incurra en culpa inexcusable en la elección. Queda claro entonces que ha de responder por la designación, en caso ésta no hubiera sido instruida por el propio representado. Así, será responsable ante el representado cuando el representante hubiese sabido o podría haber conocido con una diligencia ordinaria que el sustituto o delegado no era una persona adecuada, seria, incapaz o insolvente.

La norma restringe su responsabilidad, pues no responderá por una elección hecha con culpa leve, pero sí lo hará cuando elija por culpa inexcusable o dolo (si se responde por lo menos grave —culpa inexcusable—, se responderá también por lo más grave —dolo—). Como ya hemos señalado en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[107] aun cuando la norma actual sólo menciona la culpa inexcusable, en tanto el dolo representa una mayor gravedad que la culpa inexcusable, no cabe duda alguna de que corresponde que se le aplique

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

107 Castillo Freyre, Mario. *Op. cit.*, p. 83.

lo previsto en el artículo 1321 del Código Civil,[108] el mismo que sanciona el actuar doloso con idénticas consecuencias que el actuar con culpa inexcusable.

Esta responsabilidad del representante implica que el representado tiene el derecho potestativo de reclamar a su representante los daños y perjuicios ocasionados por el acto del delegado o sustituto. Pero esta responsabilidad no perjudicará la validez y/o eficacia de los actos celebrados por el sustituto o delegado nombrado.

El artículo 158, bajo comentario, también establece que el representante responde de las instrucciones, lo que resulta obvio si es que tales instrucciones y designación del delegado o sustituto no son exactamente las mismas dadas por el representado al representante en el poder y que autorizó a delegar o sustituir. En efecto, si se tratara de una representación trasladada a un representante designado por el propio representado, entonces queda claro que no ha de alcanzarle la responsabilidad al representante original, pues éste habría actuado bajo los lineamientos que le proporcionó su representando.

Así, como señala Vidal,[109] aun cuando la construcción gramatical contenida en la norma pueda llevar a pensar que es imputable tanto en los casos en que la designación realizada por el representante como en los casos en los que es designado por el representado, ello no debería leerse así.

Finalmente, la norma precisa que el representado puede accionar directamente contra el sustituto. Esto responde a que, como hemos mencionado, se genera una relación directa entre el sustituto y el representado. En este punto llamamos la atención en el sentido de que no son responsabilidades excluyentes ni solidarias. Nada obsta para que en el poder que otorgue el representante pueda configurar la responsabilidad solidaria entre el representante originario y su sustituto, y como este último conocerá de tal disposición, le alcanzará la responsabilidad solidaria.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

108 **Artículo 1321.-** Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.
Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

109 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 330.

académicas 2,[110] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 158, con el texto siguiente:

> **Artículo 158**.- Sustitución
>
> 1. Mediante la sustitución el representante se aparta total o parcialmente de la representación respecto de las facultades para las que el representado designa un sustituto. Debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento.
> 2. La facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable.
> 3. La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado.
> 4. El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto.
> 5. Si el representado concedió la facultad de designar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección.
> 6. La responsabilidad por la elección caduca a los tres meses de la fecha que (sic) el sustituyente hubiera comunicado la sustitución al representado.
> 7. El representado puede accionar directamente contra el sustituto por los actos que éste realice.

Como hemos estudiado, el artículo 158 del Código Civil vigente trata acerca de la sustitución del poder. Y la citada norma es concisa, aunque bastante detallada, regulando lo relativo a la responsabilidad en la sustitución del poder, tratándose de un precepto que no ha merecido mayores reparos a lo largo de los años.

La comisión, en el anteproyecto del 2019, propuso modificar los alcances de la norma y convertirla en un artículo de seis incisos, basado en el precepto que propuso la comisión anterior en el anteproyecto de reforma del 2005 y que criticamos en su oportunidad.[111]

A continuación, pasaremos a comentar la norma propuesta de la comisión del 2019.

110 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 80-83.

111 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 157-161.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

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

Una vez más la comisión incurrió en el error de querer regularlo todo, como si alguna vez se hubiera interpretado que la sustitución era algo distinto de lo que es y de lo que se colocaba en el proyectado inciso 1, norma que por lo demás resultaba evidente que no era necesaria.

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

En lo que respecta al inciso 2 del anteproyecto, el mismo señalaba que la «facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable».

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

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

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

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

De otro lado, en el proyectado inciso 4 se señalaba que «El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto».

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

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

El anteproyecto del 2019, en el inciso 5 del artículo 158, establecía que «si el representado concedió la facultad de consignar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección».

Como ya ha sido analizado por nosotros, la norma actual sólo hace mención de la culpa inexcusable; no obstante, a nadie se le ha ocurrido sostener que por no hacerse referencia expresa al dolo, el representante no deba responder por aquellos actos si es que hubiese actuado dolosamente; decimos esto, por cuanto el dolo implica una mayor gravedad que la culpa inexcusable y, en materia de tratamiento legislativo, el artículo 1321 del Código Civil designa al actuar doloso idénticas consecuencias que al actuar culposo, por lo que consideramos que la precisión del inciso 5 del anteproyecto resultaba superflua.

Por otra parte, debemos criticar el inciso 5 del proyecto del 2019, pues, como sostuviéramos en 1998,[112] no encontramos un motivo sólido para limitar en estos casos la responsabilidad del representante cuando haya actuado con culpa inexcusable o con dolo. En tal sentido, sería cuestión de reflexión, sí, que dicha responsabilidad se pudiera extender a toda causa imputable, la misma que podría ser, incluso, culpa leve.

De igual manera, debemos cuestionar el plazo de caducidad de tres meses, el mismo que tampoco fue fundamentado en la exposición de motivos de la comisión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

112 Castillo Freyre, Mario. *Op. cit.*, tomo I, p. 302.

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

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

Como sabemos, se ha discutido mucho sobre la diferencia de regímenes de responsabilidad civil.

Se ha criticado que en la responsabilidad extracontractual el plazo de prescripción sea de dos años y en la contractual de diez. Cómo, entonces, no criticar un supuesto que, sin merecer un tratamiento tan especial, lo recibe. Cómo no cuestionar un tratamiento que es contrario a los intereses de la víctima, pues reduce su plazo para accionar a tan sólo tres meses. Cómo no oponerse a un plazo que, para colmo, se plantea como de caducidad.

Por otro lado, el inciso 6 que proponía la comisión, constituía otra verdad de Perogrullo. En esta norma, la comisión juzgaba necesario establecer lo evidente.

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

La comisión del 2019 también propuso la adición de un artículo, el 158-A, norma de texto siguiente:

Artículo 158-A.- Delegación

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El anteproyecto del 2006 no contenía una propuesta similar, a diferencia del anteproyecto del 2005, que sí proponía regular el tema, también en un artículo 158-A.

La comisión del 2019 copió sin siquiera corregir un notorio error de redacción (dice: «ante al representado», cuando debería decir «ante el representado»), el texto del año 2005, el mismo que fue criticado por nosotros oportunamente.[113]

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

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

Pero, lo absurdo no terminaba allí pues, conforme al inciso 2 que se proponía en el anteproyecto de marzo del 2005, la delegación no conllevaba la extinción de las facultades del representante. De este modo, un representado que escogió a su representante por sus cualidades personales y no lo autoriza para sustituirlo, podía llegar a tener dos personas que ejerzan poder de representación: aquél a quien escogió y aquél que, no siendo su representante, actúa como tal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

113 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 162-163. Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 286-287.

XVI. Revocación del sustituto

Artículo 159.- La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto.

Como ya lo hemos mencionado, la revocación del poder, al igual que su otorgamiento, es un acto jurídico unilateral y recepticio. En ese orden de ideas, para que los efectos del otorgamiento conferido queden revocados deberá verificarse la concurrencia, no sólo de la manifestación de voluntad de revocatoria, sino además la comunicación y/o puesta en conocimiento del sustituto o delegado a quien se ha otorgado el poder.

Si el representante tenía la facultad para sustituir, en uno o más terceros, las facultades conferidas por el apoderado, pues podría hacerlo, debido a cualquier causa que le impida seguir ejerciendo el poder a plenitud. Pero, de igual modo, cuando esté en capacidad de reasumir tales facultades, podrá hacerlo, en la medida de que —se entiende— la sustitución no necesariamente es definitiva, a menos que así se exprese en el propio acto de sustitución o en el poder original conferido al apoderado.

Dentro de tal orden de ideas, reviste plena lógica que esa sustitución pueda ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto, tal como lo establece el artículo 159 del Código Civil.

Habiendo expuesto la diferencia conceptual entre sustitución y delegación, debemos recordar que tales conceptos no se encuentran recogidos expresamente en nuestro Código Civil, pero sí en el Código Procesal Civil (artículo 77).[114] Coincidimos con el maestro Vidal,[115] cuando señala que a partir de las diferencias entre apoderamiento y sub apoderamiento (o delegación) podríamos sostener que este artículo 159 regula el caso de la delegación, pues

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

114 **Artículo 77.-** El apoderado puede sustituir sus facultades o delegarlas, siempre que se encuentre expresamente autorizado para ello.
La sustitución implica el cese de la representación sin posibilidad de reasumirla; la delegación faculta al delegante para revocarla y reasumir la representación.
La actuación del apoderado sustituto o delegado obliga a la parte representada dentro de los límites de las facultades conferidas.
La formalidad para la sustitución o la delegación es la misma que la empleada para el otorgamiento del poder.

115 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 331.

en la sustitución no es posible al sustituyente reasumir la representación. Esto, de ningún modo impide que pueda ser aplicable a la sustitución, pues el propio Código Civil faculta a que se pacte en contra; de modo tal que las partes son libres de pactar que, en la sustitución, el apoderado original pueda reasumir la representación.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[116] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 159, con el texto siguiente:

> **Artículo 159.-** Revocación
>
> 1. La sustitución no puede ser revocada por el representante para reasumir el poder.
> 2. La delegación puede ser revocada en cualquier momento.

Debemos recordar que el anteproyecto del 2006 no planteaba modificar el tema, a diferencia del anteproyecto del 2019, cuyo texto propuesto de artículo 159 fue tomado literalmente del anteproyecto del 2005.

No dudamos que en el terreno conceptual la distinción en el tratamiento que se proponía dar a la delegación y a la sustitución, era correcto. No obstante, la propuesta modificatoria fue criticada por nosotros en aquella oportunidad.[117] La comisión de 2019 proponía modificar el artículo 159 para albergar en su texto la figura de la delegación, debido a razones de orden práctico.

En el inciso 1 se planteaba modificar por completo la norma actual. Hoy, como regla general, el representante puede, en cualquier momento, revocar la sustitución y reasumir su rol como tal. El precepto vigente parte, pues, de una de las características esenciales del poder, esto es, su carácter revocable. La comisión especificaba que sólo la delegación del poder era revocable, no así la sustitución.

Si bien las diferencias entre delegación y sustitución resultan notorias, lo discutible era la necesidad de modificar el precepto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

116 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 84-85.

117 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 163-164.

XVII. Efectos de la representación

Artículo 160.- El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado.

Hemos señalado a lo largo de nuestros comentarios sobre la representación, que ésta tiene como efecto natural y preeminente, el que los actos celebrados por el representante recaen de inmediato sobre la esfera jurídica del representado, sin producir efectos para el representante, tanto como si el propio representado hubiese celebrado personalmente tales actos. Esto, claro está, en la medida de que el representante haya actuado en tal calidad y en nombre del representado.

Así lo entiende el artículo 160 del Código Civil, estableciendo como única salvedad, el que tales actos se encuentren dentro de los límites de las facultades conferidas.

Los actos celebrados por el representante producirán efectos en la medida en que éste haya actuado dentro de las facultades conferidas; caso contrario, queda en potestad del representado ratificar el acto aceptando los resultados de la actividad realizada por el representante no autorizado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XVIII. Ineficacia del acto jurídico por exceder las facultades conferidas

Artículo 161.- El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye.

A diferencia de lo previsto en el artículo 160 del Código Civil, antes comentado, en el artículo 161 del Código Civil se regula un supuesto de anomalía de representación o la inexistencia de ésta.

En realidad, son tres los supuestos comprendidos por esta norma, que regula algunas situaciones patológicas en la representación; a saber:

a) Acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido

En este supuesto se encuentran los casos en que los representantes sobrepasan las atribuciones recibidas.

b) • Acto jurídico celebrado por el representante violando las facultades que se le hubiere conferido

En la violación de las facultades hablamos de un uso anormal de las atribuciones que provoca que el falso representado pueda reclamar a su representante una indemnización por los daños ocasionados. Es decir, en este escenario se advierte que el representante no se atiene de manera estricta a los actos para los cuales está autorizado. En términos de Guillermo Lohmann,[118] la violación de facultades consiste en la desviación impropia del poder o un uso abusivo de las facultades conferidas; situación que, a su entender, plantea un problema de interpretación de la voluntad del representado.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

118 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 162.

c) Acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye

Este supuesto de falta de poder parte por señalar que existe una persona que, sin autorización alguna, emplea el nombre de otra y se comporta como si tuviera representación. Como señala Guillermo Lohmann,[119] en puridad no hay en este caso invasión de la esfera jurídica ajena, pues los efectos del acto no repercuten en la esfera jurídica de quien se menciona como representado. Para poder afectar su esfera se hubiese requerido de una autorización previa o una ratificación posterior.

En doctrina, cuando el representante actúa sin tener las facultades conferidas por el representado, a esa persona, a ese 'representante', se le denomina *falsus procuratur*. Aquí la patología se centra en la ausencia de legitimación; y aunque la norma no lo precise, en este supuesto también se devengará responsabilidad civil en tanto se verifique un daño.

Como se puede apreciar, en cualquiera de los tres casos, quien actúa en nombre de otro, no ha sido autorizado para ese objeto en especial por el supuesto representado. La solución en todos ellos es la ineficacia del acto celebrado o su ineficacia parcial, si el acto comprendiese materias para las que sí se tenía poder y otras para las que se carecía de representación.

¿Qué significa que sea «ineficaz con relación al representado»?

Éste es un supuesto de ineficacia relativa, la que en términos de Lehmann,[120] conlleva a que es válido para todos menos para una o más personas determinadas; en este caso, frente al representado. Así, la ineficacia relativa se diferencia de la nulidad por la limitación de la ineficacia a determinadas personas.

De modo tal que el negocio relativamente ineficaz, resulta eficaz para todos menos para el representado, a quien la norma lo protege, pudiendo el protegido renunciar a tal ineficacia a través de la ratificación, como será estudiado con motivo de artículo 162 del Código Civil.

Ahora bien, en cuanto a la responsabilidad frente a los terceros, ésta presupone que el tercero ha actuado con la diligencia ordinaria para desconocer que el tercero actuaba sin poderes, en exceso de ellos o con abuso de los mismos. Aquí ha de aplicar la responsabilidad contractual entre el tercero y el falso representante o el representante que actúa en exceso de sus facultades.

119 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 161.

120 Lehmann, Heinrich. *Op. cit.*, p. 259.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

A fines del 2020 se desarrolló un interesante evento de Derecho Civil, organizado por el Instituto de Derecho Privado —Idepriv—, que dirige nuestro muy buen amigo, el doctor Marco Silva Santisteban Valdivia, el mismo que llevó por título «El Derecho Civil en la jurisprudencia de la Corte Suprema»; y, para ello, él nos envió una muy interesante casación, la n.° 4989-2017 Lima Norte, relativa a los plazos de prescripción de la pretensión de ineficacia. De tal manera que nos «obligó» a volver a tratar, muchos años después de haberlo hecho, tan interesante tema.

La institución de la prescripción es en extremo interesante y hemos escrito varias veces en torno a ella, pero sobre el tema que motiva estas líneas, escribimos hace casi veinte años, un artículo que salió publicado en una de las revistas de Gaceta Jurídica[121] y sobre el cual, efectivamente, con el paso del tiempo, hemos ido cambiando de opinión; y, en el punto central de lo que vamos a comentar, hoy coincidimos con buena parte de lo resuelto en esta casación.

El tema es muy simple, en verdad. La casación es larga, pero la vamos a resumir.

Tanto en primera instancia, como en la Corte Superior, se consideró que un plazo de prescripción cuya duración no se hallaba expresamente contemplada por la ley, podía ser interpretado en función de otro señalado expresamente en el Código Civil. Concretamente, se trataba de una pretensión de ineficacia de acto jurídico y, como sabemos, la pretensión de ineficacia en sí misma no está regulada dentro de los plazos de prescripción del artículo 2001 del Código sustantivo.

Entonces, lo que se hizo en primera instancia y en la Corte Superior, fue considerar que el plazo de prescripción que era aplicable al caso, era el del inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, que dice que prescribe, salvo disposición diversa de ley, a los dos años, entre otras, la acción revocatoria, que es un claro caso de ineficacia del acto jurídico.

Entonces, como éste era otro caso de ineficacia, se asumía que la prescripción aplicable a la pretensión también debía ser dos años. El sentido de nuestro artículo de hace veinte años iba también por ahí, habida cuenta de que entendíamos que, dado el parecido entre los casos, debía merecer una interpretación analógica o por extensión del referido inciso 4 del artículo 2001. Estimábamos, también, que aplicar cualquier plazo más largo a esta pretensión, sería injusto, en la medida de que la magnitud de los plazos que señala el artículo

121 Castillo Freyre, Mario. «Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante». En: *Revista Jurídica del Perú*, marzo/abril del 2004, año LIV, n.° 55, pp. 113-136.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2001, está en directa relación con la importancia que el legislador de 1984 ha otorgado a cada pretensión.

Ahora bien, en la casación objeto de estos comentarios, la Corte Suprema considera que esto no es así; estima que con la interpretación que otorgaron al caso el Juez Civil y la Corte Superior (que era también nuestra opinión profesional del año 2002, publicada el año 2004), se produce una violación de derechos civiles y constitucionales del demandante, porque se le está aplicando una interpretación analógica o por extensión, a la norma que establece un plazo de prescripción restringido, corto, de sólo dos años.

Y esto nos lleva a plantear lo siguiente.

En principio, todos sabemos que la prescripción extintiva, tiene una función múltiple y su concepto está dirigido a la utilidad y resguardo de la seguridad jurídica, a efectos de que las pretensiones, digamos, si bien se puedan plantear en el momento que el accionante desee (porque se trata del irrestricto derecho de acción que, como sabemos, bien puede merecer una excepción por parte del demandado, por el transcurso del tiempo), el Derecho castiga que el titular de un derecho no haga ejercicio de él durante lapsos determinados, que son diversos en la ley peruana; y, por lo tanto, si el demandado deduce la excepción de prescripción, y ésta se declarase fundada, pues, se archivará la pretensión, probablemente para siempre.

Ése es, en síntesis, el tema de la prescripción extintiva y tiene una regulación bastante amplia en el Código Civil, en el Libro VIII de Prescripción y caducidad, Título I, del artículo 1989 al 2002.

A entender nuestro, el problema central con respecto a la prescripción y la caducidad, es que se trata de un tema que, como generalmente no hay un curso preciso en el currículo de las universidades donde se vea todo prescripción y caducidad, se estudia de a pocos en diversas materias. Se ve, parte, en Procesal, en un curso; parte en otro curso de Procesal; parte en un curso de Teoría general del Derecho; parte en Contratos, parte en Obligaciones; parte en Acto jurídico, etc., etc., etc.

Entonces, ése es el gran problema que tiene la enseñanza universitaria del Derecho con respecto a la prescripción y la caducidad.

Ahora, bien, el régimen legal peruano, básicamente, centra el tema de los plazos de prescripción en el artículo 2001.

El artículo 2001, antes de la modificación operada hace algunos años en torno al tema de la prescripción de la pretensión alimenticia, básicamente, iba

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en degradé. Establecía en su inciso 1 el plazo de prescripción más largo (diez años) e iba bajando el número de años hasta llegar al inciso 4 (dos años).

Los plazos de prescripción más largos eran los del inciso 1 (diez años), relativos a la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad de acto jurídico.

Y en el inciso 4 (dos años), entre otros, estaba el de la acción o pretensión revocatoria. Pero no existe una norma que establezca de manera expresa el plazo de prescripción de la acción de ineficacia, en términos generales.

Lo que ocurre es que la pretensión de ineficacia no necesariamente va a plantearse como una pretensión específica de ineficacia.

Puede que lo que se pretenda exactamente sea la ineficacia, o puede que lo que se pretenda sea otra cosa, cuyo efecto sea la ineficacia.

Por ejemplo, se puede pretender la resolución de un contrato, cuyo efecto es la ineficacia de la relación contractual, o puede que lo que se pretenda sea la rescisión, materias y pretensiones que en el Perú están divididas por causales diferentes. La rescisión de un contrato tiene como efecto, precisamente, la pérdida de eficacia; lo propio ocurre con la resolución; pero no es que el accionante demande la ineficacia, pues está pretendiendo la resolución del contrato. Y para este caso, siempre se ha entendido que se aplica el plazo de prescripción de la acción personal (diez años).

Como venimos señalando, se ha entendido siempre que los plazos de prescripción de la resolución y de la rescisión son plazos de diez años, porque se trata de acciones personales. La acción personal recibe este nombre por oposición a la acción real. Las acciones personales son, fundamentalmente, las acciones derivadas del reclamo de obligaciones civiles (no restringiéndose a eso). Pero siempre se ha entendido que la pretensión resolutoria y la pretensión rescisoria están comprendidas, a pesar de no hallarse mencionadas con nombre propio, en el inciso 1 del artículo 2001.

No obstante, la acción o pretensión general para reclamar la ineficacia, como tal, no está regulada en el artículo 2001; entonces, eso ha dado lugar en el Derecho peruano a que el tema se discuta. Como venimos señalando, formamos parte de esta discusión hace casi veinte años, al sostener que los plazos de la pretensión de ineficacia, como tal, podían asumirse en razón de la importancia relativa de la misma; y, en tal sentido, debían asimilarse a la pretensión señalada en el inciso 4 del artículo 2001, para la acción revocatoria del acto jurídico. El caso concreto para el que invocábamos la prescripción, era uno de ineficacia por exceso de facultades por parte del representante, contenido en

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

el artículo 161 del Código Civil; ello, en el marco de la defensa de un cliente del Estudio en un proceso arbitral.

Esto lo sostuvimos en ese arbitraje, dentro de algunas defensas de forma; y, específicamente, con respecto a esta excepción, el tribunal no nos dio la razón, no declaró fundada la excepción de prescripción extintiva; y optó por un camino por el que nunca nos imaginamos que iba a optar, cual era el de señalar que, como no estaba mencionado el plazo de prescripción en el Código Civil, esa acción o pretensión era imprescriptible, con lo cual —ya eso sí, definitivamente, nos rebeló— y ahí fue que escribimos un artículo junto con el profesor Osterling, hace diecisiete años, el mismo que se titulaba «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario».[122]

Y es que ésa es la tesis que nosotros sostenemos. En el Derecho Civil peruano, todas las pretensiones prescriben, fuera del caso de la pretensión alimentaria, en el plazo máximo de diez años. Lo que queremos decir es que no hay plazo de prescripción mayor; y todos los derechos prescriben o caducan, a menos que la ley señale expresamente que la pretensión es imprescriptible o que el derecho no caduca, pero, de lo contrario, la pretensión va a prescribir, como máximo, en diez años.

Entonces, si la pretensión de todas maneras va a prescribir y se trata de una pretensión de carácter civil sobre la cual la ley no ha señalado plazo de prescripción alguno, entonces, debe entenderse que se le aplica el plazo de prescripción de la acción personal (es decir, el plazo más largo de prescripción, excepción hecha de la pretensión alimentaria), que es, precisamente, lo que entiende la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación n.° 4989-2017 Lima Norte.

Ahora bien, la Corte Suprema estima, con razón, que la interpretación contraria es una interpretación lesiva a los derechos de la parte demandante, en tanto tal interpretación está restringiendo los derechos del accionante, porque aplica por analogía o, en todo caso, por extensión, esta norma del inciso 4, que, a su juicio, ni en primera instancia ni en la Corte Superior se debió aplicar. Es muy razonable el criterio de la Corte Suprema. Hoy, a veinte años de haber sostenido la tesis que ya expusimos, debemos admitir que estábamos equivocados. Esta casación nos ha persuadido.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

122 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En: *Derecho & Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre 2004, año XV, n.° 23, pp. 267-274.

Ahora, hay también otros dos puntos importantes en la casación, y son los siguientes.

El primero es el relativo a la interrupción del plazo de prescripción.

A pesar de que el mismo no es el tema central de esta casación, sí resulta importante entre líneas; y se trata de lo siguiente.

Si yo voy a reclamar algo en relación con un contrato, si yo reclamo, demando judicialmente la nulidad, yo estoy interrumpiendo el plazo de prescripción con mi demanda de nulidad. Pero, la interrupción del plazo de prescripción no está referida a toda cuanta pretensión el demandante hubiese podido reclamar en juicio sobre el contrato. Se refiere, única y exclusivamente, a la pretensión reclamada. O sea, lo que estoy interrumpiendo es la pretensión de nulidad, pero no estoy interrumpiendo cualquier otra eventual pretensión que no demandé. Es decir, yo interrumpí el plazo de prescripción de la nulidad, pero no interrumpí, como ocurrió en este caso, el plazo de prescripción de la pretensión de ineficacia.

Entonces, podría ocurrir, asumiendo que sea de diez años el plazo de prescripción de la pretensión de ineficacia (que es lo más sensato, por ser una acción personal), que no habría interrumpido el plazo de prescripción de la ineficacia, con lo cual podría ocurrir que, terminado el otro proceso, y, digamos, consciente de que no debió demandar nulidad, sino ineficacia, cuando vaya a demandar ineficacia, ya hubiese prescrito la pretensión de ineficacia.

Pero acá hay un juego muy interesante en la Casación n.° 4989-2017 Lima Norte, porque la Corte Suprema, cuando resolvió el tema de la primera pretensión (la Corte Suprema se está refiriendo a una casación de fecha anterior a la que es materia de análisis, la Casación n.° 381-2015 Lima Norte), la declaró infundada, porque se decía, lo que en verdad es así, que la falta de participación de uno de los cónyuges en materia de actos de disposición, no configura una causal de nulidad, sino una de ineficacia.

Entonces, se decía en esa casación: «y queda a salvo el derecho del accionante —que había perdido el juicio de nulidad—, a demandar la ineficacia del acto jurídico».

Pero ¿qué interpreta la segunda casación? Que, en buena cuenta, el ahora demandante, que perdió un primer juicio de nulidad de acto jurídico, tenía expedito el plazo para demandar la ineficacia del acto jurídico (esto, más allá de considerarlo de diez años). ¿Y por qué tenía vigente el plazo? Lo tenía vigente porque en la primera sentencia de casación (Casación n.° 381-2015 Lima Norte), lo que se dice es «quedando a salvo el derecho de la demandante a interponer la demanda en la vía que corresponda».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En la Casación n.° 4989-2017 Lima Norte, la Corte Suprema sostiene que la anterior casación (Casación n.° 381-2015 Lima Norte) ha dejado a salvo el derecho de la accionante para que demande la ineficacia del acto jurídico; y, por lo tanto, como el plazo de prescripción de una ejecutoria es de diez años, tenía diez años, contados desde la fecha de esa ejecutoria, para demandar la ineficacia del acto jurídico.

Ello, porque el plazo de prescripción de la anterior casación empezaría a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que puso fin al proceso quedó ejecutoriada (argumento del artículo 1998). Pero, nótese que esta norma se refiere a la ejecución de la sentencia que haya quedado ejecutoriada, la misma que conceda algún derecho a ser ejecutado por el litigante que haya vencido en juicio. Para estos efectos es que vuelve a empezar a correr el plazo de prescripción; pero no para la pretensión que consista en demandar algo distinto de aquello que fue materia de la ejecutoria.

Consideramos que este extremo de la primera casación (tomado como válido por la Corte Suprema en la segunda casación, que comentamos) es erróneo, porque el plazo de prescripción de diez años (de la pretensión de ineficacia del acto jurídico) no es que nazca de la primera casación. El plazo de prescripción de diez años de las pretensiones (que no sean de ejecución de sentencia) no lo establecen las sentencias judiciales; los plazos de prescripción los fija la ley, y eso está claramente establecido en el Código Civil, independientemente de lo que se diga en la primera sentencia de casación. Es decir, si en la sentencia se establece que el accionante se equivocó, porque no debió plantear nulidad del acto jurídico, sino una pretensión de ineficacia, entonces, el demandante que perdió el juicio está advertido, por la propia Corte Suprema, de que debe plantear una pretensión de ineficacia.

Pero lo que debe quedar claro es que esa pretensión ya podría haber prescrito, en la medida en que hubiese transcurrido el plazo de diez años, contado desde la celebración del contrato. Nótese que el plazo de diez años no debe computarse desde la fecha en que sea notificada la sentencia judicial firme que establezca que el accionante no debió demandar la pretensión que demandó, sino alguna otra. Por lo demás, el plazo de prescripción de la pretensión de ineficacia tampoco se suspende mientras dure el proceso; ello, porque el proceso fue uno de nulidad de acto jurídico y no uno de ineficacia de acto jurídico.

Entonces, creo que en este extremo tenemos una interpretación equivocada de la Corte Suprema. Entiendo que lo que se estaba haciendo era tratar de favorecer los derechos de una esposa burlada en un acto de disposición celebrado sólo por el marido. En ese sentido, la causa era noble. Comprendo la

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

finalidad, pero ahí hay un salto que no debió darse en el plano teórico, simplemente porque no correspondía hacerlo.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[123] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 161, con el texto siguiente:

> **Artículo 161.-** Patologías de la representación
>
> 1. El acto jurídico celebrado por el supuesto representante en ausencia de poder, por carecer de facultades de representación, por exceder los límites de las facultades que se le hubiere conferido o por infringir sus términos, es ineficaz con relación al supuesto representado. En tales casos, queda a salvo la responsabilidad del supuesto representante frente a quienes resulten perjudicados, salvo si el tercero conocía o debía conocer la ausencia de poder.
> 2. El representado no podrá cuestionar la eficacia del acto celebrado por el representante dentro de los límites del poder invocando que se ha contravenido su interés. Queda a salvo la responsabilidad del representante frente al representado.
> 3. La pretensión de ineficacia por parte del supuesto representado es imprescriptible.

Como hemos estudiado, el artículo 161 en actual vigencia regula la ineficacia del acto jurídico por exceso de facultades del representante.

La comisión del 2019 proponía ampliar el texto del artículo 161, agregando en su inciso 1 lo relativo a la infracción de los términos del poder.

El problema del inciso 1 propuesto, consistía en establecer que «En tales casos, queda a salvo la responsabilidad del supuesto representante frente a quienes resulten perjudicados».

Entendemos lo que quiso decir la comisión, pero no es que quede a salvo a la responsabilidad, pues, precisamente, el supuesto representante va a responder. Lo que se debió haber dicho es «sin perjuicio de la responsabilidad del supuesto representante [...]».

En el inciso 2 del proyecto se señalaba una verdad de Perogrullo, cuando se decía que «El representado no podrá cuestionar la eficacia del acto celebrado

123 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 85-86.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

por el representante dentro de los límites del poder invocando que se ha contravenido su interés. Queda a salvo la responsabilidad del representante frente al representado».

Esto era evidente, ya que la actuación del representante dentro de los límites del poder, podrá beneficiar o perjudicar al representado, lo que es propio del ejercicio de cualquier representación; y, por ello, no se podría reclamar la ineficacia del acto celebrado.

Es evidente también que alguna mala decisión tomada por el representante, para celebrar un acto jurídico en nombre del representado y que termine perjudicando a este último, podrá ser objeto de reclamo indemnizatorio, en base a los artículos 1314 y siguientes del Código Civil.

Debemos subrayar que este tipo de responsabilidad debe ser asimilado a la responsabilidad por inejecución de obligaciones y no a la responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes). Ello, porque generalmente el acto de apoderamiento se inscribirá dentro de un contrato de mandato (mandato con representación); y, en segundo lugar, porque, aunque no hubiere mandato con representación, existe una relación previa entre el autor de los daños (el representante) y la víctima (el representado), situación que torna más propia la aplicación de las normas de inejecución de obligaciones, las mismas que, como sabemos, no se aplican exclusivamente a los casos de responsabilidad extracontractual.

Por último, el proyectado artículo 161 incluía un inciso 3, que establecía que la pretensión de ineficacia por parte del representado era imprescriptible.

Disentimos radicalmente de esta propuesta.

En primer lugar, porque establecer un plazo de imprescriptibilidad de la acción en este supuesto, contribuiría a la inseguridad jurídica de muchos actos y contratos.

La comisión debió, a nuestro juicio, establecer un plazo prescriptorio de dos años desde el momento en el cual el representado tome conocimiento de las contravenciones al poder, dentro de los supuestos del propio artículo 161.

Esto, dado que se trata de un supuesto más de ineficacia; y ya el Código Civil en el inciso 4 de su artículo 2001 establece un plazo de prescripción de dos años para la acción revocatoria.

Pensamos, entonces, que no habría razón válida para proceder en un sentido distinto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XIX. Ratificación del acto jurídico

Artículo 162.- En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.

La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.

El tercero y el que hubiese celebrado el acto jurídico como representante podrán resolver el acto jurídico antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

La facultad de ratificar se trasmite a los herederos.

El tema de la ratificación se encuentra regulado en el artículo 162 del Código Civil.

En este punto conviene advertir que no debe confundirse la ratificación con la confirmación. La ratificación se hace respecto de actos ineficaces y es un acto jurídico unilateral que tiene como finalidad convalidar la actuación de quien, amparado en la representación, ha excedido o violado las facultades que le habían sido conferidas, o ha actuado careciendo de ellas. Mientras que la confirmación es un acto que se celebra con la finalidad de subsanar los vicios o defectos de un acto anulable (artículos 230 a 232 del Código Civil), entendiendo a los actos anulables como aquellos que cumpliendo con los elementos esenciales o requisitos de validez, adolecen de un vicio que el Derecho reconoce puede ser subsanado.

La ratificación podrá ser hecha por el representado y deberá observar la forma prescrita para su celebración. La ratificación podría ser expresa o tácita según la forma que haya seguido el acto jurídico a ser ratificado. Al respecto, Domenico Barbero[124] señala que «la ratificación suple a la falta o a la insuficiencia del mandato; por eso exige ella también la forma prescrita para el negocio a ratificar [...] y opera con eficacia retroactiva, pero salvo los derechos adquiridos de los terceros». Como se sigue, el representado que ha de ratificar

124 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 510.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

no puede adoptar la forma que estime conveniente, sino la formalidad prescrita para el acto materia de ratificación.

Así, mediante la ratificación el representado hace suyos los efectos del negocio concluido por el falso representante o por aquél que se extralimitó de los poderes recibidos. En términos de Vidal,[125] «mediante la ratificación, se convalida la relación representativa que no se originó en un acto de otorgamiento de la representación ni en uno de apoderamiento, pues éste ha sido distorsionado por quien actuó frente a un tercero contratante».

La ratificación tendrá efecto retroactivo, lo que significa que una vez notificado el acto jurídico que se encontraba viciado por causal de ineficacia, se convertirá en un acto plenamente eficaz, pero con carácter retroactivo; vale decir, desde el momento en que fue celebrado con el vicio que lo hacía ineficaz. El Código, con acierto, se encarga de señalar que quedarán a salvo los derechos de los terceros, entendidos éstos como los ajenos al acto que ha de ser ratificado.

Veámoslo con un ejemplo: El falso representante celebra un contrato de compraventa sobre un inmueble del falso representado el día 10 de enero. El día 15 de enero el falso representado da en arrendamiento a un tercero el inmueble que ha sido objeto de la compraventa en el acto celebrado por el falso representante. El día 20 de enero el falso representado ratifica el acto realizado por el falso representante. Si la ratificación tiene efecto retroactivo (es decir desde el 10 de enero), ¿qué pasa con los derechos del arrendatario que han sido adquiridos el 15 de enero? De acuerdo con lo previsto en el artículo bajo comentario, los derechos de ese tercero quedan incólumes. Esto tiene perfecta lógica porque se protege a quien de buena fe adquirió derechos de quien tenía legitimidad suficiente al momento de la celebración del acto. Por lo tanto, la ratificación no podrá afectarlo.

De otro lado, el artículo 162 otorga al tercero con quien se celebró el acto representativo ineficaz y a quien haya celebrado el acto jurídico como representante, el derecho de resolver el acto antes de la ratificación, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

Por lo demás, el artículo 162 establece que la facultad de ratificar los actos ineficaces comprendidos en este artículo es trasmisible a los herederos. Aquí se aprecia que el legislador aplica el principio de conservación del contrato y de los actos jurídicos, el mismo que hace que se prefiera conservar —en determinados casos— la validez o eficacia de tales actos, que hacérselas perder;

125 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 336.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

máxime cuando no existe plazo alguno para la ratificación. Además, tiene lógica el que la facultad de ratificación se trasmita a los herederos, habida cuenta de que ellos podrían tener interés en que surta efectos el acto ineficaz.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[126] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para que el artículo 162, con el texto siguiente:

> **Artículo 162.-** Ratificación del acto jurídico por el representado
>
> 1. En los casos previstos por el artículo 161, el acto jurídico puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración.
> 2. La ratificación tiene efecto retroactivo, pero queda a salvo el derecho de tercero.
> 3. El que actúa como representante sin serlo y el tercero con el que hubiera celebrado el acto jurídico, no podrán dejarlo sin efecto sin antes informar de su celebración al supuesto representado mediante comunicación de fecha cierta para que se pronuncie sobre su eventual ratificación dentro de los treinta días siguientes.
> 4. Vencido el plazo sin pronunciamiento del supuesto representado la ratificación se entiende negada. En ese caso, el tercero puede solicitar, a su elección, el cumplimiento al falso representante de ser aquel posible o desistirse unilateralmente del contrato celebrado; sin perjuicio de la indemnización que corresponda.
> 5. La facultad de ratificar se trasmite a los herederos.

Como hemos estudiado, el artículo 162 del Código Civil regula el tema de la ratificación del acto jurídico.

El proyecto de modificación del 2019 partía, en lo que respecta a esta norma, del anteproyecto del año 2005.[127]

El inciso 1 del anteproyecto del 2019, incluía textualmente el primer párrafo del artículo 162 en actual vigencia.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

126 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 86-88.

127 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp.164-167.

El inciso 2 copiaba el segundo párrafo del actual artículo 162, pero pensábamos que aquí sí se podría haber realizado una modificación importante.

Como señalamos ya en 1998,[128] consideramos que el otorgar a la ratificación efectos retroactivos constituye una peligrosa ficción. Ella debería surtir efectos recién a partir del momento en que se efectúa, vale decir, desde que es comunicada al apoderado o al representante.

Ese carácter retroactivo podría perjudicar a quien desee hacerla, en la medida de que no quiera que su asentimiento respecto de esos actos surta efectos desde el término inicial, sino recién desde el momento de su ratificación. En todo caso, ello podría quedar a elección de la persona que ratifica el acto. Entendemos que, si ésta no quisiera que el acto tuviere efectos retroactivos, para que el acto sea eficaz, la ratificación debería contar con la aceptación de la contraparte.

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

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

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

Y, por si eso no bastara, la norma que se proponía le concedía al representado treinta días para decidir si lo ratificaba o no; mas no fijaba qué plazo tenía el supuesto representante para informar.

Es posible que quien actuó sin facultades de representación o excediéndolas y enmienda el error, resolviendo el acto sin consecuencias perjudiciales, pueda ser demandado por el supuesto representado que no fue informado de ello. Con lo cual podríamos llegar al caso en que el representado podría demandar por el lucro cesante que le ha causado que el representante corrija un exceso (haber ejercido la representación excediendo los alcances del poder, por citar el ejemplo más representativo) sin darle la oportunidad de ratificar el acto celebrado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

128 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 303.

Por su parte, la comisión agregaba un inciso 4 en el anteproyecto del 2019, el mismo que señalaba que «vencido el plazo sin pronunciamiento del supuesto representado, la ratificación se entiende negada. En este caso, el tercero puede solicitar, a su elección, el cumplimiento al falso representante, de ser aquél posible o desistirse unilateralmente del contrato celebrado, sin perjuicio de la indemnización que corresponda.

Sobre el inciso 4 no vamos a expresar algo adicional, en la medida de que lo accesorio (inciso 4) sigue la suerte de lo principal (inciso 3).

El inciso 5, que proponía la comisión del 2019, señalaba que la facultad de ratificar se transmite a los herederos.

Concordábamos con el sentido de lo señalado, pero estimábamos que regular este tema resultaría innecesario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XX. Anulabilidad de los actos celebrados por representante

Artículo 163.- El acto jurídico es anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el contenido del acto jurídico fuese total o parcialmente determinado, de modo previo, por el representado, el acto es anulable solamente si la voluntad de éste fuere viciada respecto de dicho contenido.

Recordemos que mediante la representación directa el representante celebra el acto jurídico con los terceros contratantes en nombre y en interés del representado, mientras que en la indirecta lo celebra en su propio nombre, pero en interés del representado. Lo cierto es que en ambas figuras la doctrina reconoce que el representante actúa con su propia voluntad, incluso en los supuestos en los que actúa dentro de los límites de las instrucciones recibidas, la manifestación de la voluntad del representante se distingue de la manifestación del representado, y es la primera que se analiza para efectos de la configuración de los elementos esenciales del acto jurídico, a los que nos hemos referido al comentar el artículo 140 del Código Civil.

La norma bajo análisis presenta dos supuestos:

1. La anulabilidad por vicio de la voluntad del representante

Recordemos que la voluntad que constituye el acto a ser celebrado con el tercero contratante es la del representante, quien tiene margen de discrecionalidad al momento de celebrar el acto jurídico con el tercero. En efecto, no basta que el representado haya decidido la realización del acto si es que el representante no la lleva a cabo a través de la oferta o la aceptación. Entonces, es la voluntad del representante la que se encuentra ejecutando; por lo que, si el tercero induce a error al representante, entonces, el representante habrá incurrido en un vicio de voluntad.

De modo que, si el acto celebrado por el representante es afectado con una causal de anulabilidad, no necesariamente va a poder vincular al representado, porque hay un vicio en la voluntad del representante.

Éste sería el caso de un vicio de la voluntad en el que incurriese cualquier persona. Por ejemplo, que el poderdante, simplemente le hubiere encargado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

comprar una casa que esté ubicada en la primera fila de una playa determinada. Si el apoderado celebrara un contrato sobre una casa de esa playa que está en la primera fila, pero el vendedor omite decirle que delante de esa casa se construirá otra casa, entonces, el representante habría incurrido en error (o dolo, si la omisión fue intencional) y ese acto sería anulable.

2. La anulabilidad por vicio de la voluntad del representado cuando éste hubiese determinado el contenido del acto celebrado por el representante

En este caso estaríamos propiamente ante un representante que se asemeja al nuncio, en donde el representante no tiene voluntad ni margen de discreción o decisión propia, pues sólo es un mero transmisor de la voluntad del representado. Aunque, como ya lo hemos advertido previamente, el nuncio no es una figura jurídica regulada en nuestra legislación, el Código Civil de 1984 considera como representación incluso a esta categoría, en tanto el acto es celebrado por persona distinta del interesado.

En estos casos, la indicación del representante viene viciada.

Un ejemplo sería el caso en el cual el representado instruyó que se compre un terreno determinado por él que, según indica el poder, es de una hectárea, cuando en realidad el terreno posee sólo ocho mil metros cuadrados. Entonces, el vicio de la voluntad recae sobre el contenido del acto de apoderamiento, en cuyo caso, el acto jurídico también sería anulable, pues, como indica la segunda parte del artículo 163, el vicio habría recaído respecto del contenido del acto de apoderamiento, pues en él se había predeterminado de manera errónea el área del terreno que quería adquirir en propiedad. Esto, más allá de las acciones que facultan las normas de compraventa sobre medida y en bloque del propio Código Civil (artículos 1574 a 1579).

Esto, por una cuestión elemental de seguridad jurídica, en lo que respecta a los alcances de los poderes y de su literalidad. Si ello no fuera así, nadie aceptaría contratar con otro que actuara por medio de representante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XXI. Manifestación de la calidad de representante

Artículo 164.- El representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades.

Hemos señalado en diversas ocasiones que el apoderado siempre deberá manifestar a sus futuras contrapartes en un acto jurídico, el hecho de que está actuando en representación de otro y, además, especificar quién es ese otro.

El poder es un acto unilateral de voluntad y para su existencia no se requiere de la aceptación del representante. No obstante, es obvio que, si el poder no hubiese sido aceptado por el representante, el cumplimiento de su contenido no podrá ser exigido por el representado. Pero cuando haya aceptación del mismo, ingresamos al terreno del contrato de mandato.

Como enseña Aníbal Torres, «antes de la aceptación del poder no hay relación jurídica entre poderdante y apoderado, por lo que éste no está obligado a nada frente a aquél. Producida la aceptación, de la representación surgen obligaciones para el representante y para el representado». Pero debemos reiterar, en línea con lo expuesto anteriormente, que tales obligaciones serán fruto de un contrato de mandato, habida cuenta de que la representación o acto de apoderamiento es unilateral y no genera obligación alguna, por parte del apoderado, de celebrar los actos jurídicos para los que se le faculte en el poder. Será el contrato de mandato el que lo obligue a ello.

Por otra parte, el representante siempre deberá acreditar cuáles son sus facultades. A pesar de que los poderes, en principio, no son actos de formalidad solemne, salvo para los casos de enajenación o gravamen de bienes (artículo 156), por lo general ellos constan por escrito, pues en caso contrario el apoderado no podrá probar ante otras personas, su calidad de representante del otorgante del poder y eso frustraría su desempeño como tal.

En tal virtud, si el representante no señalase que el acto que va a celebrar es en nombre de otro, lo celebrará él mismo como persona natural.

De ahí el contenido del artículo 164 del Código Civil, en el sentido de que el representante está obligado a expresar en todos los actos que celebre que procede a nombre de su representado y, si fuere requerido, a acreditar sus facultades.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, vemos que este artículo recoge la obligación del representante, de indicar que actúa en función de un nombre ajeno y no en nombre propio. De este modo, no bastará con que ejecute el encargo, sino que deberá declarar que lo hace por encargo y en nombre de otro y que está premunido de las facultades suficientes para dicha actuación, la misma que deberá observar los lineamientos determinados por el representado. De lo contrario, los actos recaerán directamente en la esfera del representante, pues no se habría informado al tercero contratante que el acto se estaba celebrando en nombre de otro.

Asimismo, tal situación otorga a quien contrate con el representante, el derecho potestativo de solicitar la acreditación de las facultades de ese representante. Esto, sin duda, es a la vez una carga para el propio tercero contratante, de actuar con diligencia a efectos de cuidar sus propios intereses.

Se advierte que no se especifica cómo han de acreditarse las facultades, máxime cuando, salvo para los casos de los poderes especiales, la norma no prescribe una formalidad específica. Pero el precepto es claro respecto de que el tercero no puede sustraerse de su deber de actuación diligente en cuanto a verificar que el representante cuente con la legitimidad necesaria para su actuación. La facilidad de esta acreditación dependerá de las formalidades que haya empleado el representando al momento de otorgar la representación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XXII. Presunción legal de representación

Artículo 165.- Se presume que el dependiente que actúa en establecimientos abiertos al público tiene poder de representación de su principal para los actos que ordinariamente se realizan en ellos.

El artículo 165 es un precepto de mucha utilidad dado que, si él no existiese, resultaría muy difícil comprar o celebrar cualquier contrato en una tienda o establecimiento comercial abierto al público, pues no sabríamos si los vendedores de una casa comercial o los empleados de un banco tienen o no poder de la empresa dueña del negocio que funciona en el establecimiento, para celebrar distintos actos jurídicos. De modo que este artículo alienta la seguridad y celeridad en el tráfico comercial, basado en la buena fe de la actuación de las partes.

La norma no señala si estamos ante una presunción *iuris et de iure* o si ella admite prueba en contrario. No obstante, creemos que se trata de un precepto que admite prueba en contrario cuando no se actúe de buena fe. Ello, habida cuenta de que podría darse el caso en el cual quien va a celebrar un acto jurídico en el establecimiento público tenga conciencia de que claramente lo está celebrando con un subordinado sin competencia.

Nos explicamos con un ejemplo. Pensemos en que vamos al taller de la concesionaria vehicular, pido la cotización y ordeno el trabajo para el cambio de aros de las llantas de mi vehículo. En vez de darme una cotización formal, el mecánico que me atiende me envía desde su celular personal el presupuesto por mensaje de WhatsApp indicándome que me hará un descuento del 50% si el pago se realiza de manera directa. Cuando voy al taller a recoger mi vehículo le pago directamente al mecánico (aplicando el descuento ofrecido) y no en la caja del taller mecánico; además no me dan comprobante de pago alguno. Días después advierto una falla en el funcionamiento de la dirección del automóvil, debido al cambio de aros realizado. ¿Podré reclamarle al taller donde quien me atendió fue uno de sus dependientes?

Queda claro en el ejemplo propuesto que no actué con buena fe, pues mi procedimiento en la contratación de los servicios del taller no fue el regular, usual o acostumbrado. Estimamos, entonces, que cabe prueba en contrario con respecto a la disposición contenida en el artículo 165.

EDUARDO MARIO CASTILLO FLEXER

XXIII. Acto jurídico «consigo mismo»

Artículo 166.- Es anulable el acto jurídico que el representante concluya consigo mismo, en nombre propio o como representante de otro, a menos que la ley lo permita, que el representado lo hubiese autorizado específicamente, o que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

El ejercicio de la acción le corresponde al representado.

¿Qué es el denominado acto jurídico «consigo mismo»?

En primer lugar, hay que descartar que se trate del caso en que una misma persona celebre un acto jurídico con ella misma, conservando su propia identidad como celebrante A y celebrante B. En otras palabras, Juan no podrá celebrar un contrato por el que le venda a sí mismo (a Juan) su casa, pues ese acto jurídico sería jurídicamente imposible. En efecto, corresponde en este punto distinguir entre la parte sustancial de un negocio (sobre quien recaerán los efectos) y la parte formal del mismo (que es quien celebrará el acto negocial).

De ahí que la denominación de «Acto consigo mismo» o «Contrato consigo mismo», es errada si se enfoca desde el punto de vista sustancial. No obstante, desde el punto de vista formal sí puede verificarse el acto consigo mismo. En efecto, en los casos en los que se ejerza una doble representación, es decir donde C actúe como representante de A y de B (partes sustanciales), se verificará un acto jurídico «consigo mismo» (desde el punto de vista formal). Asimismo, puede presentarse el caso en donde el representante, además de ser parte formal de A, será también la parte formal y la parte sustancial (en B). Nótese que, en ninguno de esos casos, el acto jurídico «consigo mismo» se configura teniendo las mismas partes sustanciales.

De modo tal que lo que comprende la figura son actos en que la misma persona actúe en la celebración de un acto jurídico, pero con calidades distintas en lo que respecta a la identidad de los celebrantes.

Así, por citar dos ejemplos representativos:

- Juan contrata con la empresa X, de la cual Juan es representante.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- La empresa X, representada por Juan, contrata con la empresa Y, también representada por Juan.

Comentábamos que la representación se basa en la confianza que otorga el representado a su representante. Por lo que, el legislador se ha ocupado aquí de cuidar que el interés del representado no se vea mermado o sobrepasado por el propio interés de su representante, quien tiene el deber de cuidar el interés de su representado.

Es por ello que la ley y el Derecho, en general, siempre han considerado estas situaciones como muy delicadas en lo que respecta a eventuales conflictos de interés, razón por la cual el artículo 166 del Código de 1984 establece que estos actos serían anulables, salvo que se presente alguna de las siguientes tres circunstancias:

- Que la ley lo permita.
- Que el representado lo hubiese autorizado específicamente. Este supuesto engloba al acto jurídico que celebra el representante como doble representante; así como el acto que celebra en su propio interés en calidad de parte sustancial. En este supuesto excluyente de anulabilidad, la ley busca que el representado autorice al representante de forma clara e indubitable; no obstante, no precisa la forma que debe seguir, pudiendo, incluso, ser ésta tácita. Por ello, coincidimos con Fernando Vidal[129] cuando sostiene que al mismo podría asignársele el carácter de un poder especial. Máxime si lo que buscamos es certeza de su autorización específica.
- Que el contenido del acto jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses.

De modo tal que, puede darse el caso en que, aun existiendo conflicto de intereses entre el representado y el representante, el primero autorice al segundo la representación, diluyéndose así el carácter anulable del acto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

129 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 328.

XXIV. Poder especial de los representantes legales para actos de disposición

Artículo 167.- Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. Celebrar transacciones.
3. Celebrar compromiso arbitral.
4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.

El tema del poder especial de los representantes legales para actos de disposición se halla regulado por el artículo 167 del Código Civil.

Lo primero a lo que corresponde referirnos en este apartado es a quién es un representante legal. Los representantes legales, también llamados, representantes necesarios, no son producto de una representación voluntaria entre el representante y el representado; sino que tienen su origen en la ley, bajo el entendido de que el ordenamiento jurídico protege a quienes carecen de capacidad de ejercicio o se encuentran en una situación de hecho o de derecho que demanda la cautela de sus intereses. De modo que, no queda margen de duda de que la representación legal ha de surgir siempre de una situación prevista en la ley; la misma que ha de precisar los poderes y limitaciones del representante legal.

Así, tendremos, por ejemplo, como representantes legales de los hijos menores, a los padres; de los menores sobre quienes nadie ejerce la patria potestad, al tutor; de los mayores con capacidad de ejercicio restringida señalados en el artículo 44, incisos 1 (en caso nadie ejerza la patria potestad sobre ellos), y 4 a 8, a los curadores; a los administradores de personas jurídicas; entre otros.[130]

Para el caso de los representantes legales, el artículo 167 señala que ellos requieren autorización expresa a efectos de celebrar cuatro actos sobre los bienes

130 Véanse los artículos del Código Civil en los que se regula la representación legal: a) tutela (527); curatela (576); c) sociedad conyugal (294); d) patria potestad (423, inciso 6); e) administración judicial de bienes del ausente (54); j) administración de herencia indivisa, nombrado por administrador judicial (851); k) copropiedad (973); l) dependientes (165).

ESTUDIO M. PIO CASTILLO FREYRE

del representado. Aun cuando la norma no lo diga expresamente, si analizamos los casos en los que existe un representante legal, se advierte que la autorización deberá provenir del juez o del consejo de familia, según corresponda:

a) Disponer de los bienes o gravarlos (inciso 1)

La norma concuerda con lo dispuesto en el artículo 156, antes comentado y entra en concordancia con las limitaciones de los padres y tutores respecto de los bienes de los hijos o personas bajo tutela; que requieren autorización expresa para los actos de enajenación o gravamen.

b) Celebrar transacciones (inciso 2)

La transacción es un medio extintivo de obligaciones, pero a la vez un medio para solucionar problemas entre las personas, que conlleva la abdicación o disposición de un derecho. En efecto, conforme a lo establecido por el artículo 1302 del Código Civil, a través de ella, las partes se hacen concesiones recíprocas. Es justamente por esto último, que el artículo 167 señala que para transigir se requiere poder especial, a efectos de no perjudicar o poner en riesgo los derechos patrimoniales del representado, sin que este último sea consciente de ello.

c) Celebrar compromiso arbitral (inciso 3)

El Código Civil en su texto original, abordaba dentro de los contratos típicos a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, figuras precursoras de lo que hoy se entiende por convenio arbitral. La regulación de esas materias se hacía entre los artículos 1906 y 1922, derogados en 1992 por la primera Ley de Arbitraje que rigió en nuestro país (Decreto Ley n.° 25935, publicada el 10 de diciembre de ese año).

Fue larga la discusión en el sentido de si se debía requerir o no poder especial para que los representantes legales obligaran a las personas jurídicas a las que representaban.

Nosotros tomamos parte activa en esa discusión.[131]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

131 Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral». En: *Revista Jus Doctrina & Práctica*. Grijley. Lima, julio 2007, n.° 7, pp. 221-235; y en: *enMARCando*. Revista de métodos alternativos de resolución de conflictos de la Escuela Nacional de Conciliación. Lima, 4.ª edición, http://www.minjus.gob.pe/enmarcando.

Este debate fue zanjado por el Decreto Legislativo n.° 1071, actual Ley de Arbitraje (vigente desde el 1 de septiembre de 2008), cuerpo normativo que en su artículo 10 establece lo siguiente:

> **Artículo 10.-** Representación de la persona jurídica.
>
> 1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.
> 2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

Entonces, hoy en día, debería entenderse que, desde la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje, se encuentra implícito o tácitamente derogado el inciso 3 del artículo 167 del Código Civil.

d) Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial (inciso 4)

Se trata de una norma de remisión a aquellos otros casos en que las leyes establezcan supuestos adicionales. Así, por ejemplo, el artículo 448[132] del Código Civil regula los actos en los que los padres, como representantes legales de los hijos menores, necesitan autorización judicial. Lo propio ocurre con los representantes legales que ejercen la tutela y la curatela (véase los artículos 531, 532 y 602 del Código Civil).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

132 **Artículo 448.-** Los padres necesitan también autorización judicial para practicar, en nombre del menor, los siguientes actos:
1.- Arrendar sus bienes por más de tres años.
2.- Hacer partición extrajudicial.
3.- Transigir, estipular cláusulas compromisorias o sometimiento a arbitraje.
4.- Renunciar herencias, legados o donaciones.
5.- Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida.
6.- Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio.
7.- Dar o tomar dinero en préstamo.
8.- Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración.
9.- Aceptar donaciones, legados o herencias voluntarias con cargas.
10.- Convenir en la demanda.

Con estas palabras, además, terminamos el análisis de los artículos en que el Código Civil regula la representación en el libro de acto jurídico.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[133] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 167, con el texto siguiente:

> **Artículo 167.-** Poder especial para actos de disposición
>
> Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:
>
> 1. Disponer de ellos o gravarlos.
> 2. Celebrar transacciones.
> 3. Celebrar el convenio arbitral, salvo disposición distinta de la ley.
> 4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial.

No estuvimos de acuerdo con la propuesta de modificación del artículo 167, en la medida de que el desarrollo del arbitraje en el Perú fue tan grande, que hoy —a diferencia de lo que ocurría hace una o dos décadas— el celebrar convenios arbitrales debería entenderse comprendido dentro de las facultades propias de todo representante legal.

Como ya hemos explicado, esto antes no se entendía así, pero hoy en día lo establece el artículo 10 del Decreto Legislativo n.° 1071, Ley de Arbitraje vigente desde el 1 de septiembre del 2008, para el caso de la representación de las personas jurídicas.

En ese sentido, pensamos que debió haberse seguido la misma línea de pensamiento para el caso del artículo 167 del Código Civil y, así, haber aprovechado la ocasión para derogar su inciso 3, de modo tal que el poder especial ya no sea exigido para celebrar convenios arbitrales (antes compromisos arbitrales).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

133 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 88-89.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Interpretación del acto jurídico

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IV
Interpretación del acto jurídico

La función de la interpretación contractual consiste en determinar la común intención de las partes y, en consecuencia, el significado que se le debe otorgar a sus declaraciones y conductas debe ser aquél que se condiga con la finalidad concreta que éstas han buscado al celebrar el negocio.

Hace unos años, cuando escribí sobre la buena fe contractual, sostuve que «el objeto de la interpretación nunca es la intención o voluntad interna de las partes, sino la declaración de aquélla, ya que no puede pretenderse que el intérprete penetre en la conciencia de los sujetos, que sólo a ellos pertenece y que únicamente ellos conocen».[134] Como siempre decimos, la voluntad interna resulta irrelevante para estos efectos. Lo que interesa es aquello que se declaró, sea de manera unilateral o a través de la conjunción de voluntades, como es el contrato.

La interpretación es la operación que individualiza el correcto significado de los signos con los cuales las partes han manifestado la voluntad contractual, constituyendo el primero de los pasos a través de los cuales se llega a definir el reglamento contractual.[135]

La necesidad de interpretar surge cuando se presenta un desacuerdo entre las partes respecto de lo negociado y celebrado. Así, en este ejercicio de interpretación se pretende descubrir el entendimiento de lo declarado por las partes. Interpretar, entonces, consiste en reconstruir la intención común de los contratantes, para lo que será necesario que se examine las posiciones por encima del interés de cada uno de ellos; para estos efectos se deberá tener en cuenta no sólo el texto o la negociación, sino también las circunstancias, la finalidad del acto, entre otras materias que ayuden a entender cuál fue la intención común de las partes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

134 Castillo Freyre, Mario. «La buena fe contractual, con especial referencia a la etapa de la celebración del contrato en el Código Civil peruano de 1984». En: *Revista Iberoamericana de Derecho Privado.* IJ-LXXVIII.

135 Roppo, Vincenzo. *El contrato.* Gaceta Jurídica. Lima, 2009, p. 431.

Según Rómulo Morales,[136] la función de la interpretación consiste en reconstruir el significado razonable de la declaración emitida o del comportamiento o del documento emitido, según el lenguaje común, la práctica de la vida socioeconómica cultural y los usos del tráfico, una vez que el significado de las declaraciones, de los comportamientos y del documento haya sido encuadrado dentro de las circunstancias concretas en que se produce.

A fin de cumplir tal función, la interpretación se sostiene en una serie de criterios jurídicos interpretativos, que se clasifican en criterios individuales y criterios típicos.

Los criterios individuales se sostienen en normas que tienen por objetivo identificar la finalidad en concreto de las partes. Las reglas a través de las cuales se establecen los criterios individuales son la de interpretación literal, la de interpretación global, la de interpretación sistemática y la de interpretación causalista o finalista. En aquellos supuestos en los que la aplicación de los criterios individuales no permite identificar la finalidad concreta de las partes, es necesario recurrir a los criterios típicos que, por lo mismo, pueden calificarse como subsidiarios de aquéllos.

En ese orden de ideas, debemos advertir que el Código Civil peruano proporciona diversos criterios legales de interpretación del acto jurídico y del contrato, a través de los artículos 168, 169, 170 y 1362.[137]

A partir de ellos puede señalarse que los criterios legales hermenéuticos de interpretación recogidos en el Código Civil de 1984, son los siguientes:

- La regla de interpretación de la voluntad declarada y de la común intención de las partes (artículos 168 y 1362).
- La regla de interpretación según la buena fe (artículos 168 y 1362).
- La regla de interpretación sistemática (artículo 169).
- La regla de interpretación funcional (artículo 170).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

136 Morales Hervias, Rómulo. «Interpretación finalista». En: *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica. Lima, 2021, tomo I, p. 664.

137 **Artículo 168.**- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.
Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.
Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.
Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

I. Regla de la interpretación de la voluntad declarada, de la común intención de las partes y de la interpretación según la buena fe

Artículo 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

La lectura de los artículos 168 y 1362 del Código Civil nos permite identificar dos reglas que, en realidad, pensamos deben aplicarse de manera excluyente, si la declaración contractual es clara; y de manera complementaria, en la medida en que la primera puede constituir un criterio que sirva de referencia a la segunda. Así, en tales normas se prevé como reglas a la interpretación literal y a la interpretación global, cuya aplicación conjunta parte de lo declarado y actuado por los contratantes, con el objetivo de identificar lo que constituye su común intención.

En efecto, como sostiene Franceso Messineo,[138] muchas veces podrá bastar que la indagación interpretativa se limite al «sentido literal de las palabras». Eso ocurre cuando en la redacción del contrato ha intervenido la obra de técnicos del derecho (notarios, abogados, asesores, etc.) o cuando las partes son versadas en la materia del contrato y, por consiguiente, emplean una terminología correcta, no susceptible de dudas o cuando el contrato ha sido preparado con formularios, y en otros casos análogos.

La regla de la interpretación literal busca el significado habitual de las palabras o texto empleados por los contratantes al declarar su voluntad. En ese sentido, el aplicar este criterio implica que el intérprete atiende al significado técnico de los términos usados en el contrato, así como su significado convencional. La doctrina coincide en sostener que, aunque la interpretación literal constituye una primera herramienta de análisis para identificar la común intención de las partes, la misma podría resultar insuficiente para alcanzar el verdadero significado de lo expresado en el contrato.

138 Messineo, Francesco. *Interpretación e integración del contrato. Doctrina general del contrato.* Traducción de R.O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra, tomo II. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986, p. 98.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En otras palabras, el análisis de estos comportamientos sólo debería ser obligatorio si los términos contractuales no fuesen lo suficientemente claros. Pero debemos ser muy enfáticos en el sentido de que este segundo peldaño nunca autoriza a tergiversar una declaración contractual bien hecha.

La interpretación de la real voluntad de las partes nunca puede torcer una voluntad claramente declarada. Los métodos de interpretación no sirven para distorsionar lo acordado o declarado, sino para reforzarlo. La interpretación contractual sirve para reconstruir la voluntad de las partes; no para destruirla o sustituirla por otra. Los abogados no nos podemos convertir en mercaderes de la interpretación jurídica.

En otras palabras, la interpretación de los actos jurídicos y contratos no puede construir de manera diferente lo bien construido y declarado; sólo podrá ayudar a reconstruir las voluntades de los celebrantes, en caso tal construcción generase algunas dudas.

Conviene advertir que, junto a la interpretación literal y la interpretación global, los artículos 168 y 1362 del Código Civil, también prevén la interpretación según la buena fe. Veamos con detenimiento cada una de ellas.

1. Regla de interpretación literal

Advierte Díez-Picazo que el punto de partida de toda actividad interpretativa debe ser la letra, cuando el contrato haya quedado redactado por escrito. En los contratos verbales, la interpretación deberá ir precedida de una tarea probatoria, de fijación de las declaraciones. Una vez llevada a cabo, las declaraciones pueden asimilarse a la letra.[139]

- La regla de la interpretación literal busca el significado habitual de las palabras o textos empleados por los contratantes al declarar su voluntad. En ese sentido, el aplicar este criterio implica que el intérprete atiende al significado técnico de los términos usados en el contrato, así como a su significado convencional.

La interpretación literal, como constituye una primera herramienta de análisis para identificar la común intención de las partes, podría resultar suficiente para alcanzar el verdadero significado de lo expresado en el contrato. No se trata, pues, de excluir la voluntad de lo declarado sino de interpretar el acto de acuerdo con lo que en él se ha expresado. Así, nuestro Código ha definido una posición con respecto a la voluntad y a la manifestación de ésta; y

139 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Op. cit.*, p. 399.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

es que la determinación de la voluntad se regirá según lo declarado. En efecto, es mediante lo expresado como se debe determinar la voluntad interna del acto celebrado por el sujeto.

No obstante, señala Coviello[140] no sólo por los medios proporcionados por la gramática o el diccionario debe inferirse la voluntad real, sino por todos los que suministra el arte de la lógica. En efecto, la interpretación literal es sólo una primera línea de interpretación, pero no es la única que exige el artículo 168 del Código Civil.

A entender nuestro, si la literalidad del acto o contrato es muy clara, pues la interpretación, en principio, no debería permitir ir más allá, dado que ella podría distorsionar lo pactado. Sólo en caso ello no fuere así, es que el intérprete estaría autorizado a indagar en el comportamiento de las partes, sea anterior, coetáneo o posterior al momento de la celebración del acto o contrato. Más útil, en estos casos, es la interpretación global ya que, si bien no deja de lado el texto del contrato, busca identificar el verdadero contenido y los verdaderos alcances de lo que han declarado los contratantes, a través de la valoración de su comportamiento. Esta valoración, cabe advertir, no se restringe al momento de la celebración o al de ejecución del contrato, sino que abarca todas las etapas del *iter* contractual.

2. Regla de interpretación global: La interpretación histórica del contrato y la conducta de las partes como medio interpretativo

Como hemos señalado, podría ocurrir que la regla de la interpretación literal presente limitaciones, momento en el cual resultaría de suma importancia la interpretación global o histórica ya que, si bien no deja de lado el texto del contrato, busca identificar el verdadero contenido y los verdaderos alcances de lo que han declarado los contratantes, a través de la valoración de su comportamiento. Esta valoración, cabe advertir, no se restringe al momento de la celebración o al de la ejecución del contrato, sino que abarca todas las etapas del *iter* contractual. En efecto, como señala Domenico Barbero,[141] los datos o circunstancias a considerar en la indagación interpretativa son el comportamiento global, incluso posterior a la conclusión del contrato y, más en general, al cumplimiento del negocio.

El conjunto de actos realizados por las partes en ejecución del contrato posee un indudable valor como medio hermenéutico, debido a lo que puede

140 Coviello, Nicola. *Interpretación de la voluntad. Doctrina general del Derecho Civil.* Ara Editores, Lima, 2007, p. 483.

141 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 605.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

llamarse un principio de coherencia y de continuidad de la voluntad contractual en la fase de formación del contrato y en la fase de ejecución de éste. Atendiendo a ello, esta regla parte de que el intérprete, para determinar la significación que tiene un contrato, debe conocer y valorar la situación jurídica, económica o social en que las partes se encontraban en el momento de celebrar el contrato (antecedentes), la manera como el contrato fue elaborado (trabajos preparatorios) y la conducta seguida por las partes en la ejecución del contrato.[142]

Señala Messineo[143] que, al interpretar el contrato, se debe indagar cuál ha sido la común intención de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras. Esto significa que, para eliminar el desacuerdo de las partes, en orden al alcance del contrato, es necesario dar preferencia a la efectiva voluntad contractual, y no a la que resultaría en apariencia del sentido literal de las expresiones usadas.

Por nuestra parte, podríamos agregar que el proceder descrito por Messineo debe ser tomado de manera muy cuidadosa. Ello, en la medida de que las palabras pueden tener un significado muy concreto y claro. Y, si el comportamiento de las partes difiere de la declaración contractual, a lo mejor este comportamiento refleja un error en la interpretación del contrato y no que las partes (o una de ellas) hayan querido contratar en un sentido diferente al tenor literal del texto contractual. Lo repetimos: la labor interpretativa de los abogados no puede servir para torcer el claro texto de las estipulaciones contractuales.

A decir de Scognamiglio, de esta manera, en aplicación de la regla de interpretación que venimos analizando, el intérprete, para determinar la intención común de las partes, debe acudir al entero comportamiento de los contratantes, inclusive posterior a la celebración del contrato. Ello, en esencia, quiere decir que el intérprete puede tener en cuenta, además de los resultados contractuales en sentido estricto, todo elemento de juicio ofrecido por la conducta de los sujetos en relación con el contrato, que puede servir a la finalidad de determinar los términos reales del contenido del acto, superando toda apariencia falsa o perplejidad.[144]

Como se observa, a partir de esta regla, la conducta de las partes resulta relevante desde las negociaciones, durante la ejecución y hasta el cumplimiento de las prestaciones. Pero, insistimos en precisar que cuando la interpretación literal no deje lugar a dudas, los argumentos extratextuales deberían ser

142 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Op. cit.*, pp. 401-403.

143 Messineo, Francesco *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derecho de las Obligaciones. Parte general.* Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955, tomo IV, p. 490.

144 Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996, p. 182.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sumamente poderosos para hacer que el intérprete deje de lado (se aparte de) la voluntad declarada de las partes.

Advierte Carlos A. Ghersi, que los sujetos, al generar esa relación jurídica, se hallan en una constante interacción en la que sus expresiones, declaraciones, acciones u omisiones, en suma, sus conductas, son una actitud recíproca objetiva de interrelación y de mutua confianza. Por lo que, en opinión que compartimos con el citado profesor, es necesario tener en cuenta desde los actos preparatorios, hasta el marco socioeconómico y jurídico en que actuaron, así como también las cualidades personales, culturales, hábitos regionales, lingüísticos, entre otros.[145]

De modo tal que queda claro que cuando nos referimos a la interpretación global, estamos diciendo que debería interpretarse la declaración considerando las circunstancias en las cuales se hizo la misma, pero, además, no perdiendo de vista el bagaje cultural de las partes, las circunstancias extrínsecas de la operación y la conciencia de las partes de estas circunstancias. Es decir, el contexto integral que rodea las tratativas, la celebración y ejecución del acto o negocio jurídico.

José Leyva Saavedra expresa que como comportamiento anterior, puede ser tomada en consideración la correspondencia habida entre las partes durante el proceso de negociación o, cuando se trate de interpretar un contrato definitivo, puede obtenerse una información valiosa del contrato preparatorio, siempre y cuando el primero sea la única fuente de derechos y de obligaciones entre las partes; como comportamiento posterior puede tener trascendencia la actuación de las partes en el momento de la ejecución del contrato: por lo que piensa que si las partes de manera constante han atribuido al contrato un significado determinado, una de ellas no podrá oponerse con posterioridad a su ejecución, pretendiendo que las palabras del contenido contractual sean interpretadas de otro modo. Según el citado autor, el significado anómalo que la parte contratante atribuya a su propia declaración no podría, en efecto, prevalecer sobre el significado normal que dicha declaración pueda tener.[146] Por nuestra parte, ya hemos escrito suficiente sobre este tema, señalando que las conductas de las partes habidas con posterioridad a la celebración del contrato, no significan algo concluyente, en la medida de que la *Teoría de los actos propios* no es un principio del Derecho, sino solamente una regla de aplicación absolutamente compartida junto con una serie de otras consideraciones.

PABLO MARIO CASTILLO FREYRE

145 Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial.* Editorial de Astrea Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1998, tomo I, p. 250.

146 Leyva Saavedra, José. «Interpretación de los contratos». En: *Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM.* Lima, 2008, volumen 65 *(n.° 1-n.° 2),* pp. 170-172.

Sin perjuicio de ello, tenemos que destacar que la conducta interpretativa, en todo caso debería ser común de ambas partes. En caso sea unilateral, no debe resultar favorable a la persona que la realiza, pues de otro modo, como observa Borda,[147] sería muy fácil para los contratantes desviarse de la recta interpretación de un convenio, realizando actos que la otra parte tal vez ignore.

3. La regla de interpretación según la buena fe

Roppo[148] atribuye a la buena fe una lectura basada en la confianza. Así, señala que la interpretación con arreglo a la buena fe atribuye al contrato el significado que una parte habría legítimamente confiado que tenía, de manera que la pretensión de hacer valer contra esa parte una interpretación diferente sería incorrecta y desleal.

La buena fe significa que las declaraciones de voluntad deben responder a motivaciones serias, deben ser la consecuencia de una conducta responsable, de modo tal que el destinatario de la declaración no se verá defraudado en la confianza que ha depositado, obrando diligentemente, en las expresiones del declarante. La buena fe preside no solamente la interpretación del acto jurídico, sino también su negociación, celebración y ejecución, o sea que gobierna la conducta de las partes desde antes de que nazca el acto jurídico hasta su extinción y abarca no solamente al acto jurídico privado, sino también al acto público administrativo.[149]

Con este principio se pretende determinar si las partes han actuado correctamente. De esta forma, la buena fe se concreta en la regla de conducta que, con particular referencia a la interpretación del contrato, exige, básicamente, preservar la confianza razonable de cualquiera de las partes sobre el significado del acuerdo, lo que la doctrina denomina como *buena fe objetiva* o *buena fe probidad*.[150]

Según Fernández Cruz,[151] la buena fe, inclusive la denominada *buena fe objetiva*, al ser aplicada en la interpretación del contrato, constituye un criterio de interpretación subjetivo del mismo, que tiene como objetivo aprehender el

147 Citado por Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general.* Editorial Perrot. Buenos Aires, 1997, tomo II, p. 339.

148 Roppo, Vincenzo. *Op. cit.*, p. 444.

149 Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico.* Idemsa. Lima, 2001, p. 430.

150 Fernández Cruz, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002).* Ara Editores. Lima, 2003, p. 754.

151 Fernández Cruz, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 758.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

valor de la declaración conducida; no obstante, sobre la base de una objetiva capacidad de entendimiento de las partes.

De esta manera, afirma el citado autor, la buena fe debe ser subrayada en cuanto confianza resultante de las declaraciones y actuaciones de las partes, quienes han desplegado determinado tipo de conducta durante todo el desarrollo del *iter* contractual.

Enseña Scognamiglio que la misión de la buena fe en un sistema normativo es el principio en todas las manifestaciones de la vida contractual; ella se justifica plenamente en materia de interpretación (subjetiva), por la necesidad de realizar otro criterio más penetrante para resolver la divergencia persistente sobre el significado del contrato. Ésta es el resultado a que se llega en concreto cuando se introduce dentro de los medios interpretativos el criterio de la confianza recíproca, conforme al cual siempre será posible entender el significado del contrato, mientras no existan razones objetivas de incertidumbre. Se trata, fundamentalmente, de eliminar toda oportunidad de acuerdo derivada de la mala fe de los contratantes.[152]

Como indica Leyva, la buena fe en materia de interpretación contractual significa que el intérprete, en la búsqueda del propósito o intención de las partes, cuando ésta no sea transparente por sí misma, debe partir del presupuesto de que cada parte contratante ha actuado con recíproco espíritu de lealtad al elegir los signos sensibles dirigidos a expresar su voluntad; y, en tal sentido, ha entendido cooperar con las expectativas de su contraparte, tal como ella honestamente podía percibirlas. De esta forma, la buena fe resulta siempre un correctivo de la aplicación de la teoría de la declaración, prevista en el artículo 168 del Código Civil, en cuanto se utiliza para reconocer al intérprete una mayor libertad de acción frente al significado gramatical de las expresiones empleadas en el contrato, para determinar, a partir del deber de hablar claro que pesa sobre cada declarante y del correspondiente deber de entender lealmente las expresiones del declarante dentro del contexto de las circunstancias en que ellas fueron empleadas, lo que haya sido esa voluntad común de las partes a la que hacen referencia los artículos 1361 y 1362 del Código Civil peruano.[153]

Siguiendo estas ideas, puede concluirse ¾como lo hace Díez-Picazo¾ que la regla de la buena fe en la interpretación determina lo siguiente:[154]

- Los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que

152 Scognamiglio, Renato. *Op. cit.*, pp. 182-183.

153 Leyva Saavedra, José. *Op. cit.*, pp. 173-174.

154 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Op. cit.*, p. 398.

EDICIÓN MARIO CASTILLO FREYRE

las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades.

- La buena fe, además de un punto de partida, ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya, sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas.

- La buena fe impone también la aplicación de las ideas de confianza y de autorresponsabilidad en la interpretación. Si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso. Las declaraciones de voluntad deben interpretarse en el sentido más conforme con la confianza que hayan podido suscitar de acuerdo con la buena fe. Sobre este punto, nosotros queremos volver a subrayar la relatividad que tiene en el Derecho peruano la *Teoría de los actos propios*. Para ello, remitimos al lector a nuestras obras sobre el particular.[155]

Por el tenor de lo previsto en el artículo 168, queda claro que nuestro Código ha recogido un esquema mixto de interpretación, considerando no sólo la declaración de voluntad limitada a lo expresado, ni a la voluntad interna de las partes; sino mezclando ambos elementos a través de la buena fe, protegiendo la confianza del destinatario de la declaración sin dejar de considerar el contexto del *iter* contractual en el que se celebra el acto.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[156] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 168, con el texto siguiente:

> **Artículo 168.-** Interpretación de la voluntad declarada
>
> 1. El acto jurídico debe ser interpretado sobre la base de lo que se haya expresado en él.

155 Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios*. Palestra Editores. Lima, 2006; y Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Instituto Pacífico. Lima, 2017, 2.ª edición.

156 Castillo Freyre, Mario. Tentac*iones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 89.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. En ningún caso, la interpretación se deberá limitar al sentido literal de las palabras, debiéndose evaluar el comportamiento del autor o los autores del acto jurídico de forma integral.

Como hemos estudiado, el texto en vigencia del artículo 168 señala que «El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe».

La comisión del 2019 proponía dividirlo en dos incisos. En el primero, se diría que «El acto jurídico debe ser interpretado sobre la base de lo que se haya expresado en él», habiéndose eliminado la frase «y según el principio de la buena fe», materia que la comisión debía pasar a regular en un nuevo artículo 168-A.

Discrepamos con esta propuesta de modificación, en la medida de que la interpretación de buena fe resulta en la actualidad un valioso complemento interpretativo de la voluntad declarada en un acto jurídico. No se justificaba, entonces, tal supresión.

En segundo lugar, el grupo de trabajo agregaba un inciso 2, que llamaba particularmente la atención, al señalar que «En ningún caso, la interpretación se deberá limitar al sentido literal de las palabras, debiéndose evaluar el comportamiento del autor o los autores del acto jurídico de forma integral».

Llamaba la atención, porque se trataba de una afirmación tan categórica que pareciera restar importancia a la voluntad declarada.

Además, lo relativo a la evaluación del comportamiento de los «autores» *(sic: debería haber dicho «otorgantes» o «celebrantes»)* del acto jurídico, pareciera constituir una indirecta referencia a la *Teoría de los actos propios*, en el sentido de que el comportamiento de la o de las partes (aunque el mismo se base en un error o simple equivocación) debería primar sobre la voluntad declarada en un acto o en un contrato.

Ello nos parecía peligroso, dada la, tantas veces referida, notoria relatividad de esta teoría.[157]

Como ha sido indicado, la comisión del 2019 también propuso la adición del artículo 168-A, con el siguiente texto:

> **Artículo 168-A.-** Interpretación conforme a la buena fe
>
> El acto jurídico recepticio deberá ser interpretado de acuerdo con las reglas de la buena fe.

157 Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios. Op. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La exposición de motivos de este artículo señalaba: «El Grupo de Trabajo considera que la buena fe, en la hipótesis que se está regulando, es un criterio hermenéutico para la interpretación del acto jurídico, pero que no tiene un alcance general, ya que en tanto la aplicación de la buena fe está orientada a determinar si una declaración de voluntad produce confianza en la otra parte, entonces, sólo podrá ser de aplicación en los actos jurídicos de carácter recepticio».

Este constituía un grave error.

El grupo de trabajo partía de la idea de que sólo en los actos jurídicos de carácter recepticio podría aplicarse el criterio de interpretación de buena fe, fundamentalmente para apreciar si el comportamiento de una parte produjo confianza en la contraria.

Pero, un acto unilateral, como podría ser el caso de una promesa unilateral de recompensa, también es susceptible de generar determinada confianza en terceros interesados y no celebrantes del acto.

¿O no?

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II. La regla de la interpretación sistemática

Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

La regla de interpretación sistemática se encuentra contenida en el artículo 169 del Código Civil y significa que sólo la correlación armónica de cada una de ellas con las otras dará un significado efectivo de todas y cada una de ellas en conjunto.

En efecto, como bien señala Aníbal Torres, el contrato no es una suma de estipulaciones o cláusulas; éstas no están yuxtapuestas sin ninguna interrelación, sino, constituyen un todo coherente y orgánico; no son contradictorias sino interdependientes, por lo que han de interpretarse las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto. Por eso, las estipulaciones dudosas, equívocas o ambiguas, se interpretan atribuyéndoles el sentido que resulte del conjunto de todas o, lo que es lo mismo, las expresiones dudosas se interpretan por medio de los términos claros y precisos, de tal modo que el sentido atribuido corresponda al contexto general del acto.[158]

Compartimos el criterio de Leyva, cuando señala que la interpretación sistemática, llamada también contextual o interdependiente, parte, entonces, de un hecho concreto: que el contrato es un todo integral, una unidad indivisible; por ende, sus cláusulas han de interpretarse las unas por medio de las otras, atribuyendo a cada una el sentido que resulte del conjunto. Esto significa que cada cláusula, arrancada del conjunto y tomada en sí misma, puede adquirir un significado inexacto y que solamente de la correlación armónica de cada una con las otras, y de la luz que se proyectan recíprocamente, surge el significado efectivo de cada una y de todas, tomadas en su conjunto. En consecuencia, el contrato no es una suma, sino un conjunto orgánico y sistemático de cláusulas.[159]

Como enseña Díez-Picazo, se observa que el criterio sistemático es una consecuencia de la unidad lógica del contrato e impone la evitación o superación de contradicciones y antinomias y la determinación de las disposiciones

158 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, pp. 430 y 431.

159 Leyva Saavedra, José. *Op. cit.*, p. 180.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de carácter principal frente a las accesorias. No entra en juego sólo en la relación de las diversas cláusulas de un mismo contrato, sino que puede y debe aplicarse también a la relación que varios contratos puedan tener dentro de una unidad negocial compleja, cuando todos ellos se celebren para conseguir una finalidad económica unitaria.[160]

Coincidimos con Eric Palacios, cuando señala que la interpretación sistemática no se restringe a las cláusulas que componen el contrato, sino que tiene por objeto todo tipo de comportamientos, declaraciones y documentos que posibiliten una certeza del sentido total de las cláusulas insertas en el texto del negocio en concreto. En ese orden de ideas, de la regla anotada puede también extraerse que los comportamientos anteriores, coetáneos y posteriores a la conclusión del negocio tendrán que ser analizados conjuntamente con los otros elementos de interpretación, lo que supondría un reconocimiento implícito de que materia de interpretación sería la totalidad de las «conductas significativas» de las partes, y no sólo aquello que se encuentra expresado literalmente en el texto contractual.[161] Ello, naturalmente, con las reiteradas salvedades hechas por nosotros sobre el particular.

Esta regla de interpretación interdependiente o sistemática nos llama a armonizar la manifestación de la voluntad, no solamente respecto de las disposiciones o cláusulas que la integran, sino incluso resulta aplicable a los actos jurídicos vinculados entre sí, todos los cuales nos permitirán encontrar el sentido integral que representa el negocio.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[162] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 169, con el texto siguiente:

> **Artículo 169.-** Interpretación sistemática
>
> Las disposiciones de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

En el anteproyecto se sustituía la expresión «cláusulas» por el término «disposiciones». El fundamento del grupo de trabajo se encuentra en la exposición

160 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Op. cit.*, p. 400.

161 Palacios Martínez, Eric. «La interpretación sistemática». En: *Código Civil comentado*. Gaceta Jurídica. Lima, 2021, tomo I, p. 657.

162 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 90-91.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de motivos del artículo, la misma que señalaba lo siguiente: «En el presente artículo se ha modificado *(sic)* el término «cláusulas», por el de «disposición», ello en *(sic)* atención a remarcar que el criterio interpretativo regulado en el artículo 169 se aplica tanto para actos jurídicos bilaterales, en donde se alude a «claúsulas»; *(sic)* como a los actos jurídicos unilaterales, en donde se suele hacer alusión a «disposiciones». Asimismo, la eliminación de la referencia a «cláusulas» tiene como finalidad el incorporar dentro de la interpretación sistemática a los anexos o documentación, externa al acto jurídico, *(sic)* pero que pueda estar directamente relacionado *(sic)* con el mismo, dando lugar, así, a la interpretación *per relationem*».

No nos cabe duda de que se trataba de una propuesta equivocada, pues las disposiciones de los actos jurídicos unilaterales, reciben también indistintamente, el nombre de cláusulas.

Además, la norma y la palabra que se proponía cambiar, jamás han ocasionado una interpretación distinta a la que se comenta y que resultaba, a juicio de la comisión, necesario corregir.

En síntesis, el «problema» en relación al artículo 169 había sido inventado por el propio grupo de trabajo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

III. La regla de interpretación funcional, finalista o teleológica

Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.

Al igual que la interpretación literal, la interpretación integral de las disposiciones del negocio tampoco puede ser un criterio absoluto cuando existan contradicciones entre las propias disposiciones de la declaración. Así lo señala Guillermo Lohmann,[163] quien sostiene que cuando esto ocurra, la prudencia aconseja una interpretación restrictiva que posibilite que el negocio surta los efectos indispensables queridos y no otros efectos mayores a los apetecidos por las partes. Hablamos entonces de la regla de interpretación funcional, finalista o teleológica, que se halla contenida en el artículo 170 del Código Civil.

Conviene precisar que la expresión «objeto del acto» debe ser entendida como finalidad, pues lo que el método de interpretación plantea es la interpretación basada en la finalidad del acto. Por esto, además de la función económico-social que la regulación legal asigna al tipo, habrá de ser valorada la causa concreta que el contrato tenía para las partes. Esto significa que todas las manifestaciones contractuales se encuentran dirigidas a la obtención de ese resultado empírico y que deben ser interpretadas de la manera más adecuada, para que, si ello es posible, se obtenga ese resultado.[164]

Llambías[165] afirma que el fin práctico perseguido a través del contrato es un factor capital, puesto que las partes no celebran actos jurídicos sino para alcanzar mediante ellos ciertos resultados económicos o de otra índole. De aquí que sea indispensable conectar el medio utilizado con el fin perseguido por las partes, para atribuir a ese medio, que es el acto jurídico, su significación adecuada.

Morales,[166] por su parte, define a la interpretación causalista o finalista como un criterio interpretativo que indica que las expresiones comprendidas en el negocio que tengan varios significados deben ser entendidas en aquél que

163 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo, *Op. cit.*, p. 206.
164 Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Op. cit.*, p. 404.
165 Llambías, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 339.
166 Morales Hervias, Rómulo. «La interpretación finalista». *Op. cit.*, p. 664.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

sea más conveniente o corresponda mejor a la naturaleza del negocio. Este criterio es causalista porque se dirige a investigar el significado del negocio en coherencia con la causa concreta del mismo. Más aún, este criterio se comprende mejor a través del significado de los términos según la economía del negocio y su contexto.

De esta manera y como afirma el citado autor, el significado de aquello que las partes han acordado no puede ser determinado de forma adecuada si no se tiene en cuenta la razón práctica del negocio, es decir, la causa concreta, la cual puede aclarar el significado de las declaraciones, de los comportamientos y los documentos, y superar eventuales incoherencias, ambigüedades o discordancias del texto y del contexto. La falta de claridad del significado de los comportamientos, declaraciones y documentos, se soluciona con la averiguación de la finalidad concreta del negocio que expresa la totalidad de sentido del negocio jurídico singularmente considerado. Es decir, será necesario averiguar la causa entendida como elemento del negocio y síntesis unitaria del concreto equilibrio de intereses.[167]

Así, con el objetivo de llevar a cabo una interpretación finalista de forma correcta, se debe siempre intentar esclarecer cuál fue la causa del contrato. Para ello, se ha de tener en claro qué pretendieron las partes al realizar el negocio como propósito práctico empírico común.[168]

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[169] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 170, con el texto siguiente:

> **Artículo 170**.- Interpretación funcional
>
> Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al propósito del acto.

Como hemos visto, el artículo 170 en actual vigencia establece que «Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y objeto del acto».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

167 Morales Hervias, Rómulo. «La interpretación finalista». *Op. cit.* p. 664.

168 Fernández Cruz, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 763.

169 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 91.

La comisión proponía sustituir la palabra «objeto» del acto por «propósito» del acto.

Esta propuesta se basaba en las siguientes consideraciones: «El Grupo de Trabajo en aras de dotar de precisión al alcance del objeto del acto jurídico considera conveniente modificar la referencia a «objeto» *(sic)* existente en la actual regulación del artículo 170, por el de «propósito», ello con la finalidad de destacar que es el propósito del autor o de los autores el que resulta relevante en la interpretación funcional del acto jurídico».

Sin duda, se trataba de una simple tentación académica, ya que siempre se entendió que la expresión «objeto» se refería a la finalidad o propósito del acto y no a la prestación contractual, por citar el caso más representativo y como ocurre en otros preceptos del Código Civil.

Por lo demás, la comisión también propuso crear un artículo 170-A, el mismo que señalara lo siguiente:

> **Artículo 170-A.-** Conservación del acto jurídico en la interpretación.
>
> El acto jurídico o las disposiciones contenidas en él deben interpretarse en el sentido en el cual se conserven sus efectos.

Esta norma se proponía para que recogiese el principio de conservación del acto jurídico.

En la actualidad no existe un precepto similar en el Código Civil, pero el legislador de 1984 optó por este principio en una serie de supuestos concretos.

No obstante, una cosa es haber seguido este principio para casos especiales en que el propio Código Civil ha optado por la conservación del acto jurídico o contrato, a establecerlo como un principio de interpretación de los actos jurídicos.

El problema es que no siempre debería primar este criterio interpretativo, pues los criterios precedentes podrían conducirnos —de manera inequívoca— a concluir que el acto jurídico sea nulo y, en tal caso, no vamos a preferir tal criterio interpretativo sobre los anteriores.

De ser así, el criterio de conservación del acto jurídico en la interpretación siempre primaría por sobre cualquier otro y eso, naturalmente, no debe ser así.

Este criterio sólo debería primar en caso de duda extrema e insoluble sobre si el acto jurídico es válido o nulo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

La comisión del 2019 también propuso adicionar un artículo 170-B, de texto siguiente:

> **Artículo 170-B.-** Criterios subsidiarios de interpretación
>
> 1. Si a pesar de las normas contenidas en este título, el acto jurídico permanece oscuro, este deberá ser entendido en el sentido que realice una equitativa ponderación de los intereses de las partes, si es a título oneroso.
> 2. En los actos jurídicos a título de liberalidad, la regla no podrá importar la imposición de mayores gravámenes en contra de aquel que no recibe una contraprestación.

El referido artículo señalaba en un primer inciso, que «Si a pesar de las normas contenidas en este título, el acto jurídico permanece oscuro, este deberá ser entendido en el sentido que realice una equitativa ponderación de los intereses de las partes, si es a título oneroso».

Entendemos que este criterio sería de aplicación absolutamente subsidiaria; y en el supuesto extremo que ahí se señala.

No disentíamos del sentido de la norma; pero lo que nos preocupaba era que se estuviese agregando más criterios interpretativos de los actos jurídicos.

La experiencia enseña que cuanto menos y más simples sean los criterios de interpretación, más fácil será la labor del intérprete y ella no quedará forzada a reglas rígidas que, en casos concretos, puedan complicar el tema antes que facilitarlo.

Similares conceptos resultan aplicables a lo expresado en el inciso 2 del entonces proyectado artículo 170-B, cuando la comisión anotaba que «En los actos jurídicos a título de liberalidad, la regla no podrá importar la imposición de mayores gravámenes en contra de aquél que no recibe una contraprestación».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título V
Modalidades del acto jurídico

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título V
Modalidades del acto jurídico

I. ¿Qué son las modalidades del acto jurídico?

Las modalidades de los actos jurídicos son conocidas también como elementos accidentales que conforman el acto o negocio jurídico. A diferencia de los elementos esenciales recogidos en el artículo 140 del Código Civil (indispensables para la validez del acto), su existencia e incorporación, como parte de la estructura del acto jurídico, dependen de la voluntad de las partes; es decir, como señala Lodovico Barassi,[170] ni son esenciales, ni la ley los presume en silencio de los declarantes. En efecto, estos elementos accidentales pueden ser incluidos únicamente por el o los manifestantes de la voluntad.

Por lo general se incorporan bajo la fórmula de cláusulas o estipulaciones que limitan la plenitud de la exigibilidad de las prestaciones derivadas de la relación jurídica, haciendo insegura la existencia, ya sea porque se condiciona a un evento que no depende de alguna de las partes, se posterga en el tiempo su exigibilidad, o se exige al titular del derecho el cumplimiento de una carga accesoria, o porque se establece un tiempo de eficacia y exigibilidad al acto. Así, los sujetos, mientras no violen normas imperativas pueden fijar, en virtud de la autonomía de la voluntad que les asiste, todas las cláusulas que estimen convenientes.

En términos de Domenico Barbero,[171] estos requisitos accidentales de eficacia son conocidos como de subordinación, en tanto el negocio depende alternativamente de una circunstancia determinada.

Estas cláusulas pueden entrar a formar parte del negocio o pueden faltar sin que esto afecte la validez del acto. Por ello, se les denomina elementos accidentales. Estos elementos accidentales convierten el negocio condicionado o a término en un negocio distinto del negocio puro y simple.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

170 Barassi, Lodovico. *Contenido de los negocios jurídicos. La condición. Instituciones de Derecho Civil.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967, volumen I, p. 186.

171 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 568.

Una vez que las partes han decidido incorporar estos elementos accidentales al acto o negocio jurídico, estas limitaciones modales se convierten en requisitos de eficacia que deben ser observados y cumplidos por las partes, tal cual han sido estipulados, en tanto adquieren pleno valor jurídico como parte integrante de la voluntad negocial.

Debemos resaltar que estos elementos accidentales no siempre podrán incorporarse a todos los actos jurídicos, como por ejemplo el matrimonio, donde queda claro que las partes no pueden imponer condiciones, o plazo a los derechos, deberes y obligaciones derivados de mismo. Estos actos son conocidos como actos puros y son, a decir de Alberto Trabucchi,[172] frecuentes en el Derecho de Familia (y también en el Derecho de Sucesiones), tales como el matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, la aceptación o renuncia de herencia, entre otros.

A partir de lo indicado hasta aquí, podemos afirmar que los elementos accidentales afectarán la eficacia del acto y serán conocidos como modalidades del acto jurídico, pudiendo ser éstas: la condición, el plazo y el modo; las cuales pasaremos a desarrollar con mayor detalle y según el curso de los artículos del Código Civil que integran el Título V.

II. Tipos de elementos accidentales

1. La condición

La condición, como modalidad del acto jurídico, constituye una limitación puesta por la voluntad del o de los sujetos a los efectos del negocio jurídico y no así al proceso de formación o validez del acto. La condición, como modalidad, la deciden las partes arbitrariamente y en ejercicio de la autonomía de la voluntad. La eficacia del acto sujeto a condición ha de depender de que se verifique un evento futuro e incierto que puede ser natural o humano. La dependencia creada puede ser para el surgimiento (en tanto estemos frente a una condición suspensiva) o el cese de los efectos (tratándose de una condición resolutoria).

De modo tal que la condición del acto jurídico puede afectar a la totalidad de los efectos del acto, si se desea que el negocio produzca sus efectos; o sólo a una parte de ellos, en caso el hecho incierto puesto como condición solamente afecte a una parte de las prestaciones comprometidas.

172 Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil.* Editorial Revista Derecho Privado. Madrid, 1967, volumen I, p. 186.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No debemos confundir a la condición voluntaria con la condición legal, siendo que esta última no es propiamente una modalidad del acto jurídico, sino un presupuesto o requisito del que la ley hace depender la eficacia.

Cuando la condición impuesta arbitrariamente por las partes se verifica, el acto despliega todos sus efectos (si estamos ante una condición suspensiva) o se torna ineficaz (si estamos ante una condición resolutoria).

Si la condición no se verifica y ésta es resolutoria, entonces el acto seguirá surtiendo todos sus efectos, quedando en pendencia la eventualidad de su ineficacia para cuando se verifique la condición. Si la condición no se verifica y es suspensiva, entonces el acto no surtirá sus efectos en su integridad o en la parte que haya sido condicionada. Recuérdese que la extensión de la condición, en tanto modalidad del acto jurídico, depende de las partes.

La condición es un mecanismo que permite a las partes controlar los riesgos externos al negocio y neutralizarlos. En efecto, si pensamos que la condición se sujeta a un evento que resulta de interés relevante para las partes, entonces podríamos sostener que a través de la condición las partes están exteriorizando los motivos por los cuales celebran el acto jurídico. Pensemos en la adquisición de un terreno para edificar un hotel, el mismo que queda sujeto a una condición suspensiva consistente en que la Municipalidad Metropolitana de Lima cambie la zonificación de la zona residencial donde se pretende construir el hotel. Si no se verifica tal condición, que no depende de las partes, entonces la compra sería inútil para los fines previstos. Así pues, la condición suspensiva definida por las partes se alinea con la mitigación del riesgo de no lograr los objetivos, sujetando la eficacia del acto a un evento que es de interés para ambas.

Lo propio ha de ocurrir con una condición resolutoria en la cual las partes quitarán la eficacia al acto cuando se materialice un riesgo que no convenga a sus intereses o que haya sido definido así en interés de una de las partes y aceptada por la otra.

1.1. Requisitos de la condición

a) Que se refiera a un hecho incierto

Debe dudarse si la condición se cumplirá. Si la futura realización del hecho es segura, el acto se hallará ante un término y no frente a una condición. La incertidumbre de la realización del hecho colocado como condición constituye rasgo característico de la misma; se debe tratar, entonces, de un hecho incierto; vale decir que las partes no conocen si ocurrirá o no. Si estuviésemos en presencia de un hecho cierto, estaríamos transitando predios ajenos a los de la condición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) Que se refiera a un hecho futuro

No pueden ser puestos a condición hechos presentes o pasados. Se parte de la idea de que debe tratarse de un hecho futuro, en la medida de que la condición plantea, de por sí, una situación de incertidumbre. Si el evento hubiese ocurrido, ya no podría tratarse como condición; a menos, claro está, que ya hubiese ocurrido, pero las partes aún no tengan conocimiento de que el mismo ha acaecido. Sería la única excepción; pero convengamos en que en el mundo moderno de las comunicaciones en línea y de las redes sociales, esa situación deviene en prácticamente imposible de presentarse.

c) Que su realización sea ajena a la voluntad de las partes

Así, deberá tratarse de hechos cuya producción o no producción escape a la esfera de acción de los contratantes. Por ejemplo, que dos ciudadanos peruanos cualesquiera celebren un acto jurídico el 26 de abril de 2020, y lo sometan a la condición suspensiva de que ese año, el gobierno francés haga el tradicional desfile militar del 14 de julio en los Campos Elíseos; ello, a pesar de la epidemia del COVID-19.

1.2. Tipos de condiciones

Sin perjuicio de entrar a un mayor detalle en cada uno de los artículos que integran el Libro de Acto jurídico y que comentaremos en las siguientes páginas, mencionaremos los tipos de condiciones:

- Condiciones suspensivas

Los efectos del acto o la exigibilidad de la prestación (según la extensión de la condición) se encuentran pendientes de eficacia hasta que se produzca la condición.

- Condiciones resolutorias

Hacen que el negocio o la prestación afectada con la condición quede sin efecto al cumplimiento de la condición; o, lo que es lo mismo, el acto jurídico será eficaz hasta que el hecho condicionante se verifique, resolviendo los efectos de éste.

- Condiciones propias

Eventos inciertos, futuros, posibles y lícitos.

- Condiciones impropias

Eventos o sucesos necesarios, imposibles, ilícitos, presentes o pasados.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

- Condiciones potestativas

El acaecimiento del evento depende de una de las partes de la relación jurídica. La condición meramente potestativa consiste en la propia voluntad del sujeto, en su mero arbitrio.

- Condiciones causales

El hecho depende la suerte o de un tercero.

- Condiciones mixtas

La voluntad y la suerte concurren a producir el evento. Las condiciones mixtas son aquellas en donde tendría que ver la voluntad de una de las partes. Por ejemplo, someter los efectos de un acto jurídico a la condición suspensiva de que uno de los contratantes se case. Aquí, estaríamos en presencia de una condición mixta, pues es claro que para casarse deberá concurrir la voluntad del sujeto de quien se trate, pero también es cierto que se requerirá de alguien que quiera casarse con él.

Constituye un tema complicado este de las condiciones mixtas, en el sentido de considerarlas o no como condiciones propiamente dichas. Estimamos que no existe una única respuesta sobre el particular. En algunos casos la participación humana será tan leve, que podrían considerarse como condiciones. En otros, en cambio, resultaría tan importante, que en ellos la respuesta negativa se debería imponer.

- Condición positiva

Debe verificarse un hecho que modifique el estado actual de la realidad. Celebramos un contrato en el año 2020, en el que convenimos que te daré el automóvil si el 14 de febrero de 2025 llueve en Lima.

- Condición negativa

Que no se verifique un hecho, de modo tal que no cambie el estado actual de la realidad. Ejemplo: Te doy cien dólares americanos si el profesor no llega a la clase de mañana.

- Condición simple

Consiste en un único suceso.

- Condición compleja

Está integrada por varios sucesos establecidos de manera acumulativa.

- Condiciones impropias

Son las imposibles, lícitas o ilícitas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Plazo o término

Es el momento a partir del cual empiezan a verificarse los efectos jurídicos del negocio, consistente en una fecha o un acontecimiento que se producirá con toda seguridad. El plazo o término puede ser inicial o final y puede establecerse a favor de una sola de las partes o de ambas partes. Asimismo, si no se fija término para la ejecución de la obligación, la regla es que puede exigir inmediatamente su cumplimiento (artículo 1240 del Código Civil).

La determinación de tiempo es la limitación añadida a una declaración de voluntad cuyo sentido es que los efectos de un acto o negocio jurídico sólo deben empezar (término inicial) con la realización de un acontecimiento futuro y cierto, o sólo deben durar (término final) hasta la realización del mismo; así define el tiempo Heinrich Lehmann.[173] A partir de esta definición, queda claro que la certeza de la llegada del evento es la principal diferencia entre el plazo y la condición.

Trabucchi[174] comenta que una clara diferencia entre la condición y el plazo se encuentra en el derecho de repetición que pueda tener el deudor luego de ejecutar su prestación. Veamos. Si se cumple una prestación antes de verificarse la condición sin estar obligado, el deudor puede repetir lo que ha pagado. Por el contrario, si estamos ante un término y éste no ha llegado a su fecha de vencimiento y el deudor ejecuta la prestación a su cargo, no le corresponderá repetición alguna.

2.1. Características del plazo

- Debe ser pactado.

Su inserción es un acto de acuerdo de partes.

- Es un hecho futuro.

Ligado al transcurso del tiempo.

- Es un hecho cierto.

Porque necesariamente ha de realizarse, pudiendo haber contingencia en torno a la exactitud de la oportunidad del hecho, mas no en cuanto a su realización. Ejemplo: la muerte de una persona es un hecho que ocurrirá, pero no se sabe cuándo.

173 Lehmann, Heinrich. *Op. cit.*, p. 424.
174 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, p. 192.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2.2. Clasificación del plazo

- Expreso o tácito.

- El plazo no se presupone, surge de la manifestación de la voluntad expresa o tácita de las partes.

- Plazo de duración determinada o de duración indeterminada.

Será determinada cuando se conozca una fecha, pudiendo fijarse el día del vencimiento. Mientras que será indeterminada cuando no se pueda conocer con certeza la fecha en que ocurrirá el evento, pero se sabe que el mismo, de todas maneras, se va a producir.

- Plazo suspensivo, plazo resolutorio

El plazo será suspensivo cuando el acto comienza a surtir sus efectos. Se le denomina también plazo inicial. Por su parte, el plazo será resolutorio cuando los efectos del acto cesen al vencimiento de éste; también llamado plazo extintivo o plazo final.

3. Cargo o modo

Esta disposición adicional generalmente es incluida por el autor de un acto de liberalidad y su ejecución está a cargo del beneficiario. Obliga al destinatario del beneficio a una prestación. Su imposición no modifica los efectos típicos del negocio, pues no los suspende. Estaremos ante un modo o cargo cuando la prestación que se impone al destinatario del beneficio patrimonial se considera como una contraprestación por el beneficio recibido.

Trabucchi,[175] resalta la diferencia entre el modo y la condición, en los siguientes términos: «El *modus* se distingue de la condición (cuál sería la impuesta por Ticio si dijera «dono mi casa a Calo si me levanta un monumento»), porque aquél constituye únicamente un acto volitivo accesorio, lo que provoca que la disposición principal tenga eficacia inmediata sin que sea preciso atender al cumplimiento del *onere*. La condición —se dice— suspende, pero no obliga; mientras que el «modo» obliga, pero no suspende».

Esto quiere decir que si el modo o cargo no se cumple, por regla general el acto de liberalidad no se ve afectado. El interesado puede obtener el

175 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, p. 194.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

cumplimiento de la prestación comprometida; no obstante, el interesado en el cargo puede exigir el cumplimiento del cargo.

El *modus* imposible o ilícito podrá ser nulo sin que por ello el acto de liberalidad (negocio jurídico) lo sea. Si no se cumple el *modus*, el acto de liberalidad no acaecerá por regla general. Como señala Lehmann,[176] contrariamente a la condición, el modo no impide el nacimiento de los efectos del negocio. La atribución patrimonial se hace inmediatamente eficaz, sin que se produzca una situación de dependencia que es propia de la condición. Mientras que la condición suspende, pero no obliga; el modo no suspende, pero sí obliga.

No obstante, algunos tratadistas advierten que no siempre el cargo debe tener carácter patrimonial, pues a través del cargo o modo se satisfacen —muchas veces— intereses no siempre económicos y en los que la prestación podría no traducirse en valores de este tipo. Además, señalan estos autores que resulta común su utilización para conseguir servicios del favorecido por un valor inestimable económicamente, como el de vivir en compañía del donante, cuidándolo y asistiéndolo.[177]

Debemos confesar que para nosotros el tema de la posibilidad de resolver el contrato con cargo, precisamente, por el incumplimiento del cargo, siempre nos ha llevado a disentir respecto de la doctrina a la que hemos hecho referencia.

Concretamente, hace casi ochenta años, en el Perú se produjo la donación con cargo, a favor del Estado, de un emblemático terreno, adquirido fruto de una colecta pública, con el propósito de destinarlo a la construcción y funcionamiento de un centro de aprendizaje para pilotos civiles. Décadas después de haber cumplido con el cargo, el Estado decidió venderlo para la construcción de viviendas. Nosotros sostuvimos que, en ese caso, los donantes (una asociación lamentablemente extinta hacía décadas) podía reclamar el cumplimiento del cargo, pero si ello ya no fuera posible, también podía reclamar la resolución del contrato de donación, precisamente por el incumplimiento del cargo. Se trata de un tema discutible, pero creemos que la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento del cargo siempre debe ser posible, precisamente para que el beneficiario de ese cargo no sienta que puede incumplir con él impunemente.[178]

176 Lehmann, Heinrich. *Op. cit., p.* 427.

177 León Barandiarán Hart, José. «Exigibilidad del cumplimiento del cargo». En: *Código Civil comentado.* Gaceta Jurídica. Lima, 2021, tomo I, pp. 703-705.

178 Ver: Castillo Freyre, Mario. «Collique: una donación con cargo». En: *Gaceta del Abogado.* Gaceta Jurídica. Lima, octubre 2007, año I, n.° 10, p. 2; y Castillo Freyre, Mario. «Por qué el Estado no puede disponer del Aeródromo de Collique. A propósito de los alcances de la donación con cargo». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.° 117, Gaceta Jurídica. Lima, 2008, pp. 121-130.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

III. La condición impropia

Artículo 171.- La condición suspensiva ilícita y la física o jurídicamente imposible invalidan el acto.

La condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas.

Como ya hemos detallado previamente, la condición es una modalidad de los actos jurídicos. Ella consiste en un hecho, futuro e incierto, cuya producción es ajena a la voluntad de las partes y a cuyo acaecimiento se sujetan los efectos del acto jurídico, sea con carácter suspensivo, sea con carácter resolutorio. La realización del evento puesto como condición, además de futuro, debe ser incierto; es decir, debe dudarse de si se realizará o no. De lo contrario, no estaremos ante una condición. En efecto, si la futura realización de este evento tiene una fecha determinada, nos hallaremos propiamente ante un término o un plazo, pero no ante una condición.

El artículo 171, bajo comentario nos trae a colación la condición suspensiva o resolutoria afectadas por la ilicitud o imposibilidad; ambas con sanciones distintas; pues mientras a la condición suspensiva impropia se le sanciona con la nulidad del acto, a la condición resolutoria sólo se le sanciona con la nulidad de la cláusula, subsistiendo el acto originario.

Pero qué significa que una condición esté afectada por ilicitud o imposibilidad.

Las condiciones impropias no son, en estricto, condiciones, pues ellas nunca podrán estar destinadas a surtir efectos o a hacer cesar los efectos de un acto jurídico, en tanto consisten en hechos de carácter ilícito o física o jurídicamente imposibles.

Comentábamos al inicio de este Título, que la validez de los elementos accidentales, en tanto resultado de la autonomía de la voluntad de las partes, se encuentra limitada por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, no se permitirán condiciones ilícitas o que no sean física o jurídicamente posibles.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. Condiciones ilícitas

La ilicitud de las condiciones, a decir de Guillermo Lohmann,[179] viene dada por contrariarse normas imperativas, el orden público (entendidas éstas como las normas que resguardan intereses superiores a los de los particulares) o las buenas costumbres, o cuando la disposición sirva de medio para eludir la aplicación de normas imperativas. Así, son condiciones ilícitas aquellas que se establezcan vulnerando normas imperativas con respecto a las cuales no se admite pacto en contrario.

Como bien señala Torres Vásquez,[180] la condición no es ilícita porque el evento en sí es ilícito, sino por fomentar fines ilícitos al establecerla. De modo que la condición es ilícita cuando incentiva a las partes a cometer un ilícito, o cuando obtienen ventajas de un hecho ilícito, o cuando coacta las libertades fundamentales de la persona.

2. Condiciones imposibles

La imposibilidad no puede admitirse, habida cuenta de que se trataría de condiciones que no podrían cumplirse. Así, condicionar a situaciones que no están permitidas por ley o que no existen, es sancionado con la nulidad de dicha cláusula, manteniendo la vigencia de las demás. Como señala Domenico Barbero,[181] a decir verdad la condición imposible no es sustancialmente una condición, pues excluye la voluntad seria. Cita como ejemplo que, el decir «quiero, si mi asno vuela», equivale a decir «no quiero». No obstante, el Derecho, reconociendo y presumiendo la buena fe del declarante, no destruye la seriedad de estas declaraciones y las considera como condición, siendo imposibles, quitándoles toda eficacia o exigibilidad, como si no existieran.

Torres Vásquez señala, además, citando a Savigny, que la condición es imposible cuando el hecho condicionante no pueda suceder, pues falta en ella la incertidumbre.

Para ambas situaciones, la sanción prevista es la nulidad de la estipulación referida a la condición. Es decir, no ha de afectar la validez del negocio integralmente.

Dicho esto, veamos ahora cuáles son los efectos de una condición suspensiva o de una resolutoria.

179 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 230.
180 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 633.
181 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 581.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

3. Condición suspensiva

Decimos que una condición es suspensiva cuando se sujeta el inicio de los efectos de un acto jurídico a la producción de la condición. Por ejemplo: si en el año 2020 celebramos un contrato en virtud de cual me obligo a pagarte US$10,000.00, si es que antes de finalizar el año 2025 se produce en Lima un temblor de más de cinco grados en la Escala de Richter. Aquí es evidente que el acreedor no podrá exigir el pago sino a partir de la producción de ese hecho.

Como bien señala Trabucchi,[182] la condición es una limitación voluntaria que restringe los efectos del negocio, los cuales dependen de que se verifique un evento futuro e incierto. De modo tal que la condición suspensiva sujeta la eficacia del negocio a que se verifique el hecho incierto puesto como condición.

La ilicitud y la imposibilidad de la condición suspensiva anulan todo el acto. No obstante, este artículo debe ser leído de manera conjunta con lo previsto en el artículo 224[183] del Código Civil, el mismo que nos permite concluir que cuando estas condiciones sean separables, se conserva el acto y no se perjudican las cláusulas que no estén afectadas por la condición. Sin duda, una difícil tarea para el intérprete.

4. Condición resolutoria

Es aquélla en la cual el acto jurídico surte efectos desde su celebración; sujetándose la culminación de tales efectos a la producción de la condición. Sería el caso, tomando el ejemplo anterior, en que se pacte que el deudor deberá pagar US$1,000.00 mensuales a su acreedor, hasta que ocurra en la ciudad de Lima un sismo de más de cinco grados en la Escala de Richter. Si se produjera el referido evento, será claro que el acto jurídico dejaría de surtir efectos.

En cambio, cuando estemos ante cláusulas resolutorias afectadas por la imposibilidad física o jurídica, su sanción sería la ineficacia, es decir, se les consideraría como «no puestas»; respondiendo a su naturaleza de elementos accidentales que no alteran la validez del negocio. Así, podrán considerarse como ineficaces, o incluso nulas, sin afectar las demás estipulaciones del contrato. Ello, en virtud del principio de conservación del acto jurídico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

182 Trabucchi, Alberto. *Op. cit.*, p. 186.

183 **Artículo 224.-** La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.
La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.
La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

La explicación que sustenta esta solución es, según Vidal, que: «cuando se trata de una condición suspensiva impropia, resulta de la interpretación de que quien hace depender el acto de una condición física y jurídicamente imposible y que por ello no ha de verificarse, no quiere, en definitiva, el acto; y, en cuanto a la condición resolutoria impropia, en aplicación del mismo criterio interpretativo, se llega a una solución contraria, puesto que quien hace depender la resolución del acto jurídico de una condición física o jurídicamente imposible, no quiere la resolución y, por ello, el acto debe mantener plenamente su vigencia».[184]

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[185] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 171, con el texto siguiente:

> **Artículo 171.-** Efectos de la condición ilícita e imposible
>
> Es nulo el acto jurídico sujeto a condición suspensiva ilícita o imposible.
>
> La condición resolutoria ilícita y la imposible se consideran no puestas.

Como hemos estudiado, el artículo 171 regula las condiciones impropias y sus efectos en el acto jurídico; y la sanción que establece el Código Civil para la condición suspensiva ilícita y para la jurídicamente imposible es la invalidación del acto.

Para este supuesto la comisión del 2019 consideraba necesario cambiar la redacción y establecer la nulidad del acto.

En verdad, la modificación propuesta resultaba inútil, ya que en ningún momento se ha considerado que la invalidación a que hace referencia el primer párrafo del artículo 171 sea algo distinto a la nulidad.

En lo que respecta al segundo párrafo de la norma vigente, en el sentido de que la condición resolutoria ilícita y la física o jurídicamente imposible se consideran no puestas, la comisión planteaba eliminar lo relativo a «física o jurídicamente» y sólo hacer referencia a la imposibilidad, que abarcaría ambos supuestos.

EDUARDO MARIO CASTILLO FREYRE

184 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 404.

185 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 93.

Entendemos que la redacción actual no ofrece problema alguno y es más clara que la que se proponía, pues hace referencia expresa a en qué consisten los supuestos de imposibilidad.

Es evidente, entonces, que no existe la necesidad de modificar alguno de los extremos del artículo 171.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IV. Condiciones que dependen de la voluntad del deudor

Artículo 172.- Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

El artículo 172 establece que es nulo el acto jurídico cuyos efectos estén subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor. Este tipo de condición es conocida en la doctrina como condición meramente potestativa e implica una falta de voluntad.

La solución legislativa es natural, en la medida de que, si ello fuera así, estaría en manos del deudor que el acto jurídico nunca surta efectos. Por ejemplo: Te compro un Código Civil si voy a la tienda. Esta condición futura e incierta ha de depender del deudor, lo que el Derecho sanciona con nulidad, pues en ella se advierte una falta de voluntad de vincularse.

Nótese que el artículo 172 sólo se refiere a la condición suspensiva. Pero podríamos preguntarnos qué ocurriría si esta misma condición fuese, no suspensiva, sino resolutoria. En este caso, entendemos que la condición se debería tener por no puesta. Ello, pues dependería del deudor que el acto jurídico tuviera efímera duración.

Ahora bien, si se tratase de una condición suspensiva que dependa de la voluntad del acreedor, no veríamos problemas en su validez, pues el caso sería más o menos similar al de un acto jurídico sin plazo de ejecución; y todos sabemos que en estos casos el acreedor podría exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Y si se tratase de una condición resolutoria que dependa en exclusiva de la voluntad del deudor, podría considerarse que se debería estimar que el acto jurídico es nulo, pues su duración (imaginemos un arrendamiento, por ejemplo), estaría en manos y a exclusivo criterio del deudor. No obstante, creemos que el acto debería considerarse válido, pues el mismo resultaría asimilable a aquellos contratos a plazo indeterminado, los mismos que podrán llegar a su fin cuando lo decida cualquiera de las partes.

Estos últimos tres supuestos no se hallan contemplados en el artículo 172 del Código Civil peruano de 1984.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Antes de concluir, debemos señalar que la condición que depende en exclusiva de la voluntad de una de las partes también constituye un supuesto de condición impropia. Todas ellas se suman a las tratadas con ocasión del artículo 171 del Código Civil.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[186] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 172, con el texto siguiente:

> **Artículo 172.-** Nulidad del acto sujeto a condición meramente potestativa
>
> Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad de la parte en cuyo detrimento habría de realizarse.

La modificación que planteaba el grupo de trabajo en torno al artículo 172, era, sin duda, una sutileza de escuela.

La norma en actual vigencia establece la nulidad del acto jurídico cuyos efectos estén subordinados a una condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

La comisión consideraba necesario reemplazar la palabra «deudor» por la expresión «De la parte en cuyo detrimento habría de realizarse».

El fundamento de la propuesta modificatoria que planteaba la comisión del 2019 se basaba en que la expresión «deudor» sólo es aplicable a las obligaciones y no a todos los actos jurídicos.

Eso es cierto, pero la comisión olvidaba dos cosas.

La primera, que la norma jamás ha merecido objeción alguna sobre su aplicación a la generalidad de actos jurídicos.

La segunda, relacionada con la primera, en el sentido de que el precepto en cuestión se haya ubicado, precisamente, en el Libro de Acto jurídico, razón por la cual no podría existir duda alguna sobre su aplicación a todo acto jurídico y no sólo a los contratos.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

186 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 93-94.

V. Actos realizables por el adquirente y por el deudor durante la situación de pendencia de la modalidad

Artículo 173.- Pendiente la condición suspensiva, el adquiriente puede realizar actos conservatorios.

El adquirente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.

El deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria.

En el negocio condicionado debe distinguirse dos períodos de tiempo: (i) aquél en que es incierto que se verifique el evento (cuando la condición está pendiente), y (ii) cuando se ha verificado la situación porque ya se realizó o se sabe que ya no se va a realizar. Ambas situaciones corresponden a efectos distintos y la doctrina las ha denominado como situaciones de pendencia.

Así, como señala Torres Vásquez,[187] «hay pendencia de la condición (*conditio pendet*), mientras el evento no se ha verificado, pero puede verificarse todavía. En tanto que la condición está pendiente, los efectos del acto no nacen todavía; si la condición es suspensiva; o nacen, aunque no en forma definitiva, si es resolutoria. Cuando la condición se cumple, se producen los efectos del acto, si la condición es suspensiva, o cesan de producirse si es resolutoria. Si la condición no se cumple, los efectos no se producen definitivamente, si la condición es suspensiva, o dejan definitivamente de estar amenazados de cesación, si es resolutoria».

- Primer escenario: la situación de pendencia de la condición suspensiva o resolutoria

Veamos el primer escenario, vale decir, el de la situación de pendencia de la condición suspensiva o resolutoria.

187 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 641.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El primer párrafo del artículo 173 señala que pendiente la condición suspensiva, el adquiriente puede realizar actos conservatorios. El sentido de esta norma se basa en que el adquiriente de ese derecho (supongamos, el derecho de propiedad sobre una casa), aún no tiene la certeza de que lo terminará adquiriendo, pero tal vez lo adquiera, habida cuenta de que está pendiente saber si se producirá o no la condición suspensiva. En tal virtud, ese adquiriente podría realizar actos de conservación en el bien. Dentro de tal orden de ideas, se tutela la legítima expectativa de la parte interesada en el cumplimiento de la condición que afecta la prestación a su favor. Queda claro que, en esta situación de pendencia, el que adquiere el derecho si es que la condición se cumple, es titular de una expectativa de derecho (derecho condicional). La expectativa es de la misma naturaleza que el derecho definitivo.

No obstante, estimamos que ello no sería necesario, en la medida de que el deudor de un bien cierto debe conservar el bien hasta su entrega (artículo 1134[188] del Código Civil). Esto, como lo hemos explicado en reiteradas ocasiones, forma parte del resguardo del principio de identidad en el pago (artículo 1132[189] del Código Civil).

Por lo demás, lo relativo a quién tendría que asumir el pago de los gastos que implique la conservación del bien, será un tema que deberá concordarse necesariamente con el artículo 1141 del propio Código, precepto que establece que los mismos deberán ser asumidos por el propietario del bien al momento en que ellos sean realizados (argumento del artículo 1141 del Código Civil).

Por su parte, el segundo párrafo del artículo 173 del Código Civil establece que el adquiriente de un derecho bajo condición resolutoria puede ejercitarlo pendiente ésta, pero la otra parte puede realizar actos conservatorios.

Lo relativo al ejercicio del derecho por parte del adquiriente, resulta obvio, pues, en buena cuenta, el derecho que ha adquirido está sujeto a condición resolutoria, lo que significa que el acto está surtiendo efectos en la actualidad.

Lo novedoso es que la otra parte podrá realizar actos conservatorios. Nótese que no los realizará como deudor del bien, pues éste ya se encuentra en poder del adquiriente. Los realizará en calidad de eventual acreedor del bien. Decimos esto, en razón a que, si se produjese la condición resolutoria, el adquiriente dejará de tener derecho de usar el bien, debiéndole ser restituido a la

188 **Artículo 1134.**- La obligación de dar comprende también la de conservar el bien hasta su entrega. El bien debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso.

189 **Artículo 1132.**- El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

otra parte. Entonces, ese derecho de conservar el bien que asiste a esta última corresponderá a su condición de eventual acreedor del bien, interesado en que el mismo le sea devuelto en buenas condiciones.

- Segundo escenario: Cuando se ha verificado la condición o se sabe que no se verificará

Ahora corresponde ver el segundo escenario: cuando se ha verificado la condición o se sabe que no se verificará.

En el tercer párrafo del artículo 173 se establece que el deudor puede repetir lo que hubiese pagado antes del cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria. En suma, se advierte que el cumplimiento de la condición tiene —desde el punto de vista de costos— efectos retroactivos entre las partes. Entendemos que la norma tiene el sentido de que, una vez producida la condición, el deudor podría recuperar lo invertido en el bien que, luego de verificada la condición suspensiva o resolutoria, quede en manos del acreedor. La norma no es muy clara. Pero para serlo, tendría que colocarse en infinidad de supuestos, situación impropia de un Código Civil. En ese sentido, el precepto deberá ser concordado necesariamente con el artículo 1141 del Código Civil, sobre el que ya hemos hecho referencia.

El Código Civil no señala de manera expresa cuáles son los efectos de la condición resolutoria; pero la doctrina los ha desarrollado profusamente.

Por ejemplo, comenta Domenico Barbero,[190] si la condición es resolutoria a la fecha de celebración del contrato, la propiedad se adquiere, aunque no en vía definitiva. Sostiene que el adquirente del derecho puede ejercitarlo hasta que no se verifique la condición pues, en caso de la transferencia de propiedad, el enajenante tiene la expectativa de un retorno del derecho de propiedad.

Respecto a los efectos de la verificación de la condición, señala que la condición tiene por regla la eficacia retroactiva, esto es, los efectos del negocio si es resolutoria, caen *ex tunc*, como si jamás se hubiesen producido.

Así pues, si el acto se realizó sujeto a una condición resolutoria, lo lógico, de acuerdo con la doctrina, es que caigan todos los efectos derivados del mismo. A diferencia del término resolutorio, en donde los efectos del contrato cesan y se mantienen vigentes los efectos ya desplegados, en la condición resolutoria los efectos del contrato se retrotraen y pierden eficacia incluso desde el mismo momento de su celebración, como si nunca se hubiesen producido.

190 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, pp. 664-665.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Pero queda claro que, si estamos en presencia de contratos de ejecución continuada, la resolución no debe afectar a las prestaciones ya ejecutadas.

De otro lado, es preciso señalar que, durante el estado de pendencia, los derechos sometidos a condición pueden ser transferidos, pues no hay limitación alguna para ello. No obstante, el derecho del adquirente deberá someterse a la condición originaria.

Finalmente, cuando la condición no se verifique en el tiempo establecido o resulte de los hechos que la misma no se verificará, las consecuencias serán que el derecho no surge (en caso esté sujeto a una condición suspensiva) o, finalmente, el derecho se consolida y se hace definitivo (en caso esté sujeto a una condición resolutoria).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VI. Carácter indivisible de la condición

Artículo 174.- El cumplimiento de la condición es indivisible, aunque consista en una prestación divisible.

Cumplida en parte la condición, no es exigible la obligación, salvo pacto en contrario.

Este artículo se refiere a la verificación de las condiciones, las mismas que pueden ser simples (integradas por un solo hecho) o complejas (integradas por varios hechos). En ambos casos (condiciones simples o complejas) el hecho puede ser divisible o indivisible. Lo que interesa aquí es la verificación integral de los hechos que conforman la condición, independientemente de si éstos son divisibles o indivisibles.

Como bien señala Barbero,[191] para que la condición se pueda decir verificada, es necesaria la plena correspondencia del evento a lo previsto en el acto jurídico. De modo tal que, si la previsión consiste en una serie de hechos acumulativos o alternativos, éstos deben verificarse de manera acumulativa o alternativa, según corresponda. Así, no será aceptable el concepto de cumplimiento de la condición por un hecho equivalente o un hecho parcial. La realización del hecho o hechos previstos como condición en el negocio jurídico debe ser exacta.

Cabe la posibilidad de que la condición pactada estuviese compuesta por dos o más hechos, todos ellos convenidos para que se cumplan. Por ejemplo, pactar, en enero del 2020, que se case fulano; que llueva en Lima más de un litro por metro cuadrado en una hora; y que se produzca un arco iris en Miraflores, todo en el mes de agosto del 2020.

Para el Derecho resulta claro que la condición únicamente se cumpliría en la medida de que se hayan producido los tres eventos mencionados. Con uno, no se verifica la condición; con dos, tampoco.

Consideramos poco pertinente el relacionar este tema con el hecho de si la prestación pactada de modo suspensivo es divisible o indivisible. Lo que resulta relevante para estos efectos es que la condición es conjuntiva, de modo tal

191 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 585.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que, aunque se trate de un hecho divisible o de varios hechos, la verificación de la realización de todos ellos es indivisible. No interesa la verificación de la realización de sólo uno de los hechos que formen la condición o de algunos, sino que se verifiquen todos los hechos que la conforman.

Así, si se tratara de una obligación de dar S/60,000.00, y se hubiese cumplido uno de los tres hechos de los que se compone la condición, es evidente que el acreedor no podrá reclamar S/20,000.00, por la sencilla razón de que la condición es, como hemos señalado, indivisible.

Lo propio se puede decir si la prestación a ejecutar forma parte de una obligación indivisible, que sea solidaria o mancomunada. Este tema nada tendría que ver con la naturaleza indivisible de los hechos que integran la condición.

A ello se refiere el artículo 174 del Código Civil.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[192] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 172, con el texto siguiente:

> **Artículo 174.-** Indivisibilidad de la condición
>
> La verificación de la condición es indivisible, salvo pacto en contrario.

Como hemos estudiado, el artículo 174 regula la indivisibilidad de la condición y el grupo de trabajo proponía que se simplifique el texto para que sólo diga «La verificación de la condición es indivisible, salvo pacto en contrario».

En realidad, a pesar de que en materia de condición se emplean indistintamente las expresiones «la verificación de la condición» y «el cumplimiento de la condición», es más propia esta última, ya que la palabra «verificar» puede dar a entender la acción de comprobar si se produjo o no la condición (lo que, sin duda, es necesario), pero lo importante es que la condición se cumpla o no se cumpla, de ahí que el artículo 174 emplea los derivados del verbo «cumplir».

Además, la norma en actual vigencia explica de una manera más clara aquello que la comisión intenta simplificar, a pesar de que la redacción actual no ofrece problema teórico o práctico alguno.

Por lo demás, ambas expresiones se usan (incluso por nosotros en cátedra, en nuestras obras y en este propio libro) indistintamente.

192 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 94.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VII. Condición negativa

Artículo 175.- Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse.

Las condiciones negativas consisten en pactar la no realización de un hecho; y de acuerdo con el texto del artículo 175, estas condiciones deberían pactarse para que tengan lugar dentro de un plazo. Decimos esto, en la medida de que, en caso contrario podrían ser eternas, es decir, que habría que esperar demasiado tiempo para ver si se produjo la condición (el hecho negativo).

Como señala Guillermo Lohmann,[193] mediante la temporalización de la condición negativa se pretende evitar que el precepto negocial impuesto resulte indefinido, con lo cual quedaría en vigor el negocio a la espera del suceso puesto como condición resolutoria que le ponga fin o como condición suspensiva para que se inicien los efectos del negocio.

Por ejemplo: te pago US$10,000.00, si Perú no clasifica para asistir al próximo Mundial de Fútbol de la FIFA.

Se entenderá que, en principio, cuando terminen las Clasificatorias se sabrá si Perú no irá al próximo mundial. Pero nótese que a lo mejor eso lo podríamos conocer antes, en pleno curso de las Clasificatorias, si es que en las mismas y por los resultados de los partidos ya jugados, llega a ser cierto que el acontecimiento no podrá realizarse, es decir, que se sepa que, aunque ganara todos los partidos que le resten jugar, Perú no irá al próximo Campeonato Mundial.

A esos dos supuestos se refiere el artículo 175 del Código Civil.

Así, de acuerdo con este precepto normativo, la condición negativa se cumplirá cuando no se realice el evento puesto como condición o cuando se tenga certeza de que no se podrá realizar el mismo. Para ello la legislación ha recogido que esta condición negativa debe verificarse en cierto tiempo.

193 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 239.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, la norma ha omitido referirse a qué ocurre cuando las partes no establezcan un plazo para la verificación de esta condición negativa. Al respecto, sólo quedará analizar caso por caso, si se trata de un evento posible o imposible de verificarse, para poder concluir si se da o no por cumplida la condición. En efecto, si no se hubiese determinado plazo alguno, entonces mientras el evento pueda aún verificarse, la condición podrá cumplirse en cualquier momento.

Como señala Biagio Brugi,[194] si no hay fijación de plazo, para poder tener por cumplida la condición será necesaria la certeza de la imposibilidad. De modo tal que si se puso como condición que el suceso no ocurra en un tiempo cierto, el acontecimiento debe verificarse en el tiempo indicado. Y si no lo fijaron, la condición queda cumplida cuando el tiempo transcurrió inútilmente y aun antes, si se obtiene la certidumbre de que ya no podrá realizarse. Si no hay fijación de plazo para poder tener por cumplida la condición, será necesaria la certeza de la imposibilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

194 BRUGI, Biagio. *Instituciones de Derecho Civil*. Traducción de la cuarta edición italiana por Jaime Simó i Bofarull. Unión Tipográfica Editorial Hispano-América. México, 1946, p. 111.

VIII. Cumplimiento o incumplimiento de la condición por mala fe

Artículo 176.- Si se impidiese de mala fe el cumplimiento de la condición por la parte en cuyo detrimento habría de realizarse, se considerará cumplida.

Al contrario, se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aproveche tal cumplimiento.

Hemos señalado desde el comienzo del tratamiento de la condición, que el supuesto ideal es cuando en el hecho futuro e incierto no tienen participación alguna ni el deudor ni el acreedor. Pero también hemos señalado que habrá casos en los cuales las condiciones contarán con cierta participación del deudor o del acreedor.

El artículo 176 tiene por objeto remediar aquellos casos en que la participación de alguna de las partes se presenta para frustrar el cumplimiento de la condición o para producir su cumplimiento.

Por ejemplo, si una persona, X, se hubiese obligado a pagarle a otra, Z, US$1,000.00 si la primera (X) aprobara el próximo examen de admisión para la Universidad Nacional de Ingeniería. Y, ocurre que el día del examen —y a pesar de haber estudiado mucho— X, voluntariamente, no se presenta a rendirlo. No cabe duda de que X habrá impedido de mala fe el cumplimiento de la condición. En este caso, la condición se considerará cumplida en favor de la otra parte (Z).

Para estos efectos, y en opinión que compartimos con Aníbal Torres,[195] para que se considere ficticiamente verificada la condición, como una sanción a la parte que impide la verificación de ésta, deben concurrir tres requisitos:

a. Que la parte en cuyo detrimento habría de realizarse resulte beneficiada con la ausencia de la condición;

b. Que esta parte actúe de mala fe, provocando la ausencia de la condición; y,

195 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 652.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c. Que el interés de la otra parte sea lesionado por la ausencia de la condición.

De no verificarse estos requisitos, no debería resultar aplicable el primer párrafo del artículo 176 del Código Civil.

El segundo párrafo del artículo 176 señala que, al contrario, la condición se considerará no cumplida, si se ha llevado a efecto de mala fe por la parte a quien aprovecha tal cumplimiento. Entendemos que la ficción de la falta de condición exige los mismos requisitos de la ficción de cumplimiento de la condición.

Por ejemplo, que una persona (X) toma en arrendamiento un inmueble de Y, que será empleando como boutique de alta costura, quedando dicho contrato sujeto a una condición resolutoria que consiste en que los vecinos no presenten una queja ante la Municipalidad. Ocurre que Y promueve una recolección de firma de todos los vecinos del vecindario para presentar una queja ante la Municipalidad. Entonces, habiendo Y llevado adelante esta maniobra para que se verifique la condición resolutoria, el Derecho protege a X, declarando como no cumplida la condición y manteniendo el interés de quien se ve perjudicado por la verificación de la condición.

Como se puede apreciar, el objetivo del artículo 176 es evitar abusos y la desnaturalización de la condición, ya sea por conductas dolosas o provocaciones intencionales o negligentes que contravengan un comportamiento de buena fe en la ejecución del acto o negocio jurídico sujeto a condición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IX. Carácter no retroactivo de la condición

Artículo 177.- La condición no opera retroactivamente, salvo pacto en contrario.

El artículo 177 del Código Civil establece como regla la irretroactividad de la condición, pudiéndose pactar en contrario, al tratarse de una norma meramente dispositiva.

Esto significa que desde que se produzca la condición, sea ésta suspensiva o resolutoria, o el acto empezará a surtir efectos o dejará de tenerlos, respectivamente; no antes. Los efectos que dependan de la condición suspensiva no se producirán antes de que se cumpla la condición, y los efectos que dependan de la condición resolutoria solamente se producirán una vez que se cumpla la condición.

Si se pactase el carácter retroactivo de la condición, por ejemplo, al momento de la celebración del acto o contrato, ello implicaría que habría que retrotraer a ese tiempo los efectos suspensivos o resolutorios. La retroactividad de los efectos del acto condicional tiene como consecuencia la validez de los actos realizados durante la pendencia de la condición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

X. Plazos suspensivo y resolutorio

Artículo 178.- Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.

Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho.

El plazo constituye la segunda modalidad del acto jurídico. Este artículo trata acerca del plazo suspensivo y del plazo resolutorio.

Veamos:

a) Plazo suspensivo

Señala el primer párrafo del artículo 178 del Código Civil, que cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente. Como puede apreciarse, la mecánica del plazo suspensivo es similar a la de la condición suspensiva. En ambos casos, el acto no surte efectos hasta que se verifique la condición o venza el plazo suspensivo, respectivamente.

Como señala Fernando Vidal,[196] quien denomina como pendencia a esa etapa del plazo, los efectos derivados del acto sometido al plazo son ciertos, constituidos y firmes. Es decir, no se trata de derechos meramente expectaticios, como ocurriría con la condición. Por lo tanto, si en ese plazo de pendencia el acreedor ve en riesgo su derecho sujeto a plazo, puede adoptar las acciones orientadas a cautelarlo.

b) Plazo resolutorio

Señala el primer párrafo del artículo 178, que cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.

En otras palabras, el acto es eficaz hasta el vencimiento del plazo resolutorio, tal como ocurre con la condición resolutoria, ya estudiada.

196 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 425.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El artículo 178 concluye señalando que antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación, puede ejecutar las acciones conducentes a la cautela de sus derechos. Esas opciones son equivalentes a los actos conservatorios a los que se refiere el artículo 173 del Código Civil, que regula la etapa de pendencia de la condición.

El segundo párrafo del artículo 178 del Código Civil se refiere a las acciones de cautela a las que tendría derecho el acreedor del derecho sujeto a plazo. Sobre esto ya nos hemos referido anteriormente y la lógica que explica este derecho de cautela es que en el término o plazo el derecho, aun cuando no ha surgido (en el caso del plazo suspensivo), no hay duda de su certeza, siendo que su eficacia ha sido aplazada al transcurso del tiempo.

Por tales consideraciones, durante ese estado de pendencia, o transcurso del plazo, el que aguarda el derecho sujeto a plazo suspensivo (y que, por tanto, aún no puede ser ejercido), puede entre tanto que transcurre el plazo, realizar todos los actos conservativos, pues al término del plazo éste será de su exclusivo favor. Con mayor razón se justifica el acto conservativo en el caso de los actos sujetos a plazo resolutorio, pues el beneficiario del plazo sí goza en el transcurso del tiempo del derecho derivado del acto modal.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XI. Beneficio del plazo suspensivo

Artículo 179.- El plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias, resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

Este artículo trae consigo la premisa de que el cumplimiento de una prestación determinada no puede ser exigido sino hasta el vencimiento del plazo, pues se considera que el plazo es en beneficio del deudor. Siempre hemos creído que el establecimiento de un plazo suspensivo afecta a la obligación en su conjunto, lo que implica que ni el deudor debe ejecutar la prestación antes de que venza el plazo, ni el acreedor puede exigir su cumplimiento antes de esa fecha.

Pero si observamos detenidamente el tema, ello implica también que el deudor no podrá forzar el pago antes de esa fecha, y, por tanto, que el acreedor no estará obligado a aceptar ese pago prematuro.

Es evidente que, tratándose de obligaciones de dar sumas de dinero, y mientras se cumpla con el principio de identidad, si el deudor ofreciera pagar antes del vencimiento del plazo, lo más probable es que el acreedor —muy gustoso— le acepte recibir ese pago, pues el mismo no lo perjudicará, sino —por el contrario— lo va a beneficiar.

Pero no siempre ocurrirá lo mismo.

Imaginemos los préstamos bancarios a plazo, en los que la entidad financiera tendrá la expectativa de cobro de los intereses que se devenguen del capital prestado en los términos convenidos; o el caso de un contrato de suministro de verduras en favor de una cadena de restaurantes de comida rápida, en donde el suministrante ofrezca cumplir, por adelantado, todas las prestaciones del año, encontrándose recién en el mes de abril. Aquí, es claro que el acreedor se negaría a recibir ese cumplimiento anticipado de la obligación, pues de nada le serviría recibir por adelantado esa enorme cantidad de alimentos perecibles.

Entonces, en verdad, el plazo suspensivo se establece en beneficio del deudor, pero también del acreedor. Y, como correlato indispensable, ese plazo también se establece en perjuicio del deudor y del acreedor.

De ahí que resulta discutible la norma contenida en el artículo 179, en el sentido de que el plazo suspensivo se presume establecido en beneficio del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

deudor, a no ser que del tenor del instrumento o de otras circunstancias resultase haberse puesto en favor del acreedor o de ambos.

Esa regla es errónea, pues en el mundo del Derecho de las Obligaciones, es decir, en la vida real, la regla es, precisamente, la inversa; y las excepciones estarían constituidas por lo expresado en el artículo 179.

No obstante, si bien se trata de una norma defectuosa, en la práctica jurídica ella no ha generado problemas, razón por la cual no estamos cuestionando su presencia en el Código Civil. En ese sentido, cabe recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*, incluso llegamos a poner sobre la mesa de discusión la derogatoria del artículo 179.[197]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

197 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, pp. 309-312.

XII. Repetición derivada del pago anticipado

Artículo 180.- El deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición.

La regla general en materia de repetición del pago, presupone que no existe una deuda. Como se sigue del texto de la norma, cuando la obligación está sujeta a plazo y el deudor paga antes del mismo, el deudor no puede repetir; salvo que el pago se efectúe por ignorancia del plazo.

De modo tal que cuando el deudor pague creyendo que el plazo ha vencido y éste no hubiese realmente acaecido, tal error no le generará derecho alguno a la repetición de lo pagado, a pesar de haberse equivocado y creer que dicho plazo ya había vencido. Nótese cómo en este caso el Código de 1984 está exceptuando el supuesto de las reglas generales sobre pago indebido (artículos 1267 a 1276).

La lógica que encierra esta posición legislativa es que los derechos sujetos a plazo son perfectamente exigibles, pues el derecho ya se encuentra constituido, es cierto y aunque su exigibilidad está postergada, su existencia es incuestionable y certera.

De modo tal que en estos casos el carácter no repetible de lo pagado es la regla, mientras que la repetibilidad será la excepción. Aun cuando los únicos casos de pago indebido en los que no resulta aplicable la facultad de repetir el pago, están contemplados en el artículo 1275 del Código Civil; tales como una deuda prescrita o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito, el artículo 180 del Código Civil ha establecido un supuesto adicional y es que no se puede repetir cuando se paga la deuda antes del vencimiento del plazo.

No obstante, el artículo 180 del Código Civil contempla una excepción a la excepción que regula; consistente en el supuesto en el cual el deudor hubiese pagado por ignorancia del plazo. Es curioso que se señale una excepción a la excepción, es decir un caso en que sí se podría repetir por pago indebido.

Esto significa que el deudor que sí sabía que existía un plazo, pero se equivocó y pagó, creyendo que el mismo ya había vencido, cuando no era así, no podrá repetir lo indebida o anticipadamente pagado. Pero si ese deudor

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ignoraba la existencia del plazo y, en tal ignorancia, paga, entonces, sí tendrá derecho a la repetición.

En verdad, resulta inútil la distinción entre dos casos de error muy similares. Además, dada la duración de los procesos judiciales en el Perú, los mismos que se prolongan por años o incluso décadas, lo más probable es que mientras se litiga, el plazo ignorado o equivocado ya hubiese vencido. Así, el proceso para recuperar lo anticipadamente pagado resultaría inútil.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que lo mejor hubiera sido que el artículo 180 prohibiese en cualquiera de sus casos la pretensión de repetir lo pagado de manera anticipada por error.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XIII. Caducidad del plazo

Artículo 181.- El deudor pierde el derecho a utilizar el plazo:

1. Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda.

   Se presume la insolvencia del deudor si dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantiza la deuda o no señala bienes libres de gravamen por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación.

   Este 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.

2. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido.

3. Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, o desaparecieren por causa no imputable a éste, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

La pérdida del derecho al plazo por las causales indicadas en los incisos precedentes, se declara a petición del interesado y se tramita como proceso sumarísimo. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a asegurar la satisfacción del crédito.

Este 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.

El artículo 181 del Código Civil establece varios supuestos en que el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo, en los cuales la ley da por cumplidos ficticiamente los plazos establecidos por las partes, adelantando así el vencimiento de éstos. Los analizaremos uno por uno y veremos cómo están orientados a respaldar el crédito en los supuestos en los cuales el deudor no brinde seguridad sobre el cumplimiento de su prestación.

De modo tal que este artículo está pensado y orientado a la defensa del derecho del acreedor, pero limitado a un número de supuestos determinados,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en los cuales el deudor pierde su derecho al plazo. Ciertamente, las partes podrán pactar algún otro supuesto adicional de vencimiento anticipado.

Veamos ahora los supuestos legales:

a) Cuando resulta insolvente después de contraída la obligación, salvo que garantice la deuda (inciso 1)

El primer supuesto parte del entendido de que el deudor devenga en insolvente luego de contraída una obligación sujeta a plazo suspensivo y que ese plazo todavía no haya vencido; o, lo que es lo mismo, que luego de constituida la relación jurídica, sobrevenga la insolvencia del deudor. Es decir, que le sea imposible responder frente al acreedor por las obligaciones contraídas, toda vez que no cuenta con patrimonio suficiente.

En principio, si no se hubiese presentado el problema de insolvencia, el acreedor deberá esperar al vencimiento del plazo para poder exigir el cumplimiento de la obligación, pero como se ha presentado la insolvencia del deudor, la ley da por vencido el plazo, a efectos de que el acreedor pueda intentar cobrar de inmediato. Nótese que el artículo bajo comentario no establece el criterio objetivo para determinar cuándo el acreedor puede solicitar judicialmente la prueba de que el deudor se encuentra afectado por la imposibilidad económica para responder por sus obligaciones.

No obstante, lejos de remitirnos directamente al procedimiento concursal y, sin distinción alguna, el inciso 1 del artículo 181 del Código Civil establece una presunción de insolvencia del deudor, en el supuesto en el cual, dentro de los quince días de su emplazamiento judicial, no garantice la obligación o no señale bienes libres de gravámenes por valor suficiente para el cumplimiento de su prestación. Es decir, el estado de insolvencia debe ser materia de resolución judicial; claro está, a menos que el deudor lo haya reconocido expresamente.

Mientras el deudor garantice (en el sentido jurídico de la palabra) el cumplimiento de la obligación, el acreedor deberá respetar el plazo.

b) Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que se hubiese comprometido (inciso 2)

Las garantías ofrecidas, constituirán elementos indispensables para asegurar al acreedor el cumplimiento futuro de esa obligación.

Nótese que el inciso 2 parte del supuesto en el cual el deudor haya pactado con el acreedor el otorgamiento de tales garantías. De no existir este

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pacto, obviamente, el deudor no deberá constituir garantía alguna en favor del acreedor; salvo, naturalmente, que devenga en insolvente. Pero, en ese caso, estaremos en el supuesto del inciso 1 y no en el del inciso 2, bajo comentario.

Coincidimos con Guillermo Lohmann[198] cuando cuestiona que para la pérdida del derecho al plazo ha de requerirse de un pronunciamiento judicial (proceso sumarísimo), cuando hubiese sido suficiente el requerimiento notarial, para dar por vencido el plazo y hacer exigible la obligación.

c) Cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor (inciso 3)

En este caso, además del elemento objetivo, consistente en la reducción de las garantías, se exige otro requisito y es el elemento subjetivo consistente en la imputabilidad del deudor, no siendo relevante para estos efectos si las garantías disminuyen por culpa o dolo del deudor. Para ambos supuestos, se entiende que él mismo está perjudicando las garantías.

Sería el caso en el cual, por ejemplo, una de las garantías sea mobiliaria y esté constituida sobre un automóvil de propiedad del deudor, el mismo que queda muy deteriorado luego de sufrir un accidente causado por culpa del deudor.

Si bien las otras garantías subsisten intactas, no cabe duda de que las garantías se han visto disminuidas por su culpa.

Entendemos que la norma también debió comprender el caso en el cual las garantías desaparecieren por culpa del deudor. Pero, igual es aplicable el caso, por el principio de que si el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías disminuyeren por acto propio del deudor, con mayor razón lo perderá si tales garantías desaparecieren por culpa suya.

Al igual que en los dos casos anteriores, la caducidad del plazo deberá ser materia de pronunciamiento judicial.

d) Cuando las garantías desaparecieren por causa no imputable al deudor (inciso 3)

A partir del tenor del inciso 3 queda claro que el elemento subjetivo en torno a la disminución de la garantía resulta relevante, pues cuando se trate de un supuesto no imputable al deudor, no surgirá obligación adicional alguna de restituir las mismas.

198 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 261.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, este inciso 3 regula un supuesto adicional, consistente en la desaparición (es decir en la extinción o pérdida) de las garantías, caso en el cual el elemento subjetivo no cobra relevancia. En este escenario, el legislador ha privilegiado la conservación de la existencia de las garantías otorgadas por el deudor para el cumplimiento de la prestación, de modo tal que el acreedor no quede desprotegido.

Debemos señalar, finalmente, que el inciso 3 establece para este caso (literales «c» y «d» de nuestros comentarios), que el deudor no perderá el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor. Se trata de una solución razonable.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XIV. Intervención judicial para señalamiento del plazo

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

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

La demanda se tramita como proceso sumarísimo.

Este último párrafo 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. El texto original del precepto era el siguiente: El procedimiento es el de menor cuantía.

El primer párrafo del artículo 182 presupone que existe un plazo tácito derivado de las circunstancias o de la naturaleza de la obligación. De no ser ello así, correspondería aplicar la regla general en materia del plazo para la ejecución de obligaciones (pago), la misma que está constituida por el artículo 1240 del Código Civil y que establece que, si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el plazo inmediatamente después de contraída la obligación. Eso significa que en la generalidad de los casos no habría necesidad alguna de recurrir al Poder Judicial para el señalamiento de plazo alguno.

No obstante, el artículo responde a casos en los que la naturaleza de la prestación no permita el cumplimiento inmediato. Así, por ejemplo, pensemos en el supuesto en que hayamos encargado a un artista que elabore una pintura al óleo y no se ha establecido plazo alguno. En esos casos el Código Civil permite que el acreedor solicite al juez que determine el plazo del cumplimiento.

Veamos las hipótesis previstas en este artículo:

a) Si de la naturaleza y circunstancias del acto se dedujera que quiso concederse plazo al deudor

Entonces, el artículo 1240 resulta aplicable a aquellas obligaciones que no sólo no indicaban plazo suspensivo alguno para poder exigir su cumplimiento, sino

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que, además, de la naturaleza y circunstancias del acto no se dedujera que quiso concederse un plazo al deudor, como el que hemos relatado previamente.

Es para el supuesto contrario para el que resulta aplicable el artículo 182.

b) Si la determinación de la duración del plazo ha quedado a voluntad del deudor y éste no lo señala

En este caso (trátese de un plazo suspensivo o resolutorio) regula el supuesto del plazo potestativo, supuesto en el cual también se podrá recurrir al juez para que fije su duración. Este podría ser el supuesto del pago a mejor fortuna, por ejemplo.

Aquí, a diferencia de lo establecido en la condición potestativa, la estipulación de esta modalidad no invalida el acto y esto responde fundamentalmente, como ya hemos explicado, a que en las obligaciones sujetas a plazo, su eficacia no se encuentra comprometida, como ocurre con los actos condicionados.

Nótese que el legislador no ha diferenciado el tratamiento del plazo suspensivo potestativo del plazo resolutorio, por lo que en ninguno de los dos casos el acto devendría en nulo.

c) Si la determinación de la duración del plazo ha quedado a voluntad de un tercero y éste no lo señala

Aquí el artículo 182 sigue el mismo supuesto que contempla para el caso anterior.

Nos parece buena la solución otorgada por el Código Civil, en la medida de que ni el deudor (en el caso precedente) ni el tercero (en el caso bajo estudio) podrían aprovecharse de esta situación en perjuicio del acreedor, al no señalar el plazo en un tiempo razonable.

Llamamos la atención en el sentido de que el artículo bajo comentario no ha regulado qué pasa cuando el plazo ha quedado a decisión potestativa del acreedor. En opinión que compartimos con Torres Vásquez,[199] estimamos que deberá seguirse el mismo criterio para el supuesto en el que el plazo sea potestad del deudor. Es decir, deberá acudir al juez para la determinación de éste.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

199 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 687.

XV. Reglas para el cómputo de los plazos

Artículo 183.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

1. El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
2. El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
3. El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
4. El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
5. El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

El artículo 183 señala que, para el cómputo de los plazos, se procederá de acuerdo con el calendario gregoriano, que, como sabemos, es el empleado en casi todo el mundo y cuyo promotor fue el Papa Gregorio XIII en el año 1582.

La norma bajo comentario contempla diversos supuestos; a saber:

a) El plazo señalado por días (inciso 1)

En este caso el plazo se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezca que se haga por días hábiles.

Se entiende por días naturales a los días enteros de veinticuatro horas cada día. De modo que cuando se otorga un plazo, el mismo vencerá a las 23:59:59 horas del último día del plazo.

Es usual que para determinados efectos las partes en un contrato convengan que los plazos se computarán en días hábiles. También lo es en materia de procesos judiciales ordinarios, a cuyo efecto el Código Procesal Civil establece que los plazos se calcularán en días hábiles (artículo 147). Lo propio podríamos decir de los procesos arbitrales (Ley de Arbitraje, artículo 12). Estas menciones son meramente ilustrativas.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

b) El plazo señalado por meses (inciso 2)

En este caso, el plazo se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial.

Se precisa que, si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de ese mes. Como ocurriría en el caso en que se hubiera pactado que el plazo durará ocho meses y el contrato se hubiere celebrado el 31 de enero. Se entiende que los ocho meses, en estricto, deberían vencer «el 31 de septiembre», pero habida cuenta de que septiembre no trae treinta y un días, sino sólo treinta, entonces el plazo vencerá el treinta de septiembre. Así de simple.

c) El plazo señalado por años (inciso 3)

En este caso, el plazo se cumple en el año del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del año inicial. Si en el año y mes de vencimiento faltase ese día, el plazo se cumplirá el último día de ese mes.

Para tales efectos se aplica lo dispuesto por el inciso 2, ya comentado en el acápite anterior.

Resultaría de aplicación, también, el ejemplo que ahí planteamos, con la salvedad de que el plazo no sea pactado por meses, sino por años.

d) El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento (inciso 4)

Esta disposición es muy sensata, en la medida de que si se contase tanto el día de inicio como el día de vencimiento, todo plazo terminaría teniendo un día más. Así, al no contarse el primer día pero sí el último, el plazo sería exacto.

• Por lo demás, no olvidemos que, en materia de obligaciones, si un deudor tiene plazo para pagar hasta el día 24 de abril, entonces tendrá hasta las 23:59:59 horas de ese día para hacerlo. Ello, naturalmente, salvo usos y costumbres diversos en materia de horario.

e) El plazo cuyo último día sea inhábil (inciso 5)

En este caso, si el último día del plazo fuere inhábil, el plazo vencerá el primer día hábil siguiente.

Por ejemplo, si el 26 de abril cayese domingo y ese fuere el último día para poder efectuar el pago, el plazo se correrá hasta el primer día hábil siguiente, es decir, hasta el lunes 27 de abril.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XVI. Extensión a plazos legales o convencionales

Artículo 184.- Las reglas del artículo 183 son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente.

La claridad del artículo 184 del Código Civil nos releva de mayores comentarios. Queda en evidencia que se trata de una norma dispositiva aplicable a falta de convenio entre las partes o un precepto legal específica en contrario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XVII. Exigibilidad del cargo

Artículo 185.- El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna.

Como ya hemos señalado, el cargo es la tercera modalidad de los actos jurídicos. Si bien el Código Civil peruano de 1984 no lo define, puede sostenerse que el cargo es el elemento accidental del contrato que genera una situación jurídica subjetiva de desventaja, pues quien se va a beneficiar de un derecho debe cumplir cierta obligación, la misma que, sin constituirse en contraprestación para quien impone la carga, debe verificarse como un hecho para que surja o se mantenga el derecho.

El cargo o modo, resulta poco significativo en comparación con la prestación de la que se beneficia el deudor de ese cargo. Como señala Lohmann,[200] el modo no tiene carácter conmutativo, compensatorio o de equilibrio patrimonial, ni siquiera en parte, sino meramente limitativo. Por esto, el modo no es posible en los negocios onerosos, pues se confundiría con la contraprestación, adquiriendo carácter conmutativo o compensatorio.

El cargo es usual en los contratos de donación, sobre todo de inmuebles o de bienes de valor considerable. Por ejemplo, que una persona celebre con la Sociedad de Beneficencia Pública de Lima un contrato de donación, en virtud del cual transferiría US$1'000,000.00 a dicha institución y ésta asume el cargo de colocar todos los domingos, mientras viva el donante, un ramo de rosas rojas en la tumba de la madre de este último.

También estaríamos en presencia de un cargo si la Beneficencia se obliga a colocar el nombre del donante a alguno de sus inmuebles.

Las donaciones con cargo también pueden implicar el haber convenido con el donante un destino específico para los bienes o fondos donados. Por ejemplo, que con ese dinero la Beneficencia construya un nuevo pabellón en el albergue de ancianos Canevaro.

200 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 270.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como vemos, sin restar relevancia alguna a los cargos, ellos no llegan a representar prestaciones de suficiente importancia patrimonial como para ser considerados como una contraprestación; pues el cargo en sí mismo es un elemento que tiene una finalidad secundaria; razón por la cual el acto sujeto a modo o cargo es eficaz desde su celebración, es decir no ha de existir situación de pendencia para su eficacia. Lo que ocurrirá será que, quien acepte la atribución patrimonial se obligará al cumplimiento del cargo. Como señala Coviello,[201] el *modus* o cargo tiene una figura jurídica propia, es una declaración accesoria de voluntad, caracterizada por producir una obligación que tiene su causa jurídica en el acto de liberalidad sin constituirse en la causa de éste. De ahí se sigue que, si el acto de liberalidad es nulo, por una razón cualquiera, será también nula la carga; y si la liberalidad no fue cumplida, no se podrá pretender el cumplimiento de la carga. Pero sobre esta materia ya hemos expresado nuestros cuestionamientos.

El artículo 185 del Código Civil establece que el cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Aunque pareciese raro el caso en el cual al beneficiario le interese el cumplimiento del cargo, hay situaciones en las que el cargo se ha pactado en beneficio de un tercero (por ejemplo, la familia de aquel cuyo nombre debe colocarse al nuevo edificio.

Se entiende, entonces, que la regla es que, en principio, sólo los directamente interesados podrían exigir el cumplimiento del cargo.

La excepción está constituida por el supuesto en el cual el cumplimiento del cargo sea de interés social, caso en el que su ejecución podrá ser exigida por la entidad a la que concierna. El Código no especifica cuál será esa entidad, pero el abanico es muy amplio.

Debemos puntualizar que no resultará difícil pensar en cargos cuyo cumplimiento sea, en estricto, de interés social. Podríamos imaginar el caso en el cual un cargo consista en repartir alimentos en un determinado asentamiento humano muy pobre y el mismo no sea ejecutado por la empresa obligada a ello y beneficiaria de la donación hecha por otro particular. En este caso, la autoridad municipal respectiva o el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, estarían facultados para exigir a dicha empresa el cumplimiento del cargo (y, dentro de nuestra perspectiva de las cosas, incluso, resolver el contrato).

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones*

201 Coviello, Nicola. *Op. cit.*, p. 531.

académicas 2,[202] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 185, con el texto siguiente:

> **Artículo 185.-** Cumplimiento del cargo
>
> 1. El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna.
> 2. El imponente o el beneficiario del cargo podrán solicitar la cesación de los efectos de la liberalidad en los siguientes supuestos:
>   a) Cuando el cargo no haya sido ejecutado, salvo que las partes hayan expresado algo distinto.
>   b) Cuando el acto o liberalidad no hayan sido destinados a la finalidad establecida por el imponente.
>   c) En los demás casos establecidos en la ley.
> 3. En cualquier (sic) el afectado podrá solicitar el pago de los daños que el incumplimiento genere.

Como hemos estudiado, el actual artículo 185, referido a la exigibilidad del cumplimiento del cargo, establece que «El cumplimiento del cargo puede ser exigido por el imponente o por el beneficiario. Cuando el cumplimiento del cargo sea de interés social, su ejecución puede ser exigida por la entidad a la que concierna».

El grupo de trabajo del 2019 mantuvo el texto del artículo 185, pero lo transformaba en el inciso 1 de una norma compuesta por tres incisos.

- En el inciso 2 se establecía cuáles serían los casos en que, ante el incumplimiento del cargo, el imponente o el beneficiario del mismo podría solicitar el cese de los efectos de la liberalidad.

Entendemos que el precepto resultaba innecesario, ya que el Código Civil tanto en lo que respecta a obligaciones de dar como a las obligaciones de hacer y de no hacer (dado que el cargo puede ser de cualquier naturaleza), establece cuáles son las acciones que puede adoptar el acreedor ante el incumplimiento del deudor; no obstante lo cual la norma que se proponía nos daba la razón en lo que respecta a nuestra tesis de la posibilidad de resolver contratos de donación con cargo, precisamente cuando no se cumpla ese cargo.

202 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 94-95.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Además, tenemos lo referido a las normas contractuales que tratan sobre el particular.

Adicionalmente, la comisión establecía que el afectado podrá reclamar daños (inciso 3), cuando si se quería hacer mención de este tema, lo correcto era referirse a daños y perjuicios, materia, por lo demás, de inútil regulación en el artículo 185, pues los mismos se hallan desarrollados de manera extensa en el título relativo a inejecución de obligaciones, artículos 1314 y siguientes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XVIII. Plazo para el cumplimiento del cargo

Artículo 186.- Si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale.

La demanda se tramita como proceso sumarísimo.

Este último párrafo no responde al texto de 1984. Él es fruto de la modificación efectuada 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. El texto original de la norma era el siguiente:

El procedimiento es el de menor cuantía.

El artículo 186 del Código Civil establece que, si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, éste debe cumplirse en el que el juez señale.

Por las características del cargo queda claro que mientras no se sepa si la liberalidad va a ser ejecutada, tampoco puede reclamarse el cumplimiento del cargo. De modo que el acreedor puede exigir que la liberalidad se entregue antes de que el cargo se cumpla, sin que la ejecución de la prestación sea motivo determinante o condición para la adquisición del derecho sujeto a cargo.

Hacemos de aplicación a este precepto, *mutatis mutandis*, los comentarios que vertimos con ocasión de nuestro análisis del artículo 182.

Antes de concluir queremos recordar que, en 1998, en *Tentaciones Académicas* expresamos que considerábamos equivocada la concepción que sobre el plazo para el cumplimiento del cargo tiene el artículo 186, en la medida de que señala que, si no hubiese plazo para la ejecución del cargo, el mismo deberá ser cumplido en el que señale el juez. Decíamos esto, porque simplemente no existía razón alguna para establecer dicha norma, en virtud de la existencia del artículo 1240 del propio Código Civil, precepto general de pago que establece que cuando no se haya fijado plazo para el cumplimiento de la obligación, ésta será exigible inmediatamente después de contraída.

Pensábamos que el artículo 186, bajo análisis revestiría utilidad, en la medida de que se colocase en un supuesto similar al establecido por el Código en su artículo 182, primer párrafo, vale decir, si el acto no señalara plazo para el cumplimiento del cargo, y de su naturaleza y circunstancias se dedujere que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 1240, caso en el cual recién procedería que el mismo sea señalado judicialmente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XIX. Inexigibilidad del cargo

Artículo 187.- El gravado con el cargo no está obligado a cumplirlo en la medida en que exceda el valor de la liberalidad.

Decíamos al comenzar el tratamiento del cargo, que su valor no se compara con el de la liberalidad. El artículo 187 establece que, si el valor del cargo superara el de la liberalidad, el gravado con el cargo no estaría obligado a cumplirlo. Ello podría ocurrir, en nuestro ya citado ejemplo, si se dona S/100,000.00 a la Beneficencia, con cargo a que ella ponga una docena de rosas rojas todos los días en la tumba de la madre del donante. Es evidente que llegará el día en el cual el valor del cargo supere los S/100,000.00. Aquí, el gravado con el cargo podría eximirse de su cumplimiento, invocando el artículo 187 del Código Civil, pero previo informe y cálculo dinerario correspondientes.

Entendemos que el artículo 187 y su contenido sólo podrían aplicarse en casos como el de nuestro ejemplo y no en casos en los que, al momento de la celebración del contrato, se aprecie que el cargo excede el valor de la liberalidad. En este último supuesto sólo cabría o no celebrar el contrato y, por tanto, no verse beneficiado con liberalidad alguna o, en su defecto, celebrar el contrato y ejecutar el cargo, a plenitud.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XX. Trasmisibilidad del cargo

Artículo 188.- La obligación de cumplir los cargos impuestos para la adquisición de un derecho pasa a los herederos del que fue gravado con ellos, a no ser que sólo pudiesen ser cumplidos por él, como inherentes a su persona.

En este caso, si el gravado muere sin cumplir los cargos, la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos.

El artículo 1218 del Código Civil establece la regla general en materia de trasmisibilidad de las obligaciones, al señalar que «la obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíba la ley o se ha pactado en contrario».[203]

El artículo 188 del Código Civil hace de aplicación el mismo principio para el cumplimiento de los cargos, señalando como salvedades, el que sólo pudiesen ser cumplidos por quien está gravado con ellos, como inherentes a su persona.

Pero, en verdad, no entendemos el sentido del segundo párrafo del artículo 188, cuando señala que si el gravado muere sin cumplir los cargos (lo que podría haberse producido, ya sea porque todavía no los tenía que cumplir o por no haberlos cumplido en tiempo oportuno, estando, tal vez en situación moratoria), la adquisición del derecho queda sin efecto, volviendo los bienes al imponente de los cargos o a sus herederos. Pues pareciera más una condición resolutoria que un cargo en sí mismo. Esta posición contraviene la esencialidad del modo, en tanto su cumplimiento no impide la adquisición del derecho ni determina su extinción. Así pues, el modo inválido en el negocio no deja sin efecto el acto modal.

No obstante, dado el tenor del segundo párrafo del artículo bajo comentario, entendemos que para el caso específico en que el cargo debía ser cumplido *intuitu personae*, el legislador ha optado por una excepción, en el sentido de

203 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Thomson Reuters. Lima, 2014, volumen II, pp. 727 a 732.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que la falta del cumplimiento del cargo hace perder al beneficiario el derecho a la liberalidad.

El Código no se pronuncia respecto de los derechos surgidos a favor de terceros sobre los bienes materia de la liberalidad. Creemos que, tratándose de una excepción normativa, para el caso en el que el cargo debe ser cumplido *intuitu personae*, los derechos adquiridos de los terceros deberán correr la misma suerte de la liberalidad y, por tanto, devenir en ineficaces.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XXI. Ilicitud o imposibilidad del cargo

Artículo 189.- Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno.

El cargo, como venimos estudiando, constituye una modalidad de los actos jurídicos. Si el cargo fuese ilícito o imposible, deberá tenerse por no puesto, al igual que ocurrirá con cualquier cláusula de naturaleza accesoria en un contrato, que tuviese esa patología. No obstante, puede apreciarse que la eficacia del acto no se ve afectada y es que justamente al ser el cargo un elemento accesorio y accidental que no se constituye en una contraprestación, el ánimo de la liberalidad queda a salvo.

Lo propio ocurrirá en el supuesto en que en un inicio el cargo hubiese sido lícito y posible y, luego, hubiese devenido en ilícito o imposible, en cuyo caso, conforme al artículo 189 del Código Civil, el acto jurídico subsistirá sin cargo alguno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VI
Simulación del acto jurídico

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VI
Simulación del acto jurídico

La simulación es una institución propia de la teoría de los actos jurídicos, que conforme sostiene Joaquín Martínez Alfaro,[204] es una dualidad de convenciones; en la primera, las partes declaran bilateralmente, con falsedad y publicidad, lo que en realidad no han convenido; en la segunda, manifiestan privada y secretamente entre ellas, lo que verdaderamente han convenido; en consecuencia, hay una disconformidad bilateral y consciente entre lo querido y lo declarado, con el fin de engañar. En ese mismo sentido, Lizardo Taboada[205] indica que para la doctrina mayoritaria la simulación consiste en un caso de discrepancia consciente entre voluntad declarada y voluntad interna realizada de común acuerdo entre las partes contratantes a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros.

Tal dualidad determina que el acto simulado pueda definirse como el que tiene una apariencia contraria a la realidad, por no existir o por no tener un carácter distinto al que aparenta. Como ha precisado con absoluta claridad Taboada Córdova,[206] «la simulación absoluta o relativa implica necesariamente la existencia de un negocio jurídico falso, aparente, simulador, fingido o fantasma; es decir, se coincide en que la simulación es con la celebración de un negocio falso que constituye una mera apariencia dirigida a engañar a los terceros, por cuanto los sujetos que lo han celebrado conocen la verdadera voluntad y la real situación jurídica».

Así, son dos los elementos que deben concurrir para que se configure un acto simulado, a saber:

i) El acuerdo simulatorio

Es el acuerdo tendiente a producir la apariencia de un acto jurídico que las partes no quieren en absoluto o bien lo quieren únicamente como medio para disfrazar u ocultar aquel acto jurídico que efectivamente desean. Existe entonces una discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad manifestada. Para

204 Citado por Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica. Lima, 2005, p. 230.
205 Taboada Córdova, Lizardo. *Op. cit.*, p. 340.
206 Taboada Córdova, Lizardo. *Op. cit.*, p. 350.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

esto, resulta necesario que exista un convenio verbal o escrito entre las partes para producir una apariencia. Así pues, para que haya simulación, ésta debe ser conocida, querida y acordada por todas las partes que intervienen en el acto.[207]

ii) La finalidad de engañar a tercero

Torres Vásquez[208] señala que quienes simulan un acto jurídico no lo hacen por simple capricho o pasatiempo, ni tampoco con miras a engañarse el uno al otro, sino que todos están de acuerdo en engañar a terceros, haciéndoles creer que el acto simulado es real. De este modo, los simuladores pretenden que los terceros se convenzan de que el acto ostensible es verdadero, porque solamente engañándolos podrán obtener los fines prácticos que persiguen alcanzar con la simulación. Dan a los terceros un falso concepto sobre la realidad de la naturaleza del acto jurídico, o sobre quiénes son las partes verdaderas, o acerca de los efectivos beneficiarios, o de las auténticas modalidades del acto, etc.

Engañar a los terceros tiene como consecuencia la nulidad, siendo la indemnización una consecuencia adicional cuando se verifique un perjuicio o daño.

Así, la doctrina distingue dos clases de simulación: (i) la simulación absoluta y (ii) la simulación relativa. En ambos casos el acto simulado deviene en nulo; mientras que en la simulación relativa subsistirá el acto disimulado, que no es sino el acto oculto que realmente las partes han querido celebrar. En el acto simulado, independientemente de si se está o no ante una finalidad lícita, el acto será calificado como nulo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

207 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 519.
208 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 520.

I. Simulación absoluta

Artículo 190.- Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo.

A partir de ese concepto normativo, podemos advertir que el acto viciado de simulación absoluta es aquél en el cual las partes que lo celebran sólo lo están celebrando en apariencia, pues en la realidad de los hechos, nada han celebrado. De esta forma, en la simulación absoluta, no se ha dado existencia a ningún acto jurídico, sino simplemente existe una apariencia de acto, ya que, en realidad, el acto simulado no es querido por las partes. El acto jurídico no sería real, ni verdadero, simplemente porque no tendría existencia.

La simulación absoluta es siempre total, dado que afecta la totalidad del acto jurídico, al no producir consecuencias jurídicas entre las partes que lo celebran. Y es que, en esencia, con la simulación absoluta lo único que ocultan las partes es la inexistencia del acto simulado. Pero en cuanto el sistema jurídico peruano no reconoce, en el terreno legal, como figura la inexistencia, se ha optado por establecer que la simulación absoluta acarrea la nulidad del acto jurídico.

Sería el caso en el cual el propietario de un inmueble quisiera aparentar haberlo vendido y, para tal efecto «celebra una compraventa» con un tercero. Pero resulta que él y el tercero saben que esa compraventa es sólo aparente, en la medida de que en realidad no han celebrado nada, que la propiedad del bien sigue en cabeza del vendedor y que el dinero que figura como precio, sigue en manos del comprador. En la vida real nada ha pasado, a pesar de que en apariencia jurídica el bien se ha vendido, habiéndose transferido su propiedad al comprador y éste el precio al vendedor.

La simulación absoluta es como el cascarón de un huevo vacío. Sólo está la apariencia de existir un huevo; sólo está el cascarón, sin contenido alguno.

En estos casos se suele firmar contradocumentos entre las partes, en los cuales queda claro que no se ha producido transferencia alguna de derechos.

El acto viciado de simulación absoluta es nulo, quedando claro que aquello que se va a declarar nulo es el acto cascarón (es decir, el único que se ha celebrado y que sólo es apariencia, pero no realidad). Declarado nulo, entonces, prevalecerá la realidad de los hechos.

Así pues, en la simulación absoluta no existe acto alguno; simplemente no existe propósito real de los sujetos de estar vinculados jurídicamente.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FEVRE

II. Simulación relativa

Artículo 191.- Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

En la simulación relativa existen dos actos celebrados. El primero, uno real o verdadero, que es, precisamente, aquel que las partes quieren celebrar y, a la vez, ocultar. La simulación relativa, debemos decir que se configura cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter. Se celebra el acto ostensible, pero en el acto secreto se conviene que los efectos jurídicos verdaderos serán distintos de los que corresponden al ostensible.[209]

Con la simulación relativa las partes aparentan la celebración de un acto jurídico, que en realidad no tienen intención de concluir, para encubrir otro que es el que efectivamente desean celebrar. Dentro de tal orden de ideas, la simulación relativa supone la coexistencia de dos actos jurídicos que ocupan, por decirlo de alguna manera, distintos planos de la realidad, a saber, el acto jurídico aparente y el acto jurídico real. El primero de ellos es el único que perciben los terceros de buena fe, es decir, aquellos sujetos completamente ajenos al acuerdo simulatorio. El segundo, en contraposición, es el que existe para los simuladores, por ser el verdadero objetivo de su consenso.[210]

Con el carácter aparente, entonces, se encubre el carácter verdadero del acto que, por distintas razones, se pretende mantener oculto. Como, por ejemplo, lo que ocurre cuando A finge vender a B, pero en realidad vende a C. Adicionalmente, la simulación puede referirse al objeto del contrato, lo que se presenta, entre otros casos, cuando las partes declaran un precio (precio aparente o simulado) que no se condice con aquel que debe pagar el comprador (precio real).[211]

ESTUDIO M. PIO CASTILLO FREYRE

209 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*, *Op. cit.*, p. 230.

210 Parraguez Ruiz, Luis Sergio. *El negocio jurídico simulado*. Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 2012, p. 50.

211 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 539.

En atención a lo señalado, es claro que, a diferencia de lo que ocurre con la simulación absoluta, la simulación relativa puede ser total o parcial, dependiendo de si ésta afecta la integridad del acto o sólo algunas de sus disposiciones.

Hasta aquí, entonces, podemos afirmar que, en la simulación relativa, la intención de los simuladores consiste en celebrar un acto jurídico real dándole una apariencia distinta, para ocultarlo a la vista de los demás. Asimismo, podemos afirmar que sólo estaremos en presencia de una simulación cuando con el acto simulado se encubre bien la naturaleza jurídica del acto jurídico real, cuando se oculta la verdadera identidad de las partes, o cuando el acto contiene fechas, precios u otras disposiciones diferentes a las reales.

Podría tratarse, por ejemplo, de un contrato de donación celebrado entre un padre y un hijo, por el cual el padre le transfiere gratuitamente la propiedad de un inmueble. Pero, ellos no quieren que ante la sociedad aparezca el contrato de donación, por el hecho de que la donación resulta vulnerable en razón de la eventualidad de que ella sea en el futuro, luego de la muerte del padre, declarada como inoficiosa por aplicación del artículo 1629 del Código Civil.[212]

Entonces, deciden celebrar en apariencia un contrato de compraventa, precisamente, para ocultar la donación, que en verdad celebraron.

De lo que sí se cuidarán las partes es de celebrar la compraventa por escritura pública, a efectos de que, si por alguna razón esa compraventa fuese anulada —eventualidad a considerar—, valiese la donación. Ello, dado que conforme a lo dispuesto por el artículo 1625 del propio Código Civil, la donación de inmuebles se celebra por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

El artículo 191 del Código Civil establece que cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero.

Este perjuicio al derecho de tercero constituye la causal de anulabilidad del acto oculto y es lo que legitima al perjudicado a impugnarlo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

212 **Artículo 1629.**- Nadie puede dar por vía de donación, más de lo que puede disponer por testamento. La donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida.
El exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

III. Simulación relativa parcial

Artículo 192.- La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona.

Resulta evidente que los actos de simulación relativa podrían ocultar no todo el acto realmente celebrado, sino algunos elementos del mismo. Así, como señala Fernando Vidal,[213] «hay simulación parcial cuando el acuerdo simulatorio está dirigido a uno o más aspectos o cláusulas del acto jurídico, a fin de que no correspondan a la verdadera voluntad de los celebrantes y cuyo contenido, siendo de su conocimiento, lo mantienen oculto».

Sería el caso en el cual, por ejemplo, se haga referencia en el contrato de compraventa a un precio distinto de aquél que realmente se pagó. Esto, por ejemplo, con el propósito de pagar una cantidad menor por concepto de impuesto de alcabala. En este caso, si se anula la cifra simulada, deberá prevalecer en la compraventa la referida al precio verdaderamente pactado por los contratantes.

El artículo bajo comentario se refiere también a la simulación por interpósita persona, que no es otra cosa que una modalidad de la simulación relativa, consistente en que una persona aparezca como celebrante del acto y destinataria de sus efectos, cuando en realidad es otra persona la beneficiaria real del mismo; es lo que conocemos como testaferro.

Así, por ejemplo, estaremos ante un caso de interpósita persona cuando se contrata con X, para venderle el inmueble, pero la verdad es que se está contratando con Y, persona con la que en apariencia no se quiere figurar celebrando el contrato, pero quien en la realidad de los hechos compró la casa. Si se anulara lo relativo al nombre aparente, deberá prevalecer el nombre de la persona que en verdad compró el bien.

No debe confundirse esta figura con la del representante indirecto, pues en la representación indirecta sí hay una interposición real de la persona que actúa en representación del poderdante. Aun cuando tal representación es ignorada por el otro celebrante del acto. Aquí, el representante indirecto actúa

213 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*, *Op. cit.*, p. 230.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

en nombre propio y los efectos recaerán en él y luego él los transmitirá al representado indirecto. En cambio, en la simulación el testaferro y el simulador son conscientes de que los efectos del acto han de proyectarse al tercero cuyo nombre no aparece en el acto.

Todos estos supuestos se encuentran contemplados por el artículo 192, bajo comentario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IV. Nulidad del acto simulado

Artículo 193.- La acción para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejercitada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.

Ya hemos visto hasta este punto que la simulación, mientras no sea descubierta, despliega plenos efectos de validez y eficacia. No obstante, su eficacia se verá limitada una vez que ésta sea puesta al descubierto. Tratándose de una simulación absoluta, en la que sólo existe un acto aparente, la nulidad afectará de manera completa el negocio simulado en tanto carece de contenido. Es decir, nada subsistirá luego de la nulidad, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Mientras que, en la simulación relativa la eficacia será para el acto oculto y no para el acto aparente, el mismo que podría ser afectado con la nulidad, conforme a lo previsto en el artículo 193 del Código Civil.

El artículo 193 del Código Civil, bajo comentario, establece que la acción (pretensión) para solicitar la nulidad del acto simulado puede ser ejecutada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso.

Los terceros son los sujetos que no forman parte de la relación jurídica simulada y a los que puede o no afectar los efectos del acto jurídico. Queda claro que el artículo bajo comentario faculta a los terceros afectados a solicitar la nulidad.

Debemos precisar que para los supuestos de simulación absoluta (artículo 190), lo que corresponde es la pretensión de nulidad (artículo 219, inciso 5), en tanto que para los casos de simulación relativa, el acto simulado, cuando afecte derechos de terceros, podrá ser castigado con la pretensión de anulabilidad (artículo 221, inciso 3).

La doctrina mayoritaria sostiene que el acto simulado se encuentra afecto a la anulabilidad, tal cual lo prescribe el artículo 221, inciso 3 de nuestro Código Civil. De la lectura del artículo 193, pareciera que el legislador sólo estaría haciendo referencia a la acción (pretensión) de nulidad propiamente dicha, pero pensamos lo contrario. Ello, en la medida de que la propia norma establece que la acción (pretensión) puede ser ejecutada por cualquiera de las partes o por el tercero perjudicado, según el caso, Y, precisamente, el artículo

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

221, inciso 3, establece que el acto jurídico es anulable por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.

Y se está refiriendo a la simulación relativa, dada la existencia de dos actos, el real y el aparente. El artículo 221, inciso 3 se refiere al acto oculto (el acto real que lo contiene).

La solicitud de declaración de simulación, sea de nulidad o de anulabilidad, debe ser invocada mientras el acto se encuentre vigente. Así, nuestro Código Civil ha determinado de manera muy clara un plazo de prescripción para la nulidad o anulabilidad del acto simulado, siendo ellos los generales de las pretensiones de nulidad y anulabilidad, respectivamente.[214]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

214 **Artículo 2001.-** Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:
1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.
2.- A los siete años, la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado.
3.- A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.
4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo.
5.- A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia.

V. Inoponibilidad de la simulación

Artículo 194.- La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

Hasta este momento nos hemos ocupado de la naturaleza de los actos simulados y de sus variantes, así como de los derechos de las partes y de los terceros que resultan perjudicados con su celebración al haber adquirido derechos del titular aparente.

Una primera pregunta para responder es la relativa a quién es el titular aparente. No es sino el beneficiario o el adquirente del acto que se ha simulado; por ejemplo, en el caso de una simulación por interpósita persona, el titular aparente sería el testaferro.

Dado que los actos simulados, en ambas clases de simulación, pueden generar apariencia de realidad, el artículo 194 del Código Civil se encarga de establecer que se protegerá a los terceros de buena fe que a título oneroso hayan adquirido derechos del titular aparente.

Como señala Aníbal Torres,[215] el tercero que adquiere el derecho del titular aparente será de buena fe, si al tiempo de la adquisición ignoraba la simulación o no tenía posibilidad alguna de conocerla, observando la normal diligencia. Caso contrario, sería un acreedor de mala fe.

Así, la buena fe a la que se alude en el presente artículo no es sino un estado de ignorancia del acuerdo simulatorio y creencia en la eficacia vinculante derivada del negocio.

Ahora bien, nótese que el artículo bajo comentario no protege a cualquier tercero, sino al tercero adquirente de buena fe que haya adquirido a título oneroso; es decir, en el que se haya verificado una contraprestación por el derecho adquirido que tiene su origen en el acto simulado. Así, los terceros adquirentes a título gratuito no cuentan con la protección prevista en el presente artículo, aun cuando hayan tenido buena fe.

215 Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: Instituto Pacífico, 2015, 5.ª edición, volumen II, p. 775.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Esto es de justicia y concuerda plenamente con lo dispuesto en el artículo 2014 del propio Código, precepto que establece lo siguiente:

> **Artículo 2014.-** Principio de buena fe pública registral
>
> El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los títulos archivados que lo sustentan.
>
> La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro.

Veamos ahora quiénes serían esos terceros perjudicados a los que se refiere el artículo bajo comentario y que no podrían oponer la simulación a quien adquirió el derecho de buena fe:

- Los terceros serían los herederos del transferente que realiza la simulación, pues sus derechos hereditarios en caso el titular que realiza la simulación haya fallecido, serían sacrificados en beneficio del tercero.
- Los terceros adquirentes de derechos del titular real, pues no podrán hacer valer su derecho frente al tercero que adquirió un derecho del titular aparente.

Así, cualquiera que haya adquirido derechos del titular real, verdadero, podrá verse afectado si es que hay un tercero que adquirió derechos de buena fe del titular aparente; aun cuando los primeros resulten perjudicados. El acreedor de buena fe del simulador hace prevalecer entonces la apariencia sobre la realidad, en la medida en que su derecho haya sido adquirido de buena fe.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VII
Fraude del acto jurídico

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VII
Fraude del acto jurídico

I. Acción pauliana

Artículo 195.- El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.
2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito.

Este artículo no es original de 1984. Su texto es fruto de lo preceptuado 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 DE MIGUEL CASTILLO FREYRE

El texto primigenio de la norma era el siguiente:

Artículo 195.- El acreedor, aun cuando el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos de disposición del patrimonio por los cuales el deudor origine perjuicio a su derecho, cuando concurran las condiciones siguientes:

1. Que el deudor tenga conocimiento del perjuicio que el acto origina a los derechos del acreedor o, tratándose de acto anterior al nacimiento del crédito, que el acto esté dolosamente preordenado a fin de perjudicar la satisfacción del futuro crédito.
2. Que, además, tratándose a de actos a título oneroso, el tercero tenga conocimiento del perjuicio causado a los derechos del acreedor, y, en el caso del acto anterior al nacimiento del crédito, que haya conocido la preordenación dolosa.

1. Concepto

Como señala el profesor Federico de Castro y Bravo,[216] desde que nace la deuda surge a su lado, la responsabilidad. El deudor es quien responde, y responde con todos sus bienes presentes y futuros. La responsabilidad crea la posibilidad de hacer efectivos, de manera directa o subrogándonos, una deuda incumplida.

Así, el fraude del acto jurídico se presenta cuando el deudor de una obligación realiza actos de disminución patrimonial, sean ellos a título gratuito u oneroso, con el propósito o finalidad de eludir el cumplimiento de obligaciones que tiene o contraerá en el futuro con sus acreedores, a través de la disminución de su patrimonio, para que imposibilite a su acreedor el hacer efectivo el cobro de su acreencia.

Es ésta la razón por la cual nuestro Código Civil regula un mecanismo de tutela preventiva del crédito conocido en la doctrina como acción pauliana, que no es sino un derecho de acción para que los acreedores, quienes se verían perjudicados por estos actos fraudulentos de disposición del patrimonio del deudor, a efectos de que puedan contrarrestar la eficacia de éste hasta el monto que proteja sus acreencias. Así, esta acción es una de ineficacia relativa del acto perjudicial.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

216 De Castro y Bravo, Federico. *Estudios jurídicos*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1998, tomo I, p. 144.

Se dice que es de ineficacia relativa, pues el petitorio de la acción pauliana implica la pretensión de que se declaren ineficaces respecto de él determinados actos jurídicos celebrados por su deudor y no así respecto de todos. En efecto, el acto declarado ineficaz para el acreedor accionante sigue surtiendo efectos entre el deudor y el tercero y cualquier otro acreedor que no haya accionado vía acción pauliana. De esta manera, mediante la acción pauliana el acreedor puede afectar, a través de cargas y gravámenes, los bienes que son objeto del acto impugnado cuya ineficacia ha solicitado sea declarada.

Como señala León Barandiarán,[217] la acción pauliana «tiene por fundamento defender el patrimonio del deudor, en cuanto sirve de garantía a sus obligaciones frente a sus acreedores.» En esta acción pauliana el acreedor obrará en nombre propio y demandará que quede sin efecto el acto realizado (celebrado) por su deudor, que conlleva a una disminución del patrimonio de este último.

La acción pauliana tiene por característica la de ser ejercida por el acreedor del deudor que realiza actos de disminución patrimonial, a nombre propio, es decir, por sí mismo y como sí mismo; a diferencia de lo que ocurre con la acción oblicua —también conocida como subrogatoria—, en la que la acción se realiza en nombre del deudor. Nos referiremos a ella al comentar el artículo 199.

Conviene precisar que con la acción pauliana se restituyen los bienes enajenados por el deudor en calidad de garantía para el acreedor defraudado; lo que no significa que el deudor retome el dominio de los bienes. Llegado el momento del cumplimiento del pago, si el deudor no cumple, entonces se ejecuta el bien repuesto en garantía del acreedor defraudado; claro está que, a través de un proceso distinto, el del cobro de crédito.

Finalmente, llamamos la atención acerca de que el Código Civil, presume la existencia de perjuicio cuando del acto jurídico celebrado por el deudor resulte la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulte la posibilidad de cobro. En realidad, esta presunción deviene en innecesaria, en la medida de que cualquiera de esas dos situaciones constituye un perjuicio evidente.

2. Requisitos para el ejercicio de la acción pauliana

De la lectura del artículo 195 del Código Civil se identifican requisitos generales, los cuales son elementos meramente objetivos, a saber: (i) que exista un acto de disposición y (ii) un perjuicio en el acreedor. Mientras que el requisito

217 León Barandiarán, José. *Manual del acto jurídico.* Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1966, 4.ª edición, aumentada y corregida, con notas suplementarias, p. 39.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

subjetivo que recoge la doctrina, consistente en la existencia de un propósito fraudulento, ya no es recogido en nuestro Código Civil como un elemento general. No obstante, sí formará parte del elemento subjetivo de los actos jurídicos fraudulentos onerosos.

Veamos primero los requisitos generales:

A) Que exista un acto de disposición

Como bien señala Torres Vásquez,[218] el «derecho del deudor a la libre administración y disposición de su patrimonio está limitado por la implícita obligación de no provocar o agravar con sus actos su insolvencia, en perjuicio de sus acreedores. No obstante, a la vez le impone el deber de comportarse con corrección y mesura en el uso que haga de este poder, para no defraudar la expectativa de satisfacción del crédito que corresponde a sus acreedores.»

El acto de disposición puede estar dado por la renuncia del derecho o la desaparición o disminución del patrimonio conocido a través de la enajenación de los bienes. Aquí no interesa el ánimo de causar daño al acreedor; la verificación de este elemento es meramente objetiva: la diminución del patrimonio.

B) Que exista un perjuicio en el acreedor

Se pretende evitar un perjuicio en el acreedor. Este perjuicio sólo sobreviene si el deudor, con el acto de disposición practicado con el tercero, disminuye su patrimonio al punto de que no tenga capacidad suficiente para responder por su deuda frente al acreedor. Así, por ejemplo, si Darío tiene una deuda en favor de Pablo ascendente a S/2,000.00. Y tiene un patrimonio de S/10,000.00, del cual dispone S/7,000.00, vemos que en estricto no se verificaría un perjuicio para Darío que lo legitime para solicitar la ineficacia del acto de disposición; pues aún Pablo mantiene un patrimonio ascendente a S/3,000.00, el cual resulta suficiente para asumir la deuda frente a Darío.

En cambio, si el acto de disposición redujese el patrimonio de Darío en S/9,000.00 o más, éste habría perjudicado la acreencia de Pablo, encontrándose este último con interés legítimo suficiente para ejercer la acción pauliana o acción revocatoria; ello, claro está, en la medida de que se presenten también los otros requisitos.

Lo expresado significa entonces que cualquier acto de disminución patrimonial no autoriza el ejercicio de la acción pauliana. Esto es muy importante,

218 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 802.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

pues los actos de disminución patrimonial podrían ser irrelevantes dentro de un sólido patrimonio del deudor que respalde el cumplimiento de la obligación.

En términos de Federico de Castro y Bravo,[219] el deudor puede disponer siempre de todos sus bienes; pero si tiene acreedores, tal poder suyo queda limitado por el deber que le incumbe de no lesionar con sus disposiciones el derecho de éstos. Todo acto del deudor que lesione tal derecho, podrá, por tanto, ser impugnado por sus acreedores.

Así también, es importante destacar que no se requiere probar que el deudor ha devenido en insolvente, sino sólo que existe un perjuicio en el cobro del crédito, es decir no hay equivalencia entre perjuicio económico e insolvencia; por lo que no se requerirá de declaración administrativa o judicial de quiebra (insolvencia) para poder ejercer la acción pauliana.

Finalmente, en este punto llamamos la atención respecto a que el Código Civil ha señalado de manera expresa que aun cuando el acto esté sometido a una modalidad, ya sea que se encuentre bajo condición o plazo, el acreedor puede ejercer la acción revocatoria, en tanto tiene un interés legítimo en conservar la expectativa legítima del deudor para que, cumplido el plazo o verificada la condición, pueda cumplir con pagar la acreencia derivada del acto modal.

3. Respecto de los actos de disposición a título gratuito

En el caso de que el acto sea gratuito, el perjuicio del acreedor es evidente, pues se ha retirado algo del patrimonio sin que nada ingrese en su lugar, pudiendo caer con ello en la insolvencia. Los requisitos para la procedencia de la acción son los requisitos generales antes descritos.

4. Respecto de los actos de disposición a título oneroso y sus requisitos específicos

Como se encuentra previsto en el texto vigente del artículo 195, bajo comentario, la acción pauliana también procede para declarar la ineficacia de actos jurídicos que el deudor celebra a título oneroso.

A primera impresión, ello parecería contradictorio, pues lo habitual es que este tipo de actos impliquen la existencia de prestaciones recíprocas y, por tanto, en principio no debería haber una disminución en el patrimonio del deudor, sino su mantenimiento con bienes de distinta especie, como, por ejemplo, que el deudor venda un inmueble de su propiedad a valor de mercado y reciba

219 De Castro y Bravo, Federico. *Op. cit.*, p. 146.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

como precio US$1'000,000.00. En este caso, su patrimonio no se habría reducido. Esa compraventa no sería un acto fraudulento del deudor y, por lo tanto, no sería susceptible de demandarse su ineficacia.

No obstante, el legislador ha previsto situaciones en las que incluso el acto celebrado a título oneroso tiene un ánimo claramente fraudulento, por ejemplo, si el deudor vende parte su patrimonio a precio irrisorio, haciendo que su patrimonio resulte insuficiente para pagar a su acreedor. Otro ejemplo sería que el deudor constituya un gravamen real que antes no tenía el patrimonio que respaldaba su acreencia. Por esta razón, se ha previsto que en esos supuestos debería concurrir además de los requisitos objetivos generales, un requisito subjetivo; a saber: el propósito fraudulento.

A) El propósito fraudulento

De acuerdo con la Real Academia Española,[220] el «fraude» es definido en su primera acepción como la acción contraria a la verdad y a la rectitud que perjudica a la persona contra quien se comete. Asimismo, es definido como un acto tendiente a eludir una disposición legal en perjuicio del Estado o de terceros. La Real Academia, incluso nos ofrece expresamente una tercera acepción referida al fraude de acreedores, donde el fraude es entendido como el acto del deudor, generalmente simulado, que deja al acreedor sin medio de cobrar lo que se le debe.

De modo tal que podemos entender como propósito fraudulento el perjuicio de los derechos de un tercero, especialmente de un acreedor a quien se le deja sin los medios para poder cobrar lo que debe.

El propósito fraudulento tendrá sus matices dependiendo del momento en el que se presenta la disminución patrimonial.

a.1) Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial

En este caso se exige que el tercero (es decir, aquel que celebró el acto jurídico con el deudor en cuestión) haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos; y, además, el eventual perjuicio de éstos (inciso 1).

En este punto, llamamos la atención, como lo hace Aníbal Torres,[221] en el sentido de que el Código Civil no ha previsto como presunción la mala fe

220 Diccionario de la Real Academia, www.rae.es. Consulta realizada el 12 de junio de 2021.
221 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 827.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

del tercero. Por lo tanto, será el acreedor quien deba romper la presunción de buena fe que protege al tercero.

a.2) Si el crédito fuese posterior al acto de disminución patrimonial

Se exige que el deudor en cuestión y el tercero con quien celebra el acto jurídico, lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor o, al menos, tener conciencia del perjuicio que causa.

Esta norma, contenida en el inciso 2 del artículo 195, agrega que se presumirá dicha intención en el deudor cuando hubiese dispuesto de bienes de cuya existencia habría informado por escrito al futuro acreedor. Asimismo, señala la citada norma que se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrales.

Así pues, en ambos escenarios donde la disposición del patrimonio es onerosa, además del deudor, el tercero también es sujeto pasivo de la acción pauliana. Y, si éste hubiere, a su vez, enajenado los bienes a otra persona, la acción se dirigirá también contra el subadquirente o subadquirentes sucesivos, por cuanto declarado ineficaz el derecho del transmitente, queda también ineficaz el de quien de él adquirió, salvo que haya adquirido de buena fe, como se establece en el artículo 197.

5. La carga de la prueba del fraude del acto jurídico

En lo que respecta a la carga de la prueba, tanto para los actos de disposición a título gratuito u oneroso, incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 del artículo 195.

Nótese bien que la acción pauliana no persigue directamente el cobro de la acreencia, sino que busca remover el obstáculo que ha puesto el deudor para poder hacer efectivo el cobro del crédito, llegado el momento.

Asimismo, la norma dispone que se presume la existencia del perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro. En otras palabras, el legislador ha puesto la carga de la prueba en el deudor y el tercero adquirente demandados, para que demuestren la inexistencia del perjuicio o la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito.

De este modo, si en el proceso el deudor reconstituye su patrimonio para garantizar la acreencia del accionante, la acción pauliana será improcedente. Así pues, se afirma que la acción revocatoria o acción pauliana es subsidiaria.,

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En ese sentido, si el deudor demuestra la existencia de un patrimonio suficiente que garantice el pago a sus acreedores o si el tercero adquirente satisface el crédito del deudor que solicita la revocatoria; u otorga (el deudor y/o el tercero) alguna garantía para el acreedor accionante, no habría razón alguna para que prospere la acción pauliana, pues el cobro del crédito estaría garantizado y no habría riesgo alguno de falta de pago.

6. Efectos de la acción pauliana

Si, luego del pago del crédito al acreedor accionante, queda algún remanente del bien, éste le pertenecerá al adquirente del bien, pues recordemos que el acto jurídico fraudulento es sólo ineficaz frente al acreedor accionante, pero válido y exigible entre el deudor y el tercero adquirente.

Debemos hacer notar que con la acción pauliana el acreedor sólo podrá solicitar medidas cautelares sobre los bienes que forman el objeto del acto impugnado, para así garantizar su crédito, mas no podrá hacer efectivo el cobro de éste, ya que para ello deberá entablar otro proceso.

Finalmente, los efectos de la acción pauliana radican en que la acción pauliana no ha de perjudicar a los derechos de los subadquirentes de buena fe. Sobre esto nos referiremos con mayor detalle al comentar el artículo 197. No obstante, si el acto de disposición fuese a título gratuito, la acción pauliana sí alcanzará a los subadquirentes, incluso de buena fe.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II. Onerosidad de las garantías

Artículo 196.- Para los efectos del artículo 195, se considera que las garantías, aun por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado.

Este artículo se refiere al supuesto en el cual el deudor constituya garantías por obligaciones propias o por obligaciones de terceros. Pues bien, el artículo 196 presupone que el deudor ha constituido sobre sus bienes garantías para el cumplimiento de obligaciones propias o ajenas, comprometiendo su patrimonio; situación que podría potencialmente afectar el patrimonio con el cual se ha de responder por sus deudas.

Pero el legislador es bastante claro al señalar que cuando surge una obligación, todas las obligaciones de garantía constituidas con fecha anterior al nacimiento de la nueva obligación o que nazcan de manera simultánea a ella, se presume (*iuris et de iure*) que son a título oneroso y al ser anteriores o simultáneas, se entiende que eran conocidas por el nuevo acreedor, por lo que no le podrá ser aplicable el artículo 195 del Código Civil.

Por el contrario, si los actos constitutivos de garantías por deudas propias o ajenas son posteriores, éstas se entenderán como gratuitas, aplicándose las reglas de la acción pauliana para disposiciones gratuitas en donde corresponderá acreditar el perjuicio del acreedor.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

III. Protección al subadquirente de buena fe

Artículo 197.- La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe.

El máximo efecto de la revocación se produce contra el tercer adquirente, a pesar de tener un título adquisitivo legítimo que aparentemente es firme. Recordemos que el objetivo de la acción revocatoria es destruir la eficacia del acto jurídico fraudulento, con el propósito de crear una obligación de restaurar el patrimonio que garantiza la deuda del acreedor defraudado. Así, la revocación ha de afectar no sólo al deudor sino, además, al tercero cuya adquisición queda ineficaz. Pero ¿qué pasa cuando el bien ha circulado y nos encontramos con los terceros subadquirentes?

Puede ocurrir en los casos de fraude a los acreedores, que el deudor celebre una compraventa fraudulenta sobre un inmueble con un tercero. Pero resulta evidente que este acto podrá ser objeto de una demanda de ineficacia por parte de su acreedor.

Ahora bien, podría ocurrir que el tercero adquirente, haya celebrado otra compraventa en virtud de la cual un cuarto comprara la casa de ese tercero. Si ese cuarto (subadquirente del bien) hubiera adquirido de buena fe, su derecho se encontraría protegido, en virtud de lo dispuesto por el artículo 197 del Código Civil, cuando establece que la declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe. En consecuencia, el subadquirente podrá librarse del efecto revocatorio si el acreedor no demuestra que el mismo actuó de mala fe.

Aun cuando el artículo no se pronuncia de manera expresa sobre los adquirentes a título gratuito, la doctrina sí se ha pronunciado al respecto, señalando que la declaración de ineficacia del acto afectará al adquirente a título gratuito, independientemente de su buena o mala fe.

El Derecho no protege al adquirente o subadquirente a título oneroso y de mala fe, aun cuando haya adquirido de un transferente de buena fe. La buena fe respecto del estatus de los bienes registrados se publicita con las anotaciones respectivas en la partida registral de los bienes del deudor, de modo tal que se rompa la buena fe para los terceros subadquirentes.

Queda claro que en estos casos nace la obligación indemnizatoria de daños y perjuicios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IV. Improcedencia de la declaración de ineficacia

Artículo 198.- No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta.

Resulta de evidencia que, si la disposición de bienes se realiza en cumplimiento de una obligación que hubiese sido contraída antes de la deuda en cuestión, habrá que tener en cuenta que no se presenten elementos del fraude pauliano del artículo 195 del Código Civil; pues el deudor está en la obligación de pagar sus deudas vencidas; incluso si tal pago perjudica a otro acreedor. Para estos efectos, será indiferente que la deuda contraída con anterioridad venza antes o después del crédito del acreedor perjudicado.

Distinto sería el caso en el cual el deudor pague una deuda no vencida; y que con dicho pago perjudique al acreedor de la deuda vencida. En este caso, el acreedor de la deuda vencida tendrá derecho a accionar legítimamente la revocación del acto.

Resultaría discutible si aquello que pagara el deudor fuesen obligaciones naturales, ya sea por haber prescrito o por tratarse de deudas provenientes del juego y apuesta no regulados pero tampoco prohibidos.

Decimos que resultaría discutible en la medida de que las obligaciones naturales no dejan de ser obligaciones, en las cuales, a pesar de que suene redundante, el deudor «debe» y al acreedor «se le debe» el objeto de una obligación. Dentro de tal orden de ideas, pagar una obligación natural no implicaría necesariamente un perjuicio ilegítimo a los demás acreedores de ese deudor.

Si la acreencia de quien acciona la revocación nació antes que la deuda vencida y pagada, y esta deuda no obrara en documento de fecha cierta, la acción pauliana sería procedente, pues de lo contrario se estaría permitiendo que el deudor disponga de su patrimonio, reduciéndolo ilegalmente a través del incremento de los pasivos que perjudican el interés de un acreedor con mejor derecho en el tiempo.

LEONIDAS AVARIO CASTILLO FREYRE

V. Acción oblicua. Limitaciones al derecho del tercero adquirente

Artículo 199.- El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz.

El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después que el acreedor haya sido satisfecho.

Como señalamos al comenzar el estudio del tema del fraude del acto jurídico, la acción que puede incoar el acreedor perjudicado por tales actos es la acción pauliana (artículo 195), que es una pretensión que dicho acreedor planteará directamente contra el deudor y el tercero que hubieran celebrado el acto fraudulento. Pero debemos recordar que toda vez que el acto jurídico afectado por la acción pauliana sigue siendo un acto válido y eficaz entre las partes que lo celebraron, no estando afectado con nulidad ni anulación, de manera tal que el retorno de los bienes enajenados al patrimonio del deudor no es un efecto de la declaración de ineficacia.

En efecto, como bien precisa Torres Vásquez,[222] «Lo que se reconstituye realmente con la declaratoria de ineficacia no es el patrimonio del deudor, sino la garantía general. Por ello es que la ley faculta al acreedor a cobrar su crédito embargando y rematando (estas son las acciones que le corresponden al acreedor de que habla el primer párrafo del art. 199) el bien objeto del acto ineficaz, bien que ahora ya no es de propiedad del deudor sino del tercero adquirente, por lo que en realidad es al tercero adquirente a quien se está embargando y rematando el bien; si el valor del remate del bien es superior al crédito del demandante, queda en beneficio del tercero adquirente demandado en cuanto al exceso, por ser él, y no el deudor, su propietario».

De este modo, la sentencia que declara la ineficacia faculta al acreedor a dirigirse y afectar el bien que, aun no siendo del deudor y que fue materia de

222 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 837.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

enajenación a favor de un tercero, servirá para responder la acreencia del perjudicado con el acto fraudulento.

De otro lado, la acción oblicua es aquella que intenta el acreedor contra el deudor de su deudor, pero no a nombre propio, sino a nombre del deudor. Ello significa que el acreedor ejerce los derechos en cabeza o como si fuera el propio deudor frente a terceros. Se entiende que tales derechos no han sido ejercidos por el deudor, por culpa (negligencia) o dolo, es decir, por la intención expresa de no ejercerlos.

Así, en virtud del artículo 199, se regula la acción oblicua, en virtud de la cual el acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz. Los bienes del deudor fraudulento, aun cuando no regresan a la esfera jurídica patrimonial de éste, garantizan el crédito del acreedor defraudado, quien tendrá un mejor derecho que el del tercero adquirente. De modo que el derecho del tercero se verá limitado por el mejor derecho que tendrá el acreedor defraudado, quedando el remanente a su favor.

En efecto, tal y como consta en el segundo párrafo del artículo 199 del Código, el acreedor defraudado tiene un derecho preferente sobre los bienes del deudor que se encuentran en la esfera jurídica patrimonial del tercero; y, sólo luego de que este acreedor defraudado haya satisfecho su acreencia, el tercero tendrá derecho sobre el saldo; es decir, el tercero tiene un derecho subordinado frente al del acreedor defraudado.

Desde nuestro punto de vista, ello no significa que el tercero deba soportar las consecuencias perjudiciales del acto fraudulento, pudiendo tener un derecho frente a su deudor de satisfacer su crédito con otros bienes distintos a los que fueron materia de la acción pauliana.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VI. Vía procedimental

Artículo 200.- La ineficacia de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable.

Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra.

Este artículo es fruto de la modificación operada 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.

El texto original de la norma era el siguiente:

Artículo 200.- Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra.

El artículo 200 es una norma de carácter fundamentalmente procesal. Su claridad nos exime de mayores comentarios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE EIRL

Título VIII
Vicios de la voluntad

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título VIII
Vicios de la voluntad

I. Error. Requisitos

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

Cuando el artículo 140 del Código Civil establece que el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, parte de la idea de que aquella voluntad que se manifiesta para tales efectos sea una voluntad carente de vicios, lo que equivale a decir, una voluntad plena y válida.

El artículo 201 regula el error vicio o error en la formación de la voluntad, lo cual difiere del error en la declaración, que es aquel conocido como error obstativo, en donde no hay problema alguno en el proceso de formación de la voluntad, sino en la declaración. El error al que se refiere el artículo bajo comentario es el llamado error vicio; aquel que se genera por una falsa idea de la realidad y, al declarar, declara ello (el error que se ha representado como cierto); por lo que el vicio o problema está en la representación de la realidad que ha formado parte del proceso de formación de la voluntad. De modo que el error es una causal de anulabilidad porque afecta la voluntad de querer y entender del declarante.

En efecto, el error vicio consiste en «la ausencia de conocimiento o conocimiento equivocado de la realidad (que constituye un elemento del acto jurídico) que da lugar a la formación de una voluntad cuyos efectos, casi siempre, no son queridos por el sujeto y que, por lo mismo, no la hubiese declarado de haber advertido que está en error».[223]

Así, por ejemplo, este error vicio estaría presente cuando compro un terreno creyendo que sobre él podré construir un centro comercial; pero en realidad, por la zonificación, ese terreno se halla en una zona residencial y no es

223 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 867.

FERNANDO MARIO CASTILLO FREYRE

apto para la construcción de centros comerciales. Así pues, habría adquirido un bien creyendo que era apto para unos fines específicos, pero en realidad no lo era. Con el ejemplo, queda claro que mi voluntad se ha formado sobre la base de un error, lo que hubiera conducido a que, de haberlo sabido, no lo hubiera adquirido, pues el terreno no serviría a mis propósitos.

De este modo, se puede apreciar que el error, para efectos del artículo 201, consiste en una falsa representación de la realidad, en cuyo entendido el agente que la padece, celebra un acto. Sobre el particular, Lohmann[224] considera que la voluntad real es producto de una deformación de la realidad, proveniente de un desconocimiento (ignorancia) o de un conocimiento defectuoso de las cosas, personas o el derecho, o de la representación mental de una falsa realidad que ha sido determinante de la voluntad. Así, el declarante, mal quiere lo que declara. Si ése fuera el caso y se presentaran los elementos constitutivos del error, entonces, esa persona podría demandar se declare la anulación de tal acto, invocando lo dispuesto por el artículo 221, inciso 2 del Código Civil.

Toda vez que la ley no puede limitarse a proteger sólo el interés del declarante, cuya voluntad ha sido viciada por el error, en desmedro del interés de la contraparte, la propia norma ha establecido requisitos que deben verificarse para que el error alegado pueda imponerse y anular el acto al que dio origen.

Así, el artículo 201 establece los dos requisitos para que se configure el error; a saber, que sea esencial y que sea cognoscible por la otra parte. Pero no podemos dejar de referirnos al requisito contenido en el artículo 206 del Código Civil, que establece expresamente que «el perjuicio» es una condición precedente para el ejercicio de la acción de anulación.

Revisemos cada uno de los requisitos:

a) Que sea esencial

El carácter esencial del error está contemplado en función a la gravedad del error, y se encuentra detallado en el artículo 202 del propio Código, razón por la cual será analizado posteriormente.

b) Que sea conocible por la otra parte

Este requisito está referido, como se puede apreciar, a aquellos actos jurídicos bilaterales y encuentra plena justificación, pues no resultaría lógico proteger a la víctima de su propio error cuando éste no haya podido ser advertido por su

224 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 341.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

contraparte; y su «voluntad» no haya sido exteriorizada. Una situación similar generaría inseguridad jurídica.

A lo que se hace mención es a que la parte que no incurrió en error haya estado en capacidad de advertir la existencia del error en que estaba incurriendo su contraparte. Entendemos, no obstante, que el supuesto debería restringirse al caso en el cual estuvo en aptitud de percibirlo, pero no se dio cuenta, pues si se hubiese percatado de ese error, debió advertir a su contraparte que estaba equivocando. Ello, por lo dispuesto en el artículo 1362, que, entre otros conceptos, impone a los contratantes el deber de actuar con buena fe al momento de la negociación y celebración de los contratos. El haberse quedado callado nos podría situar, incluso, en el supuesto del dolo como vicio de la voluntad, pues la contraparte, a pesar de haberlo sabido, habría mantenido en error a su contraria. Creemos que se trataría de un supuesto de dolo por omisión, en tanto la cognoscibilidad se refiere a la posibilidad abstracta de advertir el error.

Sin duda, lo que se busca con la regulación de esta característica es que, en el ámbito contractual, no se permita un abuso de la contraparte que, frente a una manifestación equivocada y reconociendo un error en ésta, no lo pone en evidencia. Así, coincidimos con Lohmann[225] cuando señala que lo que se tutela es la confianza de quien recibe la declaración, independientemente de las razones que tuvo el que se equivoca para errar o ignorar.

Por lo tanto, siendo que uno de los requisitos del error es que éste sea cognoscible, es claro que ese requisito no podrá cumplirse en actos unilaterales, como el testamento; por lo que, siendo que los requisitos del error que traen como consecuencia la anulación, son conjuntivos, se puede concluir que el legislador ha optado por establecer que el requisito bajo comentario se aplique sólo a actos de carácter bilateral o plurilateral. Ello significa que los actos jurídicos unilaterales también pueden ser anulados por error. En estos supuestos, obviamente, no será posible analizar el requisito de la cognoscibilidad del error, porque no hay contraparte.

c) Que exista un perjuicio para quien declaró con error

El error que no es esencial y conocible o, que siéndolo, no causa perjuicio al errante, no afecta para nada la validez del acto jurídico. Pero sobre este requisito nos referiremos con detalle en nuestros comentarios al artículo 206 del Código Civil.

225 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 352.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II. Error esencial. Requisitos

Artículo 202.- El error es esencial:

1. Cuando recae sobre la propia esencia o una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad.
2. Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad.
3. Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto.

Hasta aquí debe quedarnos claro que el error no quita la «voluntariedad», pero sí vicia el proceso de formación de la determinación de la voluntad, pues el errante es inducido a querer por error. Entonces, como indica Domenico Barbero, «el que manifiesta su voluntad quiere realmente, sólo que no hubiera querido o hubiera querido en otra forma si no hubiese estado en error».[226]

Según el artículo 202, el error es esencial cuando puede considerarse que los elementos mencionados en éste hayan sido razón determinante del acto de voluntad; pero no proporciona una definición acerca de qué debe entenderse por éste, remitiéndose a una lista de supuestos que califican como error esencial.

- Refiere Lohmann[227] que la razón determinante debe comprenderse de manera restrictiva y cuidadosa, en el entendido de que es un motivo conducente y definitivo, a falta del cual no se hubiera adoptado la voluntad. Asimismo, en los supuestos referidos al objeto del acto, se advierte que el objeto del acto podrá versar sobre bienes materiales, pero también incorporales, que incluye los derechos.

A continuación, explicamos los elementos determinantes de la voluntad, para la configuración del error; a saber:

226 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 519.

227 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 342.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a) Cuando recae sobre la propia esencia del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad (inciso 1)

Sería el caso en el cual, por ejemplo, el adquiriente o comprador, crea que está comprando un caballo, cuando en realidad está adquiriendo un burro.La norma detalla dos criterios de análisis: la apreciación general (o modo común de entender) o las circunstancias (o la valoración de la realidad); los cuáles darán luces sobre las características del bien en cuestión. Para el caso, el error debe considerarse determinante de la voluntad, ya que lo que quiere el comprador es un caballo, animal que, en una apreciación general, es diferente a un burro.

Así, el error está en aquello que es indispensable para concebir a la cosa como tal y que es permanente e invariable para ella.

b) Cuando recae sobre una cualidad del objeto del acto que, de acuerdo con la apreciación general o en relación a las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad (inciso 1)

Por su parte, la cualidad del objeto es aquel atributo que, normalmente, determina objetiva o subjetivamente el destino y las funciones de la cosa.

Como ejemplo podríamos citar el caso en el cual el comprador desea adquirir un caballo de carrera y se equivoca, comprando un caballo de paso peruano.

Si bien la cualidad de caminata de paso del caballo es accesoria al animal y no lo determina en esencia, sino respecto a su funcionalidad, tomando en consideración las circunstancias de la compra (por ejemplo, en un hipódromo), la voluntad del comprador era la de ser propietario de un caballo de carrera y, no así de uno de paso; situación ésta última que no fue advertida por el vendedor, impidiendo que señalara al comprador que el caballo en venta era de paso y no de carrera.

Así, se materializa un error que recae sobre una cualidad del objeto del acto que, en relación con las circunstancias, debe considerarse determinante de la voluntad de compra.

Éste es conocido también como el error *in corpore*, es decir un error en la identidad del objeto que ha sido confundido con otro que realmente se hubiera querido si no se hubiera estado en el error y que constituye una cualidad esencial y determinante de la voluntad formada para la constitución del acto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Cuando recae sobre las cualidades personales de la otra parte, siempre que aquéllas hayan sido determinantes de la voluntad (inciso 2)

Como apreciamos, no se detalla en el articulado qué se entiende por cualidades personales.

Para entender mejor el alcance de este extremo de la norma, veamos el siguiente ejemplo. Una persona celebra un contrato de obra con un pintor para que elabore un cuadro con la imagen del patriarca de una familia. Pero quien lo contrata, piensa que el pintor es un eximio retratista, cuando se trata de un experto en arte abstracto.

En el caso propuesto, quien contrató al pintor habría incurrido en un error sobre las cualidades personales del pintor y ellas, qué duda cabe, eran determinantes de su voluntad. Una persona normalmente diligente hubiera estimado como condición esencial para la contratación la cualidad de pintar retratos con excelencia. Para que sea considerada como una voluntad errada deberá entonces comprobar que tal condición fue determinante y declarada.

Hasta aquí podría sostener que cuando la norma se refiere a las cualidades personales, se refiere a los atributos que forman parte de la motivación interna y que ha sido exteriorizada respecto del sujeto con quien se contrata. Así pues, ha de referirse a atributos físicos, intelectuales, morales, jurídicos y de cualquier otro orden, que posee el agente con quien se contrata.

Sobre este supuesto, referido a las cualidades personales de la otra parte, Lohmann[228] considera que resulta aplicable no sólo a negocios bilaterales o plurilaterales, sino también a negocios unilaterales, recepticios o no; por ejemplo, en este último caso, habrá un error en las cualidades personales del beneficiario de una donación, si la donación se realiza a una determinada persona por virtudes que, finalmente, resulta no poseer. Esta donación podrá ser anulable por error, en la medida de que faltan las virtudes que impulsaron al donante a celebrar ese contrato.

Para concluir con este apartado citamos al maestro Fernando Vidal,[229] quien con extraordinaria claridad señala que «El error in *personam*, tal como está conceptuado en el inciso 2 del artículo 202 de Código Civil, se configura, pues con una equivocación en cuanto a las cualidades de la persona con la que se celebra el acto jurídico y debe referirse a caracteres objetivos permanentes de ella y que son resultado de una atribución que realiza el *errans* cuando, por ejemplo, contrata los servicios médicos de quien tiene una especialidad distinta,

228 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 346.

229 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 178.

o, para graficar el ejemplo de manera extrema, no es profesional en medicina humana. Por ello, esta referencia a las cualidades personales de «la otra parte» no aleja del concepto de error *in personam* la idea del *intuito personae*».

d) Cuando el error de derecho haya sido la razón única o determinante del acto (inciso 3)

Estaremos ante este supuesto cuando se verifique el falso conocimiento o ignorancia de una norma jurídica que se constituya como el único fundamento para la celebración de un acto. Así, en este supuesto, el error puede recaer sobre la existencia de la norma o sobre su contenido.

Podríamos hablar, precisamente, de la compraventa de un terreno cuya zonificación, en la creencia del comprador (y también del vendedor), permitía construir un edificio de veinte pisos para oficinas.

Luego de celebrado y ejecutado el contrato, el comprador descubre que, de acuerdo a los criterios de zonificación y a las restricciones normativas de edificación, sobre el terreno sólo podía edificarse hasta siete pisos, pero destinados a viviendas.

No cabe duda de que aquí el comprador habría adquirido el terreno única y exclusivamente para la construcción con fines comerciales, por lo que, siendo ella la razón determinante para la celebración del contrato y siendo sólo posible la construcción de viviendas, estaríamos frente un error de derecho.

Las implicancias de la normativa de zonificación respecto a la ejecución de la obra que el comprador tenía pensado edificar luego de haber celebrado el contrato, sustentan el error pues, de haber conocido el comprador la prohibición, no hubiera adquirido el terreno. Así pues, el acto jurídico será susceptible de anulación.

Cabe señalar que para la apreciación objetiva del error, éste deberá causalizarse en el contrato, es decir, encontrarse contemplado en éste aquello que determinó la voluntad de contratar, a saber, la cualidad del objeto en cuestión, de la persona con quien se celebra el negocio o la regulación por la que se rige el mismo.

De este modo, a fin de declarar la anulación del acto por error, un juez determinaría si existió una equivocación del declarante en relación con el objeto sobre el que se contrata, de acuerdo a la apreciación general o en relación a las circunstancias que lo llevaron a celebrar ese contrato.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

III. Cognoscibilidad del error

Artículo 203.- El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.

El error se considera conocible cuando el destinatario de la declaración, obrando con una diligencia ordinaria, habría podido conocerlo según su naturaleza y las circunstancias del error en el declarante.Así pues, la diligencia ordinaria será la ausencia de la culpa leve,[230] y la ausencia de tal diligencia consistirá en una actuación torpe, imprudente del deudor, pero sin intención de incumplir o causar un daño.

Nótese entonces que en lo que respecta a la cognoscibilidad sólo exige la posibilidad de que el receptor de la declaración hubiese conocido el error; no le exige un conocimiento efectivo; sólo la posibilidad, por lo que evalúa si el receptor de la declaración actuó o no con la diligencia ordinaria. A diferencia del dolo, donde como veremos más adelante existe la ilícita intención del engaño por acción u omisión, en el caso del error éste puede haber o no haber sido reconocido por la contraparte, pero no es hecho notar, de forma espontánea.

Así pues, conforme a lo establecido por esta norma, el error se considera conocible cuando se presenta alguno de estos tres supuestos en los cuales el receptor de la declaración, actuando con la diligencia ordinaria, hubiera podido conocer:

a) Cuando, en relación al contenido del acto, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo

Éste sería el caso de un contrato de compraventa de un automóvil Dodge Challenger de motor 7.00 litros, usado. Se entiende, por cualquier persona de normal diligencia, que ese automóvil se adquiere para manejar rápido en carreteras.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

230 El artículo 1320 del Código Civil de 1984 establece que «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Entonces, si el vehículo tuviera algún problema en cuanto a la aceleración o a la velocidad máxima a desarrollar, cualquier persona de normal diligencia podría darse cuenta de que el comprador se estaba equivocando al celebrar el contrato, a pesar de que en su contenido se especificó un detalle técnico en relación con el estado del motor, que no fue advertido por el comprador.

En ese caso, se estaría configurando el vicio de error. Habría dolo por omisión si el vendedor hubiese guardado silencio sobre el tema o lo hubiese inducido a cometer el error, que no es el caso.

b) Cuando, en relación con las circunstancias del acto, una persona de normal diligencia hubiera podido advertirlo

Sería el caso de nuestro ejemplo ya expresado, en el sentido de que se celebra un contrato de compraventa que recaiga sobre un caballo de carrera y que el referido contrato se celebre al interior de un *stud* en un hipódromo.

El bien materia de la venta es un caballo y, aquí, es evidente que el comprador estaría adquiriendo el animal para dedicarlo a este tipo de competencia.

Si el vendedor supiera que el caballo en cuestión es uno doméstico o de campo y no de carrera, pero el comprador nunca se interesó en los antecedentes (*pedigree*) del equino (situación habitual en la compraventa de caballos de carrera), será fácil pensar que, si ese vendedor hubiese sido una persona de normal diligencia, habría debido darse cuenta de que el comprador, dadas las circunstancias que rodeaban la venta, estaba incurriendo en error.

Cosa distinta sería si el vendedor lo hubiese inducido a error, acreditando deliberadamente cierta información o falseando la que se entregaba, caso en cual nos encontraríamos en los predios del dolo y no del error.

c) Cuando, en relación con la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo

Sería el caso en el cual el comprador de un pollo vivo, no advierta que el ejemplar que está comprando no es un pollo, sino, más bien, un pato; ello, a pesar de que ambas partes eran comerciantes de aves de corral.

Aquí, es evidente que cualquier vendedor (persona), de normal diligencia, hubiese podido advertir que quien compraba se estaba equivocando. El error era, pues, conocible por la contraparte.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

académicas 2,[231] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 203, con el texto siguiente:

> **Artículo 203.-** Error conocible
>
> 1. El error se considera conocible cuando, en relación al contenido, a las circunstancias del acto o a la calidad de las partes, una persona de normal diligencia hubiese podido advertirlo.
> 2. Cuando se trate de acto unilateral no recepticio no se requiere que el error sea conocible.

La comisión del 2019 copiaba el texto del artículo 203, transformándolo en el inciso 1 de la norma; y agregaba un inciso 2, donde se señalaba que «Cuando se trate de acto unilateral no recepticio, no se requiere que el error sea conocible».

La exposición de motivos de la norma señalaba lo siguiente: «Dado el estado actual de la regulación de los requisitos para la anulación de un acto jurídico por error, dicha normativa solo puede ser aplicable a los negocios bilaterales en la medida *(sic)* que *(sic)* se requiere de la conocibilidad *(sic)* del error por parte del receptor de la declaración para que se configure la anulación del acto».— Con la finalidad que *(sic)* la regulación de la anulación por error también sea aplicable a los actos jurídicos unilaterales *(sic)* se ha realizado una precisión en el sentido de excluir el requisito de conocibilidad *(sic)* del error en este tipo de actos, bastando para su anulación, en consecuencia, que el error sea esencialy *(sic)* determinante».

La solución que se planteaba con la propuesta de norma del segundo párrafo del artículo 203, es lo que se podría denominar como una solución a un problema inexistente, pues resulta de evidencia que, en el supuesto de los actos jurídicos unilaterales no recepticios, el error jamás necesita ser cognoscible por otra persona. De lo contrario, el acto unilateral nunca podría ser anulado por error.

Debemos recordar que esta propuesta se basaba en el trabajo de la comisión del 2005, que planteó una norma similar.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

231 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 95-96.

IV. Error de cálculo

Artículo 204.- El error de cálculo no da lugar a la anulación del acto sino solamente a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad.

Cuando se habla de error de cálculo hemos de referirnos a un error indiferente que no afecta ni vicia la voluntad y, por lo tanto, tampoco la validez del acto jurídico. El error de cálculo consiste fundamentalmente en un error derivado de una mala operación aritmética. Bajo este entendido, si el error de cálculo no ha incidido en el proceso de formación de la voluntad, éste puede ser rectificado y corregido, en tanto no se altera la representación mental que se han hecho las partes acerca de la prestación y, por lo tanto, no daría lugar a la anulación del acto.

Coincidimos con Lohmann[232] en que el error de cálculo no tiene, conceptualmente hablando, nada que ver con el error que versa sobre la cantidad. Esto pues, mientras la cantidad se refiere al conjunto de ciertas partes independientes a partir de la unidad o a la cifra por la que se celebra el acto, el cálculo es el conjunto de operaciones aritméticas abstractas. No obstante, puede ocurrir que un error de cálculo acarree un error sobre la cantidad.

Veamos que un error de cantidad basado en un error de cálculo puede determinar la anulabilidad del acto. Sería el caso en el cual, por ejemplo, alguien compre un lote de pollos de granja, señalando en el contrato que está comprando diez mil. Al recibirlos en su granja procede a contarlos y resulta que no eran diez mil, sino nueve mil setecientos. Así, el comprador debe el mismo precio por una cantidad menor.

Si los pollos se compraron no con el ánimo de tener diez mil y dedicarlos, en ese número necesario, a la actividad industrial de crianza, se trataría de un simple error de cálculo que no daría lugar a la anulación del acto jurídico dado, precisamente, porque no se trata de un error esencial en tanto la cantidad no fue el motivo determinante en el proceso de formación de la voluntad.

Pero nótese que de lo único de lo que se trata aquí es de ver si el contrato será o no anulable. Pero, como sabemos, éste no es el único remedio que

232 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 354.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

para un caso como el de nuestro ejemplo contempla la ley. Nos referimos a los artículos 1574 a 1579, en los cuales el Código Civil aborda la compraventa sobre medida y la compraventa en bloque. En estos supuestos se podría llegar incluso a rescindir el contrato.

Para tales efectos remitimos al lector a nuestras doctrinas sobre el particular.[233]

Cuando en el artículo 204 se considera que el error numérico es esencial en caso la cantidad haya sido determinante de la voluntad, podríamos encontrarnos en supuestos que se entremezclen con los de la compraventa sobre medida y la compraventa en bloque, pero debemos tener en cuenta que el error de cálculo y las mencionadas modalidades de la compraventa son figuras de naturaleza diferente y que dan lugar, por cierto, a pretensiones de distinta naturaleza.

Por lo tanto, el error de cálculo, no conlleva a la ineficacia del contrato, sólo podrá dar lugar a su rectificación.

¿Y qué significa esto?

El tema no es tan sencillo, pues la idea es que el error de cálculo sea fácilmente deducible del contrato o del acto celebrado. En otras palabras, por ejemplo, que hayan sido pactadas cantidades parciales y que los contratantes hayan cometido un error al sumar el total de dichas cantidades. En estos casos, sin duda nos encontramos frente a un error de cálculo, pues lo relevante habrían sido las cantidades parciales pactadas. En base a lo expuesto, ese error se podrá corregir estableciendo el número total resultante de la suma, ahora bien hecha. Ése es un ejemplo de error de cálculo que habilita la rectificación.

En cambio, no ocurrirá lo mismo si el error es esencial, vale decir si la cantidad total señalada en el contrato fue determinante para la formación y declaración de la voluntad de la parte que incurre en el error. Aquí no cabe rectificación alguna. Lo que correspondería sería demandar la anulación del acto jurídico.

En ese sentido, cabe recordar que en 1998, en *Tentaciones académicas*[234] hicimos nuestra la crítica del profesor Lohmann en torno a la redacción del artículo bajo comentario.

Es por estas consideraciones que en aquella ocasión nos permitimos sugerir se incluyera un segundo párrafo al artículo 204, que señalase «El error sobre la cantidad da lugar a la anulación del acto si es determinante de la voluntad».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

233 Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Op. cit.*, pp. 607-648.

234 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984 Op. cit.*, pp. 297 y 298.

V. Error en el motivo

Artículo 205.- El error en el motivo sólo vicia el acto cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante y es aceptado por la otra parte.

Mucho se discute sobre el motivo, sobre el querer interno del sujeto. Este motivo sólo se va a tornar relevante si se cumplen dos requisitos adicionales: cuando expresamente se manifiesta como su razón determinante (esa manifestación tiene que ser expresa); y tiene que ser aceptado por la otra parte. No se tiene cómo exigir el cumplimiento de un motivo interno, si ese motivo interno no ha sido declarado como determinante y aceptado por la otra parte. Mucha de la discusión sobre la causa del negocio, va a radicar en qué importancia tenga el motivo, si es cuando se declaró o cuando no se declaró.

En efecto, como bien refiere Aníbal Torres,[235] si el motivo se manifestó como la razón única o principal de la celebración del acto jurídico, o sea fue conocido y aceptado por la otra parte, entonces ya no estamos frente a un simple motivo subjetivo, individual, sino estamos ante una causa fin, que constituye elemento esencial del acto jurídico, por lo que no se puede decir que es ajeno a la contraparte.

El error en el motivo está regulado en el artículo 205. En el régimen legal peruano sólo vicia el acto cuando: (i) se haya manifestado de manera clara o unívoca como el por qué, la justificación, el motivo, la razón, de la celebración del acto; y, (ii) sea aceptado por el destinatario de la declaración.

Veamos un ejemplo de error en el motivo.

Podríamos citar el ejemplo de la compraventa de un avión comercial (de línea aérea) y se especifica en el contrato que la aeronave se compra para comenzar a realizar vuelos en la ruta Lima-Miami-Lima. Esto está especificado en el contrato y, por tanto, aceptado por ambas partes. Pero resulta que los motores del avión son de una generación antigua, cuyo exceso de ruido no está aprobado por las autoridades aeronáuticas estadounidenses (la FAA). Ello no era conocido por ninguna de las partes, dado que el avión se limitaba a realizar vuelos en el interior del Perú. En este caso tendremos un error en el motivo.

235 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 888.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Así, estaremos frente a un error en el motivo siempre que el agente se equivoque en los motivos personales que lo llevaron a contratar y esto es aceptado por la otra parte; entendiéndose que, en principio, para que el error en el motivo ocasione la anulación del acto jurídico, tal motivo tendría que haberse «causalizado» en el acto jurídico, es decir, tendría que estar expresamente detallado en el contrato. De otro modo, en caso el motivo no fue conocido por la parte contraria de aquella que yerra, no podríamos referirnos a error en el motivo en caso éste fuera determinante de la voluntad.

Como ya adelantamos, el acto también sería anulable si se tratara de un motivo que no resulte necesario «causalizar» en el acto, al ser la razón habitual por la que se celebre actos jurídicos de esa naturaleza. Lo que sí tendría que haber ocurrido, en este último caso, es que ninguna de las partes hubiese hecho una declaración distinta o en contrario.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VI. Rectificación del error

Artículo 206.- La parte que incurre en error no puede pedir la anulación del acto si, antes de haber sufrido un perjuicio, la otra ofreciere cumplir conforme al contenido y a las modalidades del acto que aquélla quiso concluir.

Si, luego de celebrado el acto jurídico, una de las partes advierte la existencia de su error, lo más probable es que lo comunique a su contraria, con el objeto de que se puedan rectificar aquellos extremos del acto celebrado, o tratar de dejar sin efecto el acto por acuerdo de partes, si lo primero no fuese posible o no resultara conveniente para quien incurre en error.

El artículo 206 resulta aplicable en los supuestos en los que no se ha derivado daño alguno para el errante. Así, en este escenario podría ocurrir que sin verificación de daño, el receptor de la declaración ofrezca rectificar el acto para adecuarlo a lo que realmente era querido por quien incurrió en error.

Podría ocurrir también que la parte que incurre en error advierta la existencia de ese error y notifique de ello al receptor de la declaración. Si después de recibir esta comunicación, la otra parte considera que, en efecto, quien incurrió en error tiene razón en lo que expone y solicita, podría ocurrir que el destinatario de esa comunicación acepte cumplir lo que la otra le pide. Esto sería una aceptación, en el sentido estricto de la palabra.

En esos casos, no procedería el juicio de anulación del acto jurídico por error. Se estima que esa aceptación equivale a un allanamiento anticipado (*extra proceso*).

Si, a pesar de todo, el afectado por el error demandase la anulación del acto jurídico, su contraparte podría deducir como cuestión previa su aceptación a los reclamos de quien vició su voluntad por error. En efecto, siguiendo a Lohmann,[236] «en la medida de que el destinatario ofrece subsanar su falta de diligencia y seriedad y acomodar sus intereses a los del errante, éste no puede negarse y pretender impugnar el contrato porque, si bien es cierto que hubo falta en el receptor de la declaración, el error está en el declarante y una vez subsanado y surgir a la luz la correcta voluntad, debe sujetarse a ella».

236 Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, p. 357.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Sin duda, el propósito del artículo 206 es que, bajo un criterio de justicia, buena fe, confianza, conservación del negocio y colaboración, se ponderen los legítimos intereses de ambas partes, minimizando los perjuicios que ambas pueden sufrir. Nótese que la parte que no se equivocó no se sujeta a perjuicios más graves que los provenientes de la rectificación, pues no se anula el acto; pero, dicha parte, debe adecuar su voluntad al contenido y obligaciones de quien se equivocó.

Este enfoque entra en perfecta conjunción con la buena fe contractual, en donde teniendo ambas partes un legítimo interés, se busca minimizar los perjuicios que podrían derivarse de un negocio jurídico afectado por un error, permitiendo a las partes corregir y reequilibrar, si así fuera el caso, el contenido del negocio jurídico, para lo cual se requiere que las partes del negocio actúen conforme a Derecho y colaboren de manera leal en salvaguarda de la ejecución del contrato, preservando la consecución de los objetivos que se persigue con el negocio jurídico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VII. Improcedencia de indemnización por error

Artículo 207.- La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes.

Hay quienes sostienen que el efecto que tiene que el declarante no pueda pedir una indemnización al que recibió la declaración, es que el receptor puede actuar de mala fe; creencia de la cual disentimos.

El artículo 207 se basa en la idea de que para la parte que no comete el error, este error era cognoscible, es decir, susceptible de conocerse o, lo que es lo mismo, que existía la posibilidad de conocer el error en que estaba incurriendo su contraparte. Ello no significa que haya conocido de tal error, pues si éste hubiese sido el caso, ya no estaríamos hablando de un supuesto de error como vicio de la voluntad, sino de un caso de dolo por omisión, habida cuenta de que éste se configura cuando una parte, conociendo del error en el que está incurriendo la contraria, guarda silencio con el objetivo de que esta última celebre el acto jurídico. Sobre esto ya nos hemos referido en nuestro libro *Tentaciones académicas 2.*[237]

Quien comete error, lo hace, sin duda, por una interpretación errónea de la realidad, sea fáctica o jurídica. Pero nótese que el haber incurrido en esa falsa interpretación de la realidad implicaría, aunque sea, un grado de negligencia, sea ésta poca o mucha. Si así son las cosas, entonces la anulación del acto jurídico por error, en principio, sí debería dar lugar a indemnización a favor de la contraparte de aquél que se equivoca.

Pero la razón por la cual la norma el artículo 207 dispone lo contrario, se basa en que la otra parte estuvo en capacidad de conocer el error; ello, naturalmente, más allá de que no lo hubiese conocido. El no haber conocido que la contraparte se equivocaba, a pesar de haberlo podido advertir, implica, también, algún grado de culpa —poca o mucha— y, por tanto, si existe culpa en ambas partes, esas negligencias se compensan y, por ello, el artículo 207 del Código Civil establece que la anulación del acto jurídico por error no da lugar a indemnización entre las partes.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

237 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 97.

En efecto, el errante no puede pretender que se le indemnice por la anulación cuando la misma obedece, en parte a su propio error y no sólo a la falta de diligencia ordinaria de su receptor. Así pues, se advierten culpas concurrentes, por lo que resultaría contrario al criterio de justicia el pretender sancionar al receptor de la declaración.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[238] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 207, con el texto siguiente:

> **Artículo 207.-** Indemnización por error
>
> En caso de anulación del acto por error, la parte que yerra podrá solicitar la reparación respectiva a su contraparte, cuando corresponda.

La norma en vigencia señala que «La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes».

El precepto que se proponía sí admitía la indemnización cuando corresponda, señalándose en la exposición de motivos, lo siguiente: «El actual artículo 207 prohíbe que la parte perjudicada por la anulación pueda solicitar una indemnización por los daños padecidos, a pesar de que no hay justificativo alguno, dentro de la sistemática del Código Civil, para mantener dicha prohibición, más aún cuando atenta contra la buena fe que debe existir en las relaciones comerciales.— Es por ello que la propuesta admite, expresamente, que sea procedente un reclamo indemnizatorio por parte de la parte afectada (el autor bajo la declaración bajo error) en contra de la otra parte (que fue quien conoció o pudo conocer de la declaración estaba viciada *(sic)* por error, pero que no lo reveló).— En este extremo, dada la influencia del Código Civil italiano en esta materia, se ha seguido la coherencia de dicho modelo.

Por nuestra parte, disentimos de la solución propuesta, en la medida de que el artículo 207 en vigencia se basa en la idea de que para la parte que no comete el error, éste era cognoscible, es decir, susceptible de conocerse.

No obstante, debemos subrayar que la susceptibilidad o posibilidad de conocer el error en que estaba incurriendo su contraparte, no significa en absoluto, que haya conocido de la existencia de tal error, pues, como lo hemos señalado reiteradas veces, si éste hubiese sido el caso, ya no estaríamos hablando de un supuesto de error como vicio de la voluntad, sino de un caso de

238 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 96-97.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

dolo por omisión, habida cuenta de que éste se configura cuando una parte, conociendo del error en el que está incurriendo la contraria, guarda silencio con el objetivo de que esta última celebre el acto jurídico.

Por otra parte, es obvio que la solución de la norma actual parte de la idea de que no hubiese habido dolo de la parte contraria, pues si éste fuese el caso, sería de aplicación el artículo 1321 del propio Código en materia indemnizatoria.

Ahora bien, si lo que hubiese habido en la parte contraria hubiera sido culpa leve o inexcusable, entendemos que no habría indemnización alguna que reclamarle, pues la parte contraria (es decir, aquélla que vició su voluntad por error) también habría actuado con algún grado de culpa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VIII. Error en la declaración

Artículo 208.- Las disposiciones de los artículos 201 a 207 también se aplican, en cuanto sean pertinentes, al caso en que el error en la declaración se refiera a la naturaleza del acto, al objeto principal de la declaración o a la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad, así como al caso en que la declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.

El error en la declaración, conocido como error obstativo, no afecta ni vicia la formación de la voluntad interna. Lo que ocurre es que existe una discrepancia entre la voluntad interna y la voluntad declarada. Es decir, en este caso, la voluntad interna sí se corresponde con la realidad, pero existe una discordancia en la mala declaración de ésta.

Coincidimos con el profesor Fernando Vidal[239] respecto de que el presente artículo tiene una redacción poco precisa pues, de un lado, indica que se trata del error en la declaración y, de otro, lo enfatiza como un error esencial en ciertos supuestos en los que tales errores hubiesen sido el motivo determinante de la voluntad, elevándolos así al carácter de errores esenciales.

Así pues, el artículo 208 establece que el error en la declaración puede ser materia de anulación, protegiendo así la seguridad jurídica, dado que el destinatario de la voluntad errónea ha depositado su confianza en la misma.

De este modo, el artículo 208 recoge los supuestos en los cuales el error en la declaración puede llevar a la anulación del acto, y son:

a) La naturaleza del acto

Se produce el error en este aspecto, cuando no coinciden lo declarado, y los intereses y los efectos jurídicos del acto. Nótese que difiere del error de derecho, pues aquí no se evalúa la norma aplicable, sino el efecto deseado del acto celebrado, respecto del que realmente celebró. Aquí se encuentra diferencias entre los negocios celebrados.

239 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 187.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Por ejemplo, como ocurriría si el agente declaró que celebraba un contrato de arrendamiento, cuando, en realidad, quiso decir que celebraba un contrato de compraventa.

En este caso, si la expresión condujera a un problema de fondo en cuanto a prestaciones a ejecutar, entonces sí se trataría de un error esencial que haría anulable el contrato de arrendamiento.

Ahora bien, este error en la naturaleza del acto podría ser de hecho o de derecho y dependerá del conocimiento en torno a las diferencias y efectos de los actos celebrados y declarados. Para el ejemplo, será de hecho si declaro arrendamiento en vez de compraventa, pese a que conozco la diferencia entre ambas; y, será de derecho cuando, queriendo solamente celebrar un arrendamiento (sólo ceder en uso un bien no consumible a cambio de una renta), digo «transferencia de propiedad», porque creo que esta expresión, que alude a la compraventa (y no al arrendamiento), puede entenderse como sinónimo jurídico de arrendamiento, firmando el documento en esos términos.

De modo que queda claro que cuando hablamos de error en la naturaleza del acto, el mismo se configura cuando las partes que celebran el negocio manifiestan celebrar uno distinto al que en realidad quieren celebrar.

Por último, queremos dejar sentado que la línea divisoria entre el error con respecto a la naturaleza del acto y el tema del disentimiento (ausencia de consentimiento) se separan por una leve línea divisoria.

b) Al objeto principal de la declaración

Este supuesto se refiere al error sobre el bien que es materia del negocio; sobre el bien materia de la prestación; así como sobre la declaración de una cualidad o cantidad esencial de un bien o bienes. Es obvio que estas consideraciones se hacen extensivas a obligaciones de distinta naturaleza.

Vidal[240] explica este supuesto con un ejemplo ilustrativo. Señala que se trata, pues, de un error, al declararse como objeto principal, un objeto distinto del que se quiere, produciéndose la divergencia entre la voluntad interna y su manifestación. Lo que ocurre en este error es que la declaración no está referida a la esencia del objeto o a alguna de sus cualidades esenciales, sino a un objeto divergente, como cuando alguien quiere comprar un caballo y, por la declaración, la otra parte entiende que lo que quiere adquirir es un burro.

240 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 193.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Otro ejemplo de un acto que podría celebrarse por un error en la declaración, sería si acuerdo verbalmente con mi hermana que me venderá el poyo que tiene en el jardín. El día que tiene que enviarme el producto, le envío un mensaje de texto y en vez de escribir «poyo» escribo «pollo». En este caso hubo un error en la declaración, pues lo que yo siempre quise era la banca de piedra y no el ave que tenía en el jardín.

Lo mismo podríamos decir de un profesor que se obliga con una universidad a dictar el curso de Acto jurídico, materia que con ese nombre no se dicta en esa casa de estudios. El receptor de la declaración entiende que lo que el profesor quiere dictar es el curso de Contratos - Parte general y en ese sentido se le contrata; pero el profesor nunca ha pensado dictar esta materia.

c) A la identidad de la persona

El error sobre la identidad de la persona no vicia la voluntad, salvo que esa persona haya sido el motivo determinante de la celebración del acto jurídico. Por ejemplo, si quiero celebrar un contrato de mutuo con Luis y, en lugar de hacerlo con él, lo celebro con Pablo, a quien le entrego el dinero en préstamo, siendo una persona insolvente. Este préstamo sería anulable porque existe un error en la identidad de la persona con respecto a quien deseaba celebrar el acto jurídico.

En todos estos casos (a, b y c), el error en la declaración será esencial, en la medida de que la consideración sobre cada uno de los respectivos temas habría sido el motivo determinante de la voluntad, para lo cual nos remitimos a lo ya comentado en el artículo 202.

d) • Inexactitud en la transmisión de la declaración por la persona encargada para hacerla

También serán materia de anulación los actos jurídicos, cuando la declaración de la persona a cargo hubiese sido trasmitida de manera inexacta. Aquí la formación de la voluntad es correcta, e incluso ella ha sido perfectamente manifestada por quien debía manifestarla a la contraparte. En este caso, quien incurre en error es el encargado (nuncio, representante, encargado de manifestar la voluntad; pero la declaración como tal es imputada a la parte material de la relación jurídica. Así, puede ocurrir que se le comunicó de manera correcta al representante, pero el representante cuando celebra el acto jurídico con el tercero se equivoca y señala algo diferente.

En estos casos, el acto jurídico también sería susceptible de anulación, pues las consecuencias jurídicas que objetivamente debieran nacer de su declaración

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

y del negocio no resultan las queridas por el sujeto que manifestó adecuadamente su voluntad.

En ese sentido, cabe recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*[241] expresamos que estimábamos que los tres primeros supuestos contemplados por el artículo 208 del Código Civil constituyen verdaderos casos de error. Aludimos al error en la declaración cuando se refiere a la naturaleza del acto; si se trata de un error en la identidad del objeto principal de la declaración; y al error en la identidad de la persona cuando la consideración a ella hubiese sido el motivo determinante de la voluntad.

No obstante, la cuarta hipótesis del artículo 208 no será —necesariamente— un caso de error. Nos referimos al supuesto error producido cuando la declaración hubiese sido trasmitida inexactamente por quien estuviere encargado de hacerlo.

Como indicábamos en aquella ocasión, puede tratarse de un error, pero puede que no lo sea. Nos encontraríamos, en este caso, en la tenue línea divisoria entre el error en la declaración y el disenso o disentimiento (lo contrario al consentimiento).

Es así que el disentimiento no es un vicio de la voluntad, sino un vicio del consentimiento, razón por la cual no acarrea la anulabilidad del acto, sino la nulidad del mismo.[242]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

241 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, pp. 320 y 321.

242 Remitimos al lector a lo escrito en el Perú sobre esta materia: De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado*, tomo I, pp. 163-164; De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general*, primera parte, tomo I, pp. 152-172; Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 483-491; Castillo Freyre, Mario. *Los contratos celebrados a través de medios informáticos*. Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, volumen III, tomo I, pp. 91-97.

IX. Error en la declaración no considerado esencial

Artículo 209.- El error en la declaración sobre la identidad o la denominación de la persona, del objeto o de la naturaleza del acto, no vicia el acto jurídico, cuando por su texto o las circunstancias se puede identificar a la persona, al objeto o al acto designado.

Habrá casos en que el error en la declaración, por su naturaleza, no será considerado esencial. Esto ocurrirá cuando:

a) Al recaer sobre la identidad de una persona, pero por su texto o circunstancias, se pueda identificar a la persona

En este error, a diferencia de lo previsto en el artículo 202, ya no nos referimos a las cualidades de la persona, sino sólo se trata de un error de identificación del nombre. Así, por ejemplo, le he vendido mi carro a Manuel, gerente de la empresa Bangur. Pero declaro que le he vendido mi carro a Bangur. Claramente existe un error entre la persona natural y la persona jurídica.

b) Al recaer sobre el objeto del acto, pero por su texto o circunstancias, se pueda identificar el verdadero objeto

Sería el caso en el cual, tomando el ejemplo anterior en que se negociaba con Juan, el objeto de las tratativas hubiese sido un automóvil Mercedes Benz CLS 500 y en el contrato, por error, se le identificara como Mercedes Benz C 500. Es obvio que, de acuerdo con lo tratado, de acuerdo al precio y de acuerdo a la descripción general del automóvil, el mismo difícilmente podría ser de la serie C.

c) Al recaer sobre la naturaleza del acto, pero por su texto o circunstancias, se pueda identificar el acto designado

Es el típico caso en el cual, a lo largo de todo el contrato, el mismo recibe la denominación de permuta y queda claro de su contenido que es un contrato de esta naturaleza, pues se intercambia la propiedad de un automóvil por la de otro.

Si las partes declararan la celebración de un contrato de compraventa, quedará en evidencia que se tratará de un error sin la menor importancia, incapaz de convertirse en causal de anulación del acto celebrado.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

X. Dolo

Artículo 210.- El dolo es causa de anulación del acto jurídico cuando el engaño usado por una de las partes haya sido tal que sin él la otra parte no hubiera celebrado el acto.

Cuando el engaño sea empleado por un tercero, el acto es anulable si fue conocido por la parte que obtuvo beneficio de él.

El dolo es definido en este artículo como el engaño que conlleva al vicio de la voluntad contenido en el Código Civil de 1984. Así pues, el dolo se constituye en el segundo supuesto de vicio de la voluntad y consiste en el error inducido por la contraparte o por un tercero, sea por acción o por omisión.

El dolo, al igual que el error, es una desviación de la formación de la voluntad; pero mientras el error es el producto de una falsa representación de la realidad por parte del declarante, la cual es espontánea y no se atribuye a un tercero; el dolo implica la intervención de otra persona (distinta del declarante), que actúa con la intención de inducir a error al declarante. Así pues, en el dolo existe una actuación u omisión maliciosa, una maquinación para engañar y así lograr que el declarante manifieste su voluntad en base a representaciones erradas de la realidad.

El dolo inducido por la contraparte se basará en el engaño por el cual una persona hace creer a otra una situación que no se ajusta a la verdad; en otras palabras, un comportamiento objetivamente incorrecto que de haber sido conocido por el errante no lo habría llevado a la celebración del negocio jurídico; esto es lo que se conoce como dolo determinante, el mismo que conlleva a la anulabilidad del acto. En este punto es preciso señalar que el dolo es determinante cuando el errante ha actuado de manera diligente y que, pese a ello, no habría podido descubrir el engaño. De haberlo podido descubrir, entonces estaríamos ante un dolo no determinante y, por tanto, el acto no estaría sujeto a anulación, y sólo se debería una indemnización.

Cuando es un tercero el que induce a error al declarante, esta parte no puede pedir la anulabilidad del acto jurídico, a menos que el engaño que está realizando el tercero sea conocido por la contraparte que se benefició con el engaño. Entonces, cuando el segundo párrafo del artículo 210 se refiere al dolo empleado por un tercero, el mismo, en la mayoría de los casos, no surgirá de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

una manera espontánea por parte de ese tercero, sino que éste se hallaría en connivencia con la otra parte que se encuentra negociando el acto jurídico. Sólo en este caso es causal de anulación del acto jurídico.

Por citar un ejemplo, sería un supuesto de dolo el caso en el cual el futuro vendedor proporcione al futuro comprador de un terreno, información falsa en lo que respecta a la zonificación, la misma que lo conduzca a celebrar el contrato, creyendo que ahí podría poner un restaurante, cuando se trata de una zona totalmente residencial.

En cambio, podrá apreciarse que se trataría de un caso de dolo por omisión, cuando el futuro vendedor negocie con el futuro comprador, respetando el entendido (falso, por cierto) de este último, en torno a la zonificación comercial del terreno. Así, el contrato se celebra en el entendido del comprador de que ahí podría colocar un bar, cuando ello no es así. El futuro vendedor no dijo una palabra al respecto, pero se dio cuenta desde el comienzo de las tratativas, de que el futuro comprador quería adquirir el inmueble con una finalidad y que se estaba equivocando.

El otro contratante guardó siempre un conveniente silencio, contrario al deber de negociación de buena fe impuesto por el artículo 1362 del Código Civil y, además, configurativo de dolo por omisión, como vicio del acto jurídico.

Nótese que la norma no exige para la anulación del acto por dolo, la existencia de un perjuicio o daño, pero si éste se hubiera producido, entonces la víctima podrá acumular a su acción de anulación la de indemnización de daños y perjuicios; ambas acciones son independientes y no se requieren entre sí para su procedencia.

- Finalmente, la doctrina reconoce que el dolo puede ser determinante cuando el engaño hubiera sido el motivo por el cual se celebró el acto; es decir que, de otro modo, el acto no se habría celebrado. Este tipo de dolo es el que se regula en el artículo 210 del Código Civil y tiene como consecuencia la anulación del acto; mientras que el dolo incidental, regulado el artículo 211 del Código Civil es aquel que hubiera llevado al declarante a adoptar otras condiciones o regulaciones en el acto celebrado. Es decir, en el dolo incidental, el negocio igual se hubiera celebrado, sólo que en otras condiciones; por lo que la sanción para el beneficiado con el dolo es el resarcimiento. A continuación, veremos este segundo tipo de dolo con mayor detalle.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XI. Dolo incidental

Artículo 211.- Si el engaño no es de tal naturaleza que haya determinado la voluntad, el acto será válido, aunque sin él se hubiese concluido en condiciones distintas; pero la parte que actuó de mala fe responderá de la indemnización de daños y perjuicios.

El dolo incidental es aquel que reúne las características del dolo, como vicio de la voluntad, pero no afecta la voluntad de querer del negocio, sino el modo o manera de quererlo. Ocurriría en el ejemplo, ya empleado por nosotros en este libro, en el cual se compra 10,000 pollos de corral. El vendedor asegura que en ese galpón hay esa cantidad de pollos, pero, una vez recibidos por el comprador, y luego de contados, llega a la conclusión de que había 9,700 animales.

Es claro que, si el número no resultara esencial para que el comprador adquiriese ese lote de pollos, entonces el dolo no será esencial y el acto jurídico no devendría en anulable. Si el declarante hubiese sabido que en el galpón había un número menor de pollos, seguramente habría negociado una reducción del precio.

Así pues, queda claro que el acto jurídico igual se hubiera concluido, pero en otras condiciones, por lo que el contrato continúa siendo válido, pero el contratante que actuó con dolo tiene que responder por los daños y perjuicios que cause su engaño. En efecto, en el ejemplo el acto se habría celebrado en condiciones más onerosas que aquellas en que se hubiera celebrado si es que se hubiese conocido la cantidad real de pollos que había en el galpón. Es por ello que la norma reconoce al perjudicado con el dolo, el derecho a solicitar el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XII. Dolo por omisión

Artículo 212.- La omisión dolosa produce los mismos efectos que la acción dolosa.

El artículo 212 contempla el dolo por omisión, también conocido como omisión dolosa. Preferimos, no obstante, el primero de los nombres por describir con mayor propiedad a esta clase de dolo.

Queda en evidencia que el dolo por omisión implica no haber formulado manifestación de voluntad, ni expresa, ni tácita, con respecto a la formación de una voluntad equivocada en la contraparte negocial. Implica, por tanto, haber ocultado información de manera deliberada durante la negociación para la celebración del acto jurídico, de modo que la contraparte se estaba equivocando de manera manifiesta.

El profesor Leysser León[243] comenta que esta figura es conocida con el nombre de reticencia y señala que para que provoque la anulación del negocio por afectar su validez, tiene que ser determinante de la voluntad; dejando abierta la posibilidad de resarcimiento para quien sufra perjuicio frente a un negocio afectado por dolo de la contraparte, pero que no tuvo incidencia determinante en la decisión del engañado.

La sanción del dolo por omisión ha de aplicarse no sólo en los supuestos en que existe una obligación legal de no guardar silencio, de informar, de comunicar ciertas condiciones o circunstancias, sino que ha de aplicarse más allá de las obligaciones legales, al amparo del principio de buena fe. En efecto, como bien refiere Torres Vásquez,[244] «los principios de lealtad, responsabilidad y corrección con que deben actuar los que celebran un acto jurídico, exigen un deber de información a cada otorgante que sabe o debe saber qué importancia tiene para el otro el revelarle determinado hecho que la víctima no pueda enterarse de otro modo. La parte que de mala fe no informa sobre esos hechos a la otra con el fin de inducirla a concluir el negocio, incurre en reticencia dolosa que vicia la voluntad».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

243 León Hilario, Leysser. *Derecho Privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2019, 1.ª edición, p. 103.

244 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 912.

Sin duda, el deber de negociar con buena fe, establecido por el tantas veces mencionado artículo 1362 del Código Civil, obliga a que, si en las negociaciones de un futuro contrato uno de los contratantes advierte que su contraparte se está equivocando, es decir, que está incurriendo en error (como vicio o no de la voluntad), tenga que decírselo de inmediato. Si guarda silencio y la parte que se equivoca incurriese en error esencial, entonces, el acto jurídico sería anulable por la existencia de dolo por omisión.

Debemos subrayar que, si la contraparte no hubiese advertido la existencia de ese error y, por eso, hubiese guardado silencio al respecto, quien se equivoca habría incurrido en error, ya que no habría habido omisión dolosa alguna de su contraparte.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XIII. Dolo recíproco

Artículo 213.- Para que el dolo sea causa de anulación del acto, no debe haber sido empleado por las dos partes.

Cuando el Derecho a través de sus códigos civiles establece en nuestra tradición jurídica que el dolo constituye vicio de la voluntad y, como tal, es susceptible de autorizar la demanda de anulación del acto jurídico, lo hace como una forma de liberación del acto celebrado por parte de quien ha sido víctima del dolo de su contraparte. Pero, nótese que la posibilidad de demandar la anulación por dolo también implica una sanción en perjuicio de quien hizo que su contraria viciara su voluntad.

Pero si en el acto hubiese habido dolo recíproco, ello implicaría que ambas partes hicieron que su contraria incurra en error para celebrar el acto jurídico; y, claro está, los errores cometidos no necesariamente coincidirán en el mismo aspecto, pues sería bastante raro que ambas se hubiesen engañado por el mismo tema.

Entonces, en el plano teórico, el dolo recíproco podría dar lugar a dos potenciales acciones de anulación del acto jurídico por dolo. Pero el Derecho entiende que se estaría permitiendo a un contratante desleal el anular un acto jurídico. Y no sólo a uno, sino a dos contratantes desleales.

Por tal razón es que el Derecho considera inmoral el conceder la pretensión de anulación por dolo en caso de dolo recíproco.

Al respecto coincidimos con la posición de León Barandiarán, en torno a que las partes que actuaron dolosamente no podrán plantear ni la anulación del acto ni la indemnización por los perjuicios que pudieran haberse irrogado; pero además debe agregarse que esto no sólo debería funcionar para el dolo causante, sino también debería funcionar para el dolo incidental, en tanto el fundamento es la contravención a la buena fe. No obstante, distingue el referido autor que la consecuencia del dolo incidental debería generar un derecho de indemnización de daños y perjuicios, y no así una demanda de nulidad.[245]

Lo cierto es que la norma contenida en el acotado artículo 213 se refiere al dolo que es causa de anulación, por lo que nos llama a circunscribirnos al dolo causal.

245 León Barandiarán, José. *Manual del acto jurídico. Op. cit.*, p. 252.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XIV. Violencia e intimidación

Artículo 214.- La violencia o la intimidación son causas de anulación del acto jurídico, aunque hayan sido empleadas por un tercero que no intervenga en él.

El artículo 214 establece que la violencia o la intimidación son causas de anulabilidad de los actos jurídicos.

Así, conviene primero referirnos a la diferencia entre ambos conceptos, en tanto la ley los distingue como causas diferentes que conllevan a la anulación. El concepto de intimidación se encuentra definido en el artículo 215 del Código Civil. Mientras que, para la violencia como tal, nuestro Código Civil no nos proporciona una definición, por lo que recurriremos a la doctrina.

Al respecto, Domenico Barbero[246] enseña que hay dos tipos de violencia, la coerción física y la violencia como amenaza propiamente, señalando que en el primero de los casos no se trata en estricto de un vicio de la voluntad, sino de inexistencia de la misma. Así, a decir de Barbero, en la violencia física la voluntad se encuentra excluida. En esa línea, Lizardo Taboada[247] considera que la violencia física, en tanto violencia absoluta, debería ser propiamente una causal de nulidad por ausencia de manifestación de la voluntad; así también lo señalamos en 1998 en nuestra obra *Tentaciones académicas*.[248]

No obstante, el Código Civil peruano asimila la violencia (sin distinción alguna) a la intimidación o violencia moral, sancionando a ambas con la anulabilidad del negocio jurídico; cuando en realidad correspondería diferenciar a la violencia física (como violencia absoluta) como la inexistencia de una verdadera declaración de voluntad; pues en esos casos la declaración está guiada físicamente por una fuerza irresistible sobre una persona; la misma que no puede impedirla para que no se celebre el acto jurídico. Así pues, en la violencia física hay una total exclusión de la libertad, pues es conducida por otra para obtener un determinado propósito; así, el sujeto que declara queda reducido a un mero instrumento de la voluntad de otro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

246 Barbero, Domenico. *Op. cit.*, p. 528.

247 Taboada Córdova, Lizardo. *Op. cit.*, p. 457.

248 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, pp. 323 y 324.

De modo que la violencia puede ser conceptuada como los actos materiales por los cuales la contraparte o un tercero coactan a alguien para que celebre un acto jurídico. La violencia, en su sentido absoluto, implica actos de maltrato físico, actos ejercidos sobre el declarante que lo obliguen a hacer lo que no quiere o le impidan que haga lo que quiere hacer; logrando que en pleno maltrato o como consecuencia de éste, el agente celebre el acto jurídico.

Por su lado, la intimidación o violencia moral implica el no haber recurrido a las vías de hecho que constituyen los elementos esenciales del vicio de violencia. Pero, la intimidación se presentará cuando, en los términos del artículo 215 del Código Civil, existe una amenaza dirigida a la parte, a sus familiares o a los bienes de unos u otros, que dirige su voluntad.

Si bien nuestro Código no hace distinción alguna en torno a la violencia a la cual se refiere en el texto, la doctrina coincide en que la anulabilidad del acto no debe ser la sanción prevista para los actos celebrados bajo la violencia física, pues en esos casos lo que correspondería sería la nulidad. No obstante, la norma prevista en el Código Civil no hace distinción alguna.

Ahora bien, el artículo 214 se refiere también a la modalidad de la violencia ejercida por un tercero. Sobre el particular, conviene rescatar lo señalado por Fernando Vidal,[249] respecto de que cuando el tercero ejerce la violencia, el violentado no sólo ha de tener derecho a la anulación del acto, sino también a la acción indemnizatoria; siendo que la acción de anulación ha de dirigirse contra la parte material del acto; mientras que la acción indemnizatoria ha de dirigirse contra el tercero cuando la parte no haya intervenido. De verificarse su intervención, demandará a la parte la anulación del acto y además el pedido indemnizatorio; sin perjuicio de que contra el tercero también podrá dirigirse una acción indemnizatoria.

Cabe recordar que, en 1998, en *Tentaciones académicas*[250] pensábamos que tal vez sería conveniente agregar un segundo párrafo al artículo 214 del Código Civil, ya que consideramos que cuando estemos frente a un acto viciado de violencia o intimidación, la sanción deberá corresponder al grado de las mismas. De este modo, tal violencia o tal intimidación pueden haber llevado a distorsionar la voluntad del agente o incluso pueden haber llevado a anularla por completo; y ello sería de absoluta relevancia para determinar si las consecuencias deben ser la anulabilidad o la nulidad del acto jurídico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

249 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 236.

250 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, pp. 323 y 324.

Ese segundo párrafo decía: «Cuando la violencia o la intimidación eliminan por completo la intención de celebrar el acto, éste será nulo».

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[251] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 214, con el texto siguiente:

> **Artículo 214.-** Anulabilidad por intimidación
>
> La intimidación es causa de anulación del acto jurídico, aunque haya sido empleada por un tercero que no intervenga en él.

En la propuesta de reforma del artículo 214, la comisión del 2019 proponía retirar a la violencia como causal de anulabilidad del acto.

En ese sentido, como veremos posteriormente, también se planteaba modificar el artículo 221, eliminando la violencia como causal de anulabilidad de los actos jurídicos.

Entendemos que ella pasaría a ser considerada como causal de nulidad, dentro de lo establecido en el artículo 219, inciso 1 (hoy: «Cuando falta la manifestación de voluntad del agente» y en el anteproyecto del 2019: «Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto que celebró el acto»).

Obviamente nos encontrábamos de acuerdo con la propuesta de modificación planteada por la comisión.

Éste es un tema que, como acabamos de ver, lo veníamos señalando hace tiempo y puede apreciarse nuestra opinión en *Tentaciones académicas*, en 1998.

Ello, en buena cuenta, debido a que la violencia no vicia la voluntad, sino ocasiona que se celebre el acto con ausencia de voluntad, razón por la cual no corresponde una sanción de anulabilidad sino de nulidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

251 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 97.

XV. Intimidación. Concepto

Artículo 215.- Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros.

Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.

Éste es el caso de la violencia moral o intimidación. Esta situación tiene su fundamento en un temor fundado de sufrir un mal inminente y grave, para obtener por ese medio una manifestación de voluntad forzada; por lo que constituye un genuino vicio de la voluntad. [...] De este modo, puede concluirse, en términos de Vidal,[252] que la intimidación es un vicio que afecta la libertad para decidir y la espontaneidad de la manifestación de la voluntad, en tanto existe un vicio que atenta contra la libertad de palabra.

A partir del texto del artículo bajo comentario pueden distinguirse los siguientes elementos de la intimidación:

a) La amenaza

Si no existe amenaza no se configura la intimidación. La amenaza no es sino el aviso de un mal futuro que podrá generarse con la sola voluntad y poder del que amenaza.

Constituiría amenaza, por ejemplo, si una persona le dice a otra, directamente, que, si no celebra determinado acto jurídico, «él lo matará de inmediato». De modo que la amenaza debe estar en la posibilidad de poder ser realizada por el amenazante. Pero también lo sería la amenaza velada o encubierta, como sería el caso si le dijera «a lo mejor alguien te mata en los próximos minutos».

Ahora bien, no cualquier amenaza ha de generar temor; deberá tratarse de una amenaza grave; siendo que tal gravedad se evaluará en función de las características del receptor de la amenaza.

252 Vidal Ramírez, Fernando. *Op. cit.*, p. 243.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Resulta conocido que no se requiere propiamente que la amenaza sea presente, pudiendo ésta ser futura. Del mismo modo, la amenaza debe ser injusta o ilegítima, que no represente el ejercicio regular de un derecho. De modo que no podrá considerarse una amenaza injusta, que justifique el vicio de la voluntad, la comunicación de que lo demandará judicial o arbitralmente si no paga a quien desea celebrar un acto jurídico, una deuda que le tiene en virtud de otro contrato anterior, celebrado entre ellos.

b) El mal inminente y grave

La inminencia es requisito fundamental de la intimidación, pues ella implica que se amenace al agente o a las demás personas mencionadas en el artículo 215, en el sentido de que les va a pasar algo malo de manera muy cercana, es decir, en pocos momentos o en un lapso muy breve de tiempo. Esto de la inminencia es importante, debido a que ella, precisamente, deja desarmado al agente, de tomar las previsiones del caso para evitar la concurrencia de ese mal.

No sería intimidación si se le amenazara con que va a sufrir ese mal en el futuro remoto, como, por ejemplo, dentro de diez años, pues en casos como éstos el agente podría hacer mucho para evitar que ello ocurra.

De modo que la inminencia del mal está vinculada a los medios que tiene el amenazado para evitar el perjuicio. Por lo tanto, la inminencia no deberá analizarse necesariamente en períodos de tiempos, sino respecto de la posibilidad y tiempo de reacción que tiene el amenazado desde que conoce la amenaza y desde que ejecuta el acto que lo libra de ella, entendiéndose que mientras menor sea la posibilidad y espacio de reacción, más inminente es el mal.

En segundo lugar, el mal que se amenaza ocurrirá, debe ser grave, es decir, muy serio. Si fuese una amenaza de daño menor o irrelevante, y el agente celebrara el acto jurídico aterrorizado por ello, entonces, en principio, no estaríamos en presencia de una intimidación tipificada como vicio de la voluntad.

Podrá apreciar el lector que la enumeración de personas que se menciona no incluye al concubino. Pensamos que sí lo debería incluir, pues a este supuesto correspondería la misma lógica que para el caso del cónyuge. Ello, al menos, cuando nos referimos al integrante de una unión de hecho estable, en los términos recogidos por el artículo 326 del Código Civil. La calificación del concubino como sujeto pasible del contenido de una intimidación queda en manos del juez, no siendo expresa su referencia para la configuración de intimidación de la contraparte.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c. El temor

El temor fundado debe evaluarse subjetivamente en función de la persona que sufre el temor, en función al apego a los bienes materiales sobre los que se amenaza.

La doctrina coincide en que el solo temor reverencial no configura, por sí, un supuesto de intimidación que vicie el procedimiento de formación de la voluntad.

De otro lado, cabría la pregunta relativa a si los vicios de violencia e intimidación deberían tener una relación taxativa de personas, como la tiene el artículo 215 y si esa relación es excluyente. Pensamos que dicha enumeración es meramente enunciativa y no excluyente; ello, en la medida de que podría obligarse al agente a celebrar un acto jurídico empleando violencia o intimidación contra alguna otra persona, como sería el caso de una enamorada del agente, cuya voluntad termine estando viciada, precisamente, por el gran amor que siente hacia ella. Esto se ve ratificado por lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 215, bajo comentario, en el sentido de que, tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XVI. Criterios para calificar la violencia o intimidación

Artículo 216.- Para calificar la violencia o la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo, a la condición de la persona y a las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

Este artículo establece pautas para la calificación de la violencia e intimidación. Las características del agente que manifiesta su voluntad bajo violencia o intimidación. Así, los criterios que establece el artículo 216 para calificar la violencia y la intimidación, son los siguientes:

a) La edad de la persona (agente)

No cabe duda de que un leve acto intimidatorio consistente en agresión física (dar un empujón) hecho con respecto a una anciana de noventa años, puede causar en ella un tremendo efecto y viciar su voluntad. No será lo mismo, por ejemplo, si su destinatario fuese un oficial de las fuerzas armadas, de la infantería de marina, de treinta años y en actividad.

Esto resulta obvio y el juzgador deberá tener presentes estos criterios, que presentarán infinidad de variantes, pues cada persona es distinta de las demás.

b) El sexo de la persona

Esto también será importante para considerar, en la medida de que en los planos biológico y psicológico los hombres y las mujeres se mueven en terrenos diferentes.

No obstante, lo indicado, que es evidente y constatable en la vida real, no implica nada *a priori*. También se tendría que analizar caso por caso las diferencias en los comportamientos de recepción y respuesta que se producen en hombres y mujeres, basados en el género, frente a casos de intimidación.

c) La condición de la persona

Entendemos por este rubro el estado de salud de la persona, tanto en el terreno mental como en el físico. Además, el estado de ánimo del agente y aquello que haya vivido y que le pueda condicionar a tener una diferente percepción de la intensidad de un evento que pudiera resultar intimidatorio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

d) A las demás circunstancias que puedan influir sobre la gravedad del hecho violento o intimidatorio

En realidad, pueden existir infinidad de circunstancias que se presenten en cada caso concreto y que resulte necesario analizar, a efectos de comprobar si los actos de violencia o intimidación cometidos ameritan o no considerar que la voluntad del agente perjudicado se vició por causa de los mismos. En ese sentido, la fórmula abierta de la parte final del artículo 216 resulta positiva.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[253] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019 propuso una modificación para el artículo 216, con el texto siguiente:

> **Artículo 216.-** Criterios para calificar la intimidación
>
> Para calificar la intimidación debe atenderse a las circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

La exposición de motivos de la comisión indicaba lo siguiente en torno a la propuesta para modificar el artículo 216: «La disposición actual enuncia una serie de criterios para valorar la intmidación *(sic)*, muchos de los cuales son considerados como discriminatorios.— En vista de ello, es que el Grupo de Trabajo ha considerado pertinente eliminar cualquier referencia a los mismos, de modo que sea el juez quien en la aplicación de los casos concretos, pueda identificar lso *(sic)* hechos que justifican que nos encontremos frente a una hipótesis de anulación por intimidación.

En verdad, no sabemos de dónde se saca la idea de que los criterios del artículo 216 tengan carácter discriminatorio.

Por el contrario, el hecho de que deba atenderse a la edad, sexo o condición de la persona, entre otras circunstancias, revela la existencia de una norma que protege a los menores, ancianos, a las mujeres y a los enfermos, por citar los casos más representativos.

De ninguna manera, pues, se debe considerar como un artículo discriminatorio, sino una norma de protección a quienes puedan necesitarla.

Con el criterio seguido por el grupo de trabajo, llegaríamos a la conclusión de que toda norma legal que proteja o trate de manera especial a la mujer, a los

253 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 97-98.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

menores o a los ancianos, sería discriminatoria; y —como todos sabemos— cada vez hay más normas de este tipo en los ordenamientos legales del mundo.

Dentro de tal orden de ideas, no cabe duda de que el texto del artículo 216 en actual vigencia, resulta muy superior que la norma propuesta, salvo en un aspecto positivo, que se deduce de nuestros comentarios al proyecto de artículo 214, que es lo relativo a suprimir la expresión «violencia».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XVII. Supuestos que no constituyen intimidación

Artículo 217.- La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto.

El artículo 217 establece cuáles son los supuestos que no constituyen intimidación; a saber:

a) La amenaza del ejercicio regular de un derecho

Ya lo hemos señalado antes. El caso en el cual un acreedor le exija a su deudor que si no celebra un nuevo acto jurídico con él (de la naturaleza que fuere), entonces ejecutará la garantía del crédito impago. El deudor, temeroso de que ocurra esa ejecución de garantía, celebra el otro acto jurídico que proponía celebrar su acreedor. Aquí, no hay duda, el segundo acto jurídico se celebró por temor a que se ejecutara las garantías del primero.

Pero ello no configuraría un supuesto de intimidación, en la medida de que, si bien ha constituido una amenaza, se trata de la amenaza del ejercicio regular de un derecho y ella está exceptuada como causa generadora del dolo, por el artículo 217, bajo comentario. Lo mismo ocurriría si la amenaza estuviera referida al inicio de procesos judiciales por parte del acreedor contra el deudor.

b) • El simple temor reverencial

Podría ser el caso en el cual un empleado recibe del gerente general de la empresa en la que trabaja, una propuesta para celebrar un contrato de compraventa sobre el vehículo de este último. El empleado no está convencido de hacerlo, pero lo celebra debido a que quien le ha planteado la oferta contractual, sencillamente, es su jefe y no quisiera que se pudiese alterar la buena relación laboral (subordinado-jefe) con él.

No hay duda de que en este caso el acto jurídico habría sido motivado por una situación que intimidaba al subordinado con respecto a su jefe, pero —por sí sola— no constituirá causal de anulación, pues en estricto, la supuesta amenaza es percibida por la parte (el subordinado) fruto sus propias consideraciones personales, ocurriendo en su esfera interna; no obstante, la propuesta

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

formulada por la contraparte beneficiada con el acto jurídico, no era amenazante *per se*, razón por la cual no podría tratarse de un supuesto de intimidación.

Así, si el jefe sólo propuso la venta, no existiría la intimidación del comprador, salvo que hubiese supeditado algún aspecto del trabajo del empleado (comprador) a que la venta se concrete, supuesto en el cual sí se habría configurado un supuesto de intimidación.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XVIII. Nulidad de renuncia anticipada para anular el acto jurídico por vicios de la voluntad

Artículo 218.- Es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en error, dolo, violencia o intimidación.

El artículo 218 declara nula la renuncia anticipada que se funde en alguno de los vicios de la voluntad.

Ello obedece a que, si fuese válida la renuncia anticipada, entonces la regulación de los vicios de la voluntad constituirá letra muerta en los códigos civiles del mundo, pues en muchos casos los contratantes harían colocar esa cláusula, previniendo una eventual acción judicial futura por parte de aquella persona cuya voluntad negocial fue viciada.

No obstante, resulta frecuente el observar en los contratos la inclusión de cláusulas en las cuales las partes (o una de ellas) renuncian a interponer acciones, judiciales o arbitrales, frente a situaciones de error, dolo, violencia o intimidación. Esto, a pesar de que, como estamos advirtiendo, dichas cláusulas de renuncia anticipada a adoptar acciones de reclamo son nulas.

La razón de la suscripción de tales cláusulas estriba en que se trata de cláusulas disuasivas, contenidas en infinidad de contratos que, en apariencia harían inejecutable la acción judicial o arbitral, induciendo a aquél cuya voluntad fue viciada a que se comporte como si esa cláusula tuviera plena validez; siendo que, cuando advierta que la cláusula era anulable e intente una pretensión para anular el acto jurídico por la existencia de un vicio de voluntad, el plazo para demandar seguramente ya habrá prescrito. No olvidemos, en ese sentido, que el plazo de prescripción de la pretensión de anulabilidad es de dos años (artículo 2001, inciso 4 del Código Civil), el mismo que constituye el plazo de prescripción más reducido que contempla, con carácter general y no específico, la ley civil peruana.

Reiteramos que el artículo 218, bajo comentario, ha de referirse a la renuncia anticipada, quedando habilitado el derecho del acreedor para renunciar a la pretensión anulatoria *a posteriori*, es decir, luego de que la víctima del vicio tome conocimiento del error, dolo, violencia o intimidación y del perjuicio causado. Aquí la pretensión sería perfectamente renunciable; al momento de la celebración del acto jurídico, no lo es.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IX
Nulidad del acto jurídico

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título IX
Nulidad del acto jurídico

I. Nulidad. Causales

Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Derogado.

   Este inciso fue derogado por el literal a) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original señalaba lo siguiente:

   2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

1. Concepto

La nulidad es definida como la invalidez con la que el ordenamiento sanciona al negocio jurídico cuando el acto de la autonomía privada presenta, desde su origen, anomalías respecto al modelo legal. Así, la nulidad constituye la sanción más grave generada por un vicio insubsanable del que puede estar afectado un acto jurídico desde el momento de su celebración y que implica la ausencia de alguno de los elementos esenciales del acto jurídico, como sería el caso de cualquiera de los mencionados en el artículo 140 del propio Código.

Ha de ser la ley, en virtud de una causa existente desde el origen mismo del acto, como la omisión de los requisitos, la que priva al acto jurídico de producir los efectos jurídicos que regularmente le hubiese reconocido la ley o querido las partes.

Esta situación de invalidez del acto puede tener distintas razones, pero es, en principio, una consecuencia del incumplimiento de un requisito de orden legal al momento de su celebración.

Como ya hemos señalado, cuando hablamos de la nulidad del acto jurídico nos referimos a una invalidez cuya causa es originaria, es decir estamos frente a un vicio o defecto estructural, ya sea que se trate de sus elementos, presupuestos o requisitos.[254] De modo tal que este acto jurídico mal estructurado será la causa de la invalidez del acto.

2. Efectos

Para Fernando Vidal Ramírez,[255] «el acto nulo no surte los efectos deseados por las partes y, en consecuencia, no da lugar a la relación jurídica pretendida y, por eso, le es aplicable el principio *quod nullum est, nullum producit effectum*», el cual permite considerar que el negocio nulo, por ser nulo, no produce ninguno de los efectos jurídicos correspondientes al fin práctico querido por las partes. Pero además es una ineficacia que no podrá ser subsanada ni remediada, por lo tanto; cuando hablemos de actos nulos hablaremos de actos inválidos, ineficaces y, en principio, irremediables. En su momento haremos un desarrollo de esta salvedad, fundamentalmente referida al acaecimiento del plazo de prescripción sobre la pretensión de nulidad (artículo 2001, inciso 1 del Código Civil de 1984).

•Pese a que el acto nulo lo es de pleno derecho y no surte los efectos deseados por las partes, se le reconoce que es fuente productora de hechos jurídicos que dan lugar a situaciones jurídicas subjetivas ulteriores entre las propias partes que celebraron el acto nulo y frente a terceros.

Respecto de los efectos *inter partes*, ello dependerá de si las prestaciones resultantes del acto jurídico hayan sido cumplidas o no lo hayan sido:

254 En términos de Lizardo Taboada, «la ineficacia estructural es aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del acto jurídico, es decir, se trata de un acto jurídico afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación». Taboada Córdova, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico*. Grijley. Lima, 2018, 2.ª edición, p. 30.

255 Vidal Ramírez, Fernando. *Teoría general del acto jurídico*. Cultural Cuzco, 1986, 2.ª edición, p. 512.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

(i) Si las prestaciones han sido ejecutadas, pues podrá pedirse la restitución de las prestaciones ejecutadas, ya que el acto en virtud del cual se ejecutaron no tuvo ni puede tener eficacia alguna; por lo que cada parte puede reclamar que le sea restituida la prestación dada y restituyendo —a su vez— lo que ha recibido.

(ii) Si las prestaciones no han sido ejecutadas, pero se verifica que la sola celebración del acto nulo ha causado un perjuicio a alguna de las partes que ignoraba la causal de nulidad, entonces esta última se encontrará facultada para pedir la indemnización correspondiente.

Ahora bien, respecto a los efectos frente a terceros, debemos señalar que en tanto el acto es nulo, tampoco puede surtir efectos ni en contra ni en favor de terceros, independientemente de la buena o mala fe de éstos;[256] No obstante lo cual podrán generarse derechos indemnizatorios como consecuencia de esa nulidad.

3. Tipos de nulidad

3.1. Nulidad expresa y nulidad tácita

a) Nulidad expresa

Es aquélla traducida en causales de nulidad específicamente establecidas en la ley, como es el caso del artículo 219, que estamos estudiando. Las causales expresas tienen que encontrarse específicamente contempladas en la ley y dejar poco lugar a la imaginación. Así, la nulidad textual es aquella que se encuentra declarada directamente por una norma jurídica.

b) Nulidad virtual o tácita

Es aquella que se deduce del contenido del acto jurídico, cuando el mismo vulnera el orden público, las buenas costumbres, o una o varias normas imperativas y se conoce como nulidad virtual, en tanto se infiere del acto y no viene declarada expresamente en la norma.

La nulidad virtual tiene un concepto contrapuesto al de las nulidades expresas o textuales, por lo que en esta causal quedan comprendidos los actos jurídicos celebrados en contravención a las normas de orden público y queda planteada, así, la nulidad virtual como sanción jurídica cuando se han celebrado

256 Vidal Ramírez, Fernando. *Teoría general del acto jurídico. Op. cit.*, pp. 525-527.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

con violación de normas imperativas, que son aquéllas en las que se expresa el orden público.[257]

La nulidad virtual no requiere del principio de legalidad pues, como ya hemos mencionado, su sanción no es textual. El análisis y determinación de una nulidad virtual se centra el incumplimiento de normas imperativas de orden público que las partes no podían ignorar; pero que al hacerlo afectaron el acto con una causal de nulidad.

Para un mayor detalle sobre la nulidad virtual, los invitamos a leer un artículo escrito con el maestro Felipe Osterling Parodi.[258]

3.2. Nulidad absoluta y nulidad relativa

a) Nulidad absoluta

Es la que se fundamenta en consideraciones de orden público, razón por la cual estos actos no producen efectos jurídicos y cualquier interesado puede solicitar su declaración de nulidad.

El artículo bajo comentario regula los supuestos que originan la nulidad absoluta del acto; supuesto más severo de invalidez.

b) Nulidad relativa

Regulada en el artículo 221 del Código Civil, tiene como base la protección de intereses privados, razón por la cual se trata de un acto anulable susceptible de ser subsanado a través de la confirmación. Por este motivo, el acto sólo puede ser atacado con la anulabilidad por las partes que lo celebraron o por un tercero con legítimo interés. Así, pues, el acto anulable tiene un doble destino, o perece y cesan sus efectos o, si es confirmado, se subsana el vicio y seguirá produciendo efectos.

3.3. Nulidad total y nulidad parcial

León Barandiarán[259] señala que «cuando las disposiciones impugnables son separables de las no impugnables, la nulidad de que padecen las primeras no quita validez a las segundas». Sobre esto nos referiremos con mayor detalle más adelante; mientras que la nulidad total se presentará cuando no pueda

257 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico*. Gaceta Jurídica, Lima 2005, pp. 495 y 496.

258 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Nulidad virtual. La sanción no tipificada». *Op. cit.*

259 León Barandiarán, José. *Manual del acto jurídico. Op. cit.*, p. 68.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

darse la separabilidad de las prestaciones y/o condiciones y/o actos viciados por la nulidad.

4. Causales establecidas en el artículo 219

Al comentar el artículo 140 del Código Civil hemos señalado que los actos presentan una estructura conformada por requisitos que acompañan a los componentes del acto jurídico (como lo son la manifestación de la voluntad y la finalidad) y a los presupuestos que deben preexistir para la formación del acto jurídico (como son el sujeto y el objeto). Así, pues, los requisitos, también conocidos como elementos esenciales de validez, deben configurarse para que el acto sea válido y surta sus efectos; de lo contrario, el acto no producirá los efectos jurídicos deseados por las partes.

a) Cuando falta la manifestación de voluntad del agente (inciso 1)

Conforme a lo establecido por el artículo 140 del Código Civil, el acto jurídico implica una manifestación de voluntad. En ese orden de ideas, cuando no haya existido voluntad declarada ni voluntad de declarar del agente, pues no habrá acto jurídico.

La falta de manifestación de voluntad comprende la falta de declaración material de voluntad; como cuando se hace una declaración en broma; o como cuando la manifestación de voluntad llega al destinatario contra la voluntad del autor; o el caso de la falsificación de firmas. De modo que en estos supuestos no existe voluntad y si ésta tampoco hubiese tenido manifestación alguna que intentara representar esa inexistente voluntad, estaríamos ante un supuesto de nulidad.

Por tanto, se exige una declaración seria y orientada a producir efectos jurídicos. Así, el acto jurídico será nulo si, no existiendo voluntad, ésta aparece representada en una manifestación que en apariencia la recoja.

Otro supuesto al que nos hemos referido es la violencia; y es que, pese a que nuestro Código Civil trata a la violencia física como un vicio de la voluntad, como ocurre en el caso de la intimidación o violencia moral, estableciendo la sanción de anulabilidad en vez de nulidad, reiteramos nuestra posición en el sentido de que encontrándonos ante un supuesto de violencia física se estaría propiamente frente a la inexistencia de voluntad y, por tanto, debería tratarse de una causal de nulidad.

Un tercer supuesto de ausencia de manifestación de voluntad que conlleva a la nulidad, según un sector de la doctrina, es el error obstativo, entendido éste como un error en el que la voluntad se forma bien, pero se verifica

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

un error en la declaración, lo que determina la falta de voluntad negocial y, como tal, es causa de nulidad. No obstante, nuestro Código ha dado un tratamiento uniforme para el caso en que se verifique error en la manifestación de la voluntad, estando todos estos supuestos afectados por anulabilidad y no por nulidad *per se*.

b) El texto original del Código Civil de 1984 contemplaba el supuesto del acto jurídico practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 (antiguo inciso 2)

Esta norma fue derogada por el Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, relativo a la capacidad de las personas con discapacidad. Gran error esta derogatoria, pues el artículo 43, por más modificación sufrida, ha dejado como supuesto de incapaces a los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. Entonces, un contrato de compraventa de un inmueble celebrado por un vendedor que tenga diez años de edad no sería nulo, conforme al artículo 219, habida cuenta de la derogatoria de su inciso 2. Toda una barbaridad, sin duda. Felizmente, el tema se podría solucionar como un caso de nulidad virtual.[260] Veamos:

Recordamos cómo cuando éramos estudiantes y entró en vigencia el Código Civil de 1984, el medio jurídico elogió notablemente la inclusión del artículo 1358, norma de la Parte General de Fuentes de las Obligaciones que establecía que «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

Este precepto salvaba de nulidad o anulabilidad a una serie de contratos menudos. Los ejemplos habituales estaban centrados en los menores de edad que compraban alimentos en una tienda, en un vendedor ambulante o en el quiosco del colegio. Tales contratos de compraventa hubiesen sido nulos, de no existir el artículo 1358.

O sea, el 1358 fue un artículo precursor en el ejercicio de los derechos de los incapaces, pues —incluso— extendía sus alcances a todos los demás incapaces; es decir, a todos los incapaces mayores de edad que no estuvieran privados de discernimiento. Sin duda, una norma excelente.

Cuando entra en vigencia el Decreto Legislativo n.° 1384, el 4 de septiembre de 2018, es decir, la Ley de Protección de la Capacidad de las Personas con Discapacidad, el artículo 1 de este decreto modificó, entre otras

260 Ver: Castillo Freyre, Mario. «El artículo 1358 del Código Civil». *Op. cit.*, pp. 63-73. Las consideraciones expuestas se basan en este trabajo.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

normas, el artículo 1358 del Código Civil, habiéndolo configurado con la siguiente redacción:

> **Artículo 1358.-** Contratos que pueden celebrar la persona *(sic)* con capacidad de ejercicio restringida
>
> Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 *(sic)* numerales 4 al 8 *(sic)* pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

En primer término, el nuevo texto del artículo 1358 sólo hace referencia a las personas con capacidad de ejercicio restringida, es decir, a quienes, antes de la reforma del 2018 en este tema, eran considerados como relativamente incapaces. Nótese que el ámbito de aplicación del 1358 original no realizaba distinción alguna; vale decir, que su ámbito de aplicación comprendía tanto a los antiguos incapaces relativos (artículo 43) como a los antiguos incapaces absolutos (artículo 44) que no estuvieran privados de discernimiento.

Y, ¿cuál es el ámbito del nuevo artículo 1358? Pues, como la propia norma lo indica, las personas contenidas en los incisos (el Código Civil peruano tiene incisos, pues así los denomina, no numerales) 4 al 8 del artículo 44.

El artículo 44, luego de la reforma del 2018, menciona a las siguientes personas, como que tienen capacidad de ejercicio restringida:

> **Artículo 44.-** Capacidad de ejercicio restringida
>
> Tienen capacidad de ejercicio restringida:
>
> 1. Los mayores de dieciséis y menos de dieciocho años de edad.
>
> [..]
>
> 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. (El subrayado es nuestro).

Hay que decir que la inclusión del inciso 9 por el Decreto Legislativo n.° 1384 del 4 de septiembre de 1984, fue una barbaridad, pues las personas en estado de coma no pueden ser, obviamente, personas que tengan capacidad de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ejercicio restringida. Son personas que, mientras dure ese estado, tienen incapacidad absoluta, por lo que deberían haber sido comprendidas en el artículo 43, en un inciso 2, inmediatamente después de los menores de dieciséis años.

Pero, más allá del señalamiento de este grueso error y volviendo al artículo 1358, podemos apreciar que la versión del año 2018 sólo considera como personas con capacidad de ejercicio restringida que pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades de su vida diaria a quienes están en los incisos 4 a 8 del artículo 1358. Queda claro que no están comprendidas las personas en estado de coma (evidentemente, no podrían estarlo), pero tampoco están los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, lo que resulta sorprendente, en la medida de que son personas casi adultas y se parte del valor entendido de que tienen discernimiento.

Ellos no están facultados expresamente por el nuevo artículo 1358 para celebrar contratos relacionados con las necesidades de su vida diaria, como sería el caso de alimentos, ropa, artículos de aseo personal, una tableta informática, un televisor, etc.

Nunca se explicó la razón a la que obedeció esta exclusión.

Como tampoco se explicó por qué no se comprendió dentro de los alcances del nuevo artículo 1358 a los incapaces absolutos regulados en el artículo 43, norma que sólo contempla, después de la reforma del 2018 con el Decreto Legislativo n.° 1384, el inciso 1, que comprende a «Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley».

La lógica y natural concordancia de este inciso 1 debió ser el artículo 1358, que facultara expresamente a estos menores de dieciséis años a celebrar actos relacionados con las necesidades de su vida diaria. Pero el 1358 no los comprende expresamente.

Entonces, en este estado (penoso) de la legislación (nos referimos al artículo 1358), ¿cómo quedan los actos jurídicos celebrados por menores de dieciocho años y mayores de dieciséis (artículo 44, inciso 1) y por menores de dieciséis años?

Nos queda claro que se plantea un serio problema, porque el artículo 219, también modificado en la reforma del 2018 por el Decreto Legislativo n.° 1384, derogó el inciso 2 del artículo 219 del Código Civil, precepto que, dentro de las causales de nulidad que regula, establecía, hasta el 3 de septiembre de 2018, al acto jurídico, «Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En otras palabras, en el Perú de hoy no existe una norma legal que sancione con nulidad los actos jurídicos, en general, que sean celebrados por personas absolutamente incapaces (menores de dieciséis años, artículo 43, inciso 1) y personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44, inciso 1 —menores de dieciocho y hasta dieciséis años— e incisos 4 al 8 —demás casos de personas con capacidad de ejercicio restringida—). Pero para estos últimos casos (artículo 44 incisos 1 al 8) se contempla la anulabilidad como sanción legal (artículo 221, inciso 1).

Nótese la gravedad del régimen vigente, que no sanciona nulidad expresa alguna por incapacidad absoluta. Sólo por la antigua incapacidad relativa (hoy, capacidad de ejercicio restringida).

Es decir, ningún acto celebrado por las personas comprendidas por el artículo 43, es nulo por falta de capacidad.

Entendemos que si los actos de las personas contenidas en el artículo 43, inciso 1 (y único) son celebrados por los padres del menor o por su tutor, tales actos serían válidos, pero si tales actos hubieran sido celebrados por los propios menores de edad; por ejemplo, la compraventa de una casa, ¿también serían válidos?

Aplicamos el mismo ejemplo para los actos celebrados por personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44). Es obvio que en el caso de los menores de dieciocho, pero mayores de dieciséis, si tales actos hubiesen sido celebrados por sus padres o tutores, ellos serían válidos. Pero si el menor de edad hubiese comprado o vendido, él solo y por él mismo, una casa, tal contrato sería anulable (artículo 222, inciso 1).

Lo propio podemos decir de quienes tienen capacidad de ejercicio restringida (incisos 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil). Si ellos mismos contrataran la compraventa de un inmueble, sin la participación de sus respectivos apoyos, tales actos podrían ser anulables, a diferencia de los actos jurídicos celebrados por esas personas con capacidad de ejercicio restringida, pero con la asistencia de sus respectivos apoyos.

No obstante, el artículo 219 del Código Civil, cuando establece las causales de nulidad, no menciona los actos celebrados por incapaces absolutos (artículo 43, inciso 1).

Esta carencia del inciso 2 del artículo 219, cuando en el año 2018, el Decreto Legislativo n.° 1384 derogó expresamente tal inciso, ha creado un régimen legal sumido en la más profunda incertidumbre, en lo que respecta a la nulidad por falta de capacidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tal derogatoria, no obstante, no podría conducirnos a afirmar que todos los actos, cualquiera que ellos fueren, que celebren tales personas (artículo 43, inciso 1), serían actos válidos, porque si así fue, la seguridad jurídica se vería seriamente lesionada (más de lo que ya está, en todo orden de cosas) en el Perú.

El artículo V del Título Preliminar del Código Civil señala que «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

Nótese que el artículo 43 establece un régimen de incapacidad absoluta (artículo 43), lo que conduce a razonar en el sentido de que tal norma carecería de objeto si es que la infracción a la misma no tuviera sanción alguna por parte del Derecho.

Entonces, para nosotros queda claro que, si un incapaz absoluto menor de dieciséis años celebrara un acto jurídico, sin la intervención de sus padres o tutor; tal acto debería ser considerado nulo, por ser contrario al orden público.

Y, por supuesto que es contrario al orden público, en la medida de que ese orden público se construye, precisamente, en función de la seguridad jurídica, la misma que se destruiría si el Derecho permitiese que las personas incapaces (menores de dieciséis años) celebren por sí mismas todos los contratos que deseen.

Además, si eso fuese posible, entonces carecería de todo sentido el que las normas legales del propio Código Civil aborden la capacidad, la incapacidad y la capacidad de ejercicio restringida. Serían, en ese supuesto, normas decorativas, vacías de contenido, cuyo cumplimiento o incumplimiento resultaría indiferente.

Pero la sociedad no puede permitir que ello ocurra. Seríamos el único país del mundo en el que la celebración de todo contrato por cualquier persona tenga la edad que tenga, con el único requisito de que posea discernimiento, sería válido.

Y eso no puede ser así.

Entonces, debe entenderse que tales contratos son nulos, a menos que una norma legal faculte su celebración.

¿Existe esa norma legal? Sí, pues, aunque con un texto defectuoso, existe el 1358, modificado en el año 2018.

Y, de acuerdo a este precepto, son válidos los contratos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria de las personas que tienen capacidad

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

de ejercicio restringida y que se encuentran en los incisos 4 al 8 del artículo 44 del Código Civil. Se entiende que tales actos no serían anulables. ¿Y qué pasa con los actos relacionados con las necesidades ordinarias de la vida diaria de los incapaces absolutos (artículo 43, inciso 1); es decir, de quienes tienen dieciséis o menos años?

¿Podemos interpretar a contrario el artículo 1358 actual?; es decir, interpretar que quienes no están en la excepción de validez, están en la regla de la nulidad. Pues, no.

Sobre este tema, siempre recordamos el ejemplo en el sentido de que el hecho de decir que «el jardín delantero de la casa está bien conservado», no permite deducir que «los demás jardines de la casa están mal conservados». Es más, esta afirmación ni siquiera permitiría deducir que esa casa tiene otros jardines. Esto, pues la primera afirmación no tiene carácter excluyente o de excepción, lo que sí hubiera ocurrido si ella dijese: «Únicamente el jardín delantero de la casa, con varios jardines, está bien conservado», pues ello permitiría, luego, afirmar que «los demás jardines de la casa no lo estarían».

Entonces, lo que hace el artículo 1358 modificado, es decir que «Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numerales 4 al 8 pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

Y, entonces, ¿los menores de edad del inciso 1 del artículo 43 y del inciso 1 del artículo 44, pueden también celebrar este tipo de contratos?

Pues, entendemos que sí, en tanto tales menores cumplan con el requisito que constituye valor entendido en esas normas y es que esos menores de edad no carezcan de discernimiento (es decir, de la facultad que les permita distinguir unas cosas de otras).

Creemos que estos supuestos podrían interpretarse por analogía con aquellos contenidos en el artículo 1358 vigente.

Donde hay la misma razón, hay el mismo derecho; por lo tanto, es obvio que los menores de dieciocho años que no carezcan de discernimiento pueden celebrar los mismos actos jurídicos que pueden celebrar los adultos con capacidad de ejercicio restringida, que están mencionados por el artículo 1358.

Por otra parte, interpretar lo contrario implicaría asumir que la Ley de protección de la capacidad de las personas con discapacidad (Decreto Legislativo n.° 1384), del año 2018 restringe los derechos y la capacidad de ejercicio de los menores de edad, mucho más que el texto original del Código Civil de 1984; y, es evidente que ése no ha sido el espíritu del legislador con la reforma del 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En síntesis, a pesar de llegarse a esta conclusión después de un largo análisis (que no debería ser necesario, pero lamentablemente tiene que serlo), podemos llegar a afirmar que el artículo 1358, en general, podría seguirse leyendo en el mismo sentido que tenía el texto vigente hasta el 3 de septiembre de 2018.

Pero no es posible que el régimen de validez y nulidad de los actos jurídicos tenga tales incongruencias. En ese sentido, podría modificarse el Código Civil en el artículo 219. En esta norma podría restituirse un inciso 2, que señale que el acto jurídico es nulo: «Cuando haya sido celebrado por un incapaz absoluto», lo que haría referencia al único caso de incapacidad absoluta en vigencia, que es el inciso 1 (y hoy, único inciso) del artículo 43: «Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley».

Y también se podría reformar el texto del artículo 1358 de la siguiente manera: «Las personas comprendidas en el inciso 1 del artículo 43 y las comprendidas en los incisos 1 al 8 del artículo 44, siempre que no estén privadas de discernimiento, pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

De esta forma, el artículo 1358 volvería a comprender a los menores de edad, campo que dejó de tener regulación con la reforma del 2018, siempre, claro está, que los menores de edad, así como cualquier otra persona mencionada por la norma propuesta, no estén privados de discernimiento.

En conclusión, con el régimen legal propuesto, los actos celebrados por los menores de dieciséis años (artículo 43, inciso 1), sin ser representados por sus padres o tutor, serían nulos (artículo 219, inciso 2).

- Los actos celebrados por los menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis (artículo 44, inciso 1), serían anulables (artículo 221, inciso 1).

También serían anulables (artículo 221, inciso 1) los actos celebrados por las demás personas con capacidad de ejercicio restringida que se hallan contempladas en los incisos 4 al 8 del artículo 44), que hayan sido celebrados directamente por esas personas sin el auxilio de los apoyos que contempla la ley.

Los supuestos de nulidad (artículo 219, inciso 2) y de anulabilidad (221, inciso 1) encontrarían excepción en los contratos celebrados por las personas mencionadas (artículo 43, inciso 1 y artículo 44, incisos 1 al 8), cuando esas personas los celebren no careciendo de discernimiento y que tales contratos estén relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o indeterminable (inciso 3)

El objeto es un elemento esencial de todo acto jurídico y es considerado un requisito de validez del acto jurídico. Retomando el concepto esbozado en nuestros comentarios al artículo 140, la definición de objeto ha de referirse a las prestaciones que las partes se obligan a cumplir; obligaciones que nacen de la relación jurídica.

Para revisar cuándo un objeto es física o jurídicamente imposible, remitimos al lector a nuestros comentarios sobre el artículo 140 del Código Civil.

La diferencia que se advierte entre este artículo y el aludido 140, consiste en que aquí se añade un requisito adicional al objeto y es que el mismo sea determinable; y su inobservancia acarrearía la nulidad.

La imposibilidad de precisar o determinar la cantidad o las características de la prestación puede recaer sobre conductas, bienes o sobre derechos y es susceptible de conllevar a la nulidad del acto jurídico que se haya celebrado.

Así, por ejemplo, sería el caso en el que se celebrara una compraventa y el vendedor se obligara a entregar al comprador «cosas». Este contrato sería nulo por objeto indeterminable, lo que es ratificado por el artículo 1142 del Código Civil, relativo a las obligaciones de dar bienes inciertos, cuando establece que «Los bienes inciertos deben indicarse, cuando menos, por su especie y cantidad».

Esto equivale a decir que, al indicar sólo el género (cosas) y no señalar la cantidad, la obligación y el contrato serían nulos.

d) Cuando su fin sea ilícito (inciso 4)

Como ya se ha mencionado, la causa no es sino la función que debe cumplir el acto jurídico. Al comentar el artículo 140 del Código Civil nos hemos referido a que toda vez que la palabra «fin» no se circunscribe específicamente a la finalidad que persiguen las partes mediante la celebración del acto; ni a la finalidad misma del negocio como operación social o jurídica, esto determina que ambas interpretaciones sean viables. Sin perjuicio de ello, hemos dejado sentada nuestra posición con respecto a que el fin no es el motivo interno de las partes, sino que éste debe ser entendido como el elemento constitutivo y esencial del acto; es la finalidad perseguida por las partes con su manifestación de voluntad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Como señala Taboada,[261] la «causal de nulidad por fin ilícito, contemplada en el artículo 219, deberá entenderse como de aquel negocio jurídico cuya causa, en su aspecto subjetivo, sea ilícito por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Se trata, pues, de una causal de nulidad por ausencia del requisito de la licitud, aplicable al fin, que constituye uno de los elementos del acto jurídico, según nuestro Código Civil».

No queda duda de que cuando todos los celebrantes del acto jurídico buscan un fin ilícito, el acto jurídico será nulo. No será necesaria esta unanimidad cuando la ilicitud sea manifiestamente objetiva. En el caso de la ilicitud manifiesta, podemos citar como ejemplo el de un contrato de compraventa sobre clorhidrato de cocaína. Independientemente de si los contratantes están al tanto de la ilicitud del objeto, el acto poseerá una finalidad objetivamente ilícita, por tanto, el acto jurídico será nulo.

e) Cuando adolezca de simulación absoluta (inciso 5)

Al comentar el artículo 190 del Código Civil hemos estudiado la simulación absoluta. En estos casos, el acto celebrado es sólo apariencia, pues la manifestación de los otorgantes no encierra voluntad alguna. Por ello, al no haber voluntad, entonces el acto será nulo.

La simulación absoluta es siempre total, dado que afecta la totalidad del acto jurídico al no producir consecuencias jurídicas entre las partes que lo celebran. Y es que, en esencia, con la simulación absoluta lo único que ocultan las partes es la inexistencia del acto simulado. Ya hemos señalado oportunamente que, por cuanto el sistema jurídico peruano no reconoce como figura la inexistencia, se ha optado por establecer que la simulación absoluta acarrea la nulidad del acto jurídico.

f) Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad (inciso 6)

La causal de nulidad contemplada en el inciso 6 del artículo 219 está referida al supuesto de que en un acto jurídico solemne se celebre sin observar la formalidad prevista por la ley bajo sanción de nulidad. De no seguirse esta formalidad, se incurrirá en la causal de nulidad prevista en el inciso 6 del artículo 219 del Código Civil.

g) Cuando la ley lo declara nulo (inciso 7)

En la inmensa mayoría de casos, los supuestos de nulidad serán expresos.

261 Taboada Córdova, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico. Op. cit.*, p. 117.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este inciso hace referencia a los supuestos de nulidades textuales o expresas que vienen dispuestas por un texto legal.

Ejemplo de tales supuestos se encuentran en los artículos 27 (nulidad de convenios sobre el nombre de una persona natural); 172 (los actos jurídicos cuyos efectos estén subordinados a condición suspensiva), entre otros.

h) En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa (inciso 8)

Como ya hemos visto, el artículo V del Título Preliminar establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. De modo tal que, para que un contrato sea nulo, no resulta necesario que la nulidad esté prevista por la ley, siendo más que suficiente que se haya incumplido una norma imperativa. Es el caso de la nulidad virtual.

El maestro León Barandiarán calificó a la norma como conveniente y la justificaba como un límite a la autonomía de la voluntad.

Sobre este tema en específico hemos escrito con el doctor Felipe Osterling,[262] señalando que pese a que el artículo 219 del Código Civil peruano regula los supuestos —en *numerus clausus*— de nulidad del acto jurídico, el inciso 8 del artículo 219 del Código no limita las normas a las que se refiere el artículo V del Título Preliminar al cual nos remite; dejando así abierta la identificación de los supuestos de normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

El inciso 8 del artículo 219 y el artículo V del Título Preliminar, en estricto, constituyen un límite a la autonomía privada. Pero no es posible determinar de qué tipo de límite se trata, en tanto que al ser tan amplio y dejar a la libre interpretación la determinación de las normas que pueden interesar al orden público y a las buenas costumbres, se puede tener que bajo los citados artículos se amparen normas que contengan límites a la formación del acuerdo, así como también límites a su contenido; por lo que resulta conveniente delimitar algunos conceptos, tales como «orden público» y «buenas costumbres», cuya vulneración acarrea la sanción más drástica contra un acto jurídico, a saber, la nulidad.

Como señalamos en su oportunidad con el maestro Osterling, el orden público no es sino el conjunto de principios fundamentales y de interés general, que regulan la vida jurídica de la sociedad en el ámbito del Derecho privado y

262 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Nulidad virtual. La sanción no tipificada». *Op. cit.*

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que se consideran imprescindibles para su mantenimiento y progreso. Como principio, no necesariamente está recogido en las normas jurídicas. No obstante, existen normas que importan y encierran algunos principios de orden público que van más allá de una tutela de intereses generales, protegiendo valores superiores, como los principios éticos y jurídicos del Estado.

Por otro lado, las buenas costumbres son reglas de convivencia social basadas en valores y aceptadas por la comunidad como de cumplimiento obligatorio. Por lo tanto, variarán incluso dentro del mismo Estado, según las culturas y sociedades que lo integran y no estarán necesariamente previstas en la legislación. Es por ello que surgen las llamadas nulidades virtuales a las que se llega a partir de un análisis de la finalidad del acto, el contexto y la sociedad.

Hasta aquí queda claro que la identificación de las «buenas costumbres» y las «normas de orden público» será argumentativa, dependiendo del tiempo y el contexto. Por consiguiente, estaremos ante un acto jurídico contrario al orden público y a las buenas costumbres, cuando el mismo contravenga el criterio ético social, pero que no necesariamente se encuentra recogido en las normas y cuando contravenga los principios que interesan en general al Estado y a los individuos.

Desde esta perspectiva, Taboada[263] advierte que «la admisión de la nulidad virtual implica reconocer que las normas, en infinidad de supuestos, indirecta o tácitamente declaran nulidades, cuando establecen determinados requisitos para la configuración de los actos jurídicos, de modo tal que todos los actos jurídicos que se celebre sin cumplir con dicho requisito de orden legal serán nulos, sin necesidad de norma expresa que lo disponga, por tratarse de actos con contenido prohibido o no permitido por el sistema jurídico, es decir, por tratarse de actos jurídicos cuyo contenido no se ajusta a los requisitos legales».

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[264] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 219, con el texto siguiente:

> **Artículo 219.-** Causales de nulidad
>
> El acto jurídico es nulo:
>
> 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto que celebró el acto.

263 Taboada Córdova, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Op. cit.*, p. 327.

264 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 98-100.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

2. Cuando se haya practicado por personas menores de dieciocho años o por personas mayores de dieciocho años que no cuenten con un régimen de asistencia, salvo disposición legal diversa.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su causa sea ilícita.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita de forma imperativa (sic) o bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Se puede apreciar que la comisión del 2019 planteó diversas modificaciones a la norma en cuestión.

En ese sentido, nuestro análisis de la propuesta se realizará inciso por inciso.

La parte introductoria de la norma era la misma en ambos cuerpos normativos, señalando que «El acto jurídico es nulo:».

En el inciso 1 la comisión planteaba sustituir la expresión «agente» por «sujeto que celebró el acto».

Se trataba de una propuesta intrascendente, pues no ha existido durante la vigencia del Código de 1984 algún otro significado que no sea éste, razón por la cual no se requiere modificar la referida norma.

En lo que respecta al inciso 2, hoy derogado, se proponía colocar, «Cuando (el acto jurídico) se haya practicado por personas menores de dieciocho años o por personas mayores de dieciocho años que no cuenten con un régimen de asistencia, salvo regulación legal diversa».

Ésta hubiese sido una magnífica ocasión para restituir la vigencia de la salvedad relativa a lo dispuesto en el artículo 1358, derogado por la Ley de la capacidad de las personas con discapacidad del año 2018.

En ese sentido, es de apreciar que el grupo de trabajo omitió esta importante referencia, no restituyendo la vigencia de un precepto que siempre fue muy elogiado por su utilidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

El inciso 3 permanecía inalterado, señalando que el acto es nulo cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

En el inciso 4, en concordancia con la inútil modificación que se planteaba efectuar en el artículo 140, se proponía sustituir la expresión «Cuando su fin sea ilícito», por «Cuando su causa sea ilícita».

Por su parte, el inciso 5 se mantenía inalterable, señalando que el acto jurídico es nulo cuando adolezca de simulación absoluta.

En el inciso 6, que actualmente regula la nulidad de los actos jurídicos que no revistan la forma prescrita bajo sanción de nulidad, se proponía agregar la misma sanción para aquellos actos que no revistan la forma prescrita de manera imperativa.

Ello, en concordancia con lo que proponía la comisión sobre el inciso 1 del proyectado artículo 143.

En ese sentido, cabe resaltar que la sanción de la ausencia de seguimiento de la forma imperativa, siempre sería la nulidad, a diferencia de lo que hoy ocurre en estos casos, en donde se considera la aplicación de la nulidad virtual sólo cuando calce dentro de lo prescrito por el artículo V del Título Preliminar, es decir, que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, lo que va de la mano con lo establecido en el actual inciso 8 del artículo 119 del Código Civil.

Estábamos de acuerdo con la propuesta de la comisión, pues con ella no habría duda alguna de qué actos serían nulos y, de esa manera, el no seguimiento de una forma imperativa acarrearía siempre la nulidad del acto, se haya o no establecido en la norma «bajo sanción de nulidad».

Por otra parte, el inciso 7 permanecía inalterado, en el sentido de que el acto jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo.

En tanto que lo propio ocurría con el inciso 8, en el sentido de que el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II. Alegación de la nulidad

Artículo 220.- La nulidad a que se refiere el artículo 219 puede ser alegada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta.

No puede subsanarse por la confirmación.

Toda vez que es de interés de la sociedad el que los actos jurídicos viciados de nulidad, finalmente se declaren nulos, el artículo 220 del Código Civil permite que esta pretensión sea invocada por quienes tengan interés o por el Ministerio Público.

En lo que respecta a quienes tengan interés, se incluye a cualquiera de las partes celebrantes y sus herederos, así como cualquier persona (tercero) que tenga un legítimo interés para obrar. Entendemos, por supuesto, que el requisito del legítimo interés resulta ineludible en materia procesal.

Además, el segundo párrafo del artículo 220 señala que la nulidad incluso podría ser declarada de oficio por el juez, cuando ella resulte manifiesta. Es preciso indicar que, como bien señala la norma, la sentencia judicial no sería constitutiva sino declarativa. Por lo tanto, si el juez constata que el acto es nulo y así lo declara, se estaría pronunciando sobre una situación ya existente y, como tal, esta sentencia declarativa de nulidad acarreará como consecuencia el que los derechos derivados del mismo acto (incluso de terceros) deberán restituirse por cuanto se adquirieron sobre la base de un acto nulo; con excepción de aquellos terceros que de buena fe y a título oneroso adquirieron derechos. Para mayor detalle, remitimos al lector a nuestros comentarios sobre el artículo 194 del Código Civil.

En este punto estimamos pertinente precisar que esta facultad que la ley concede a los jueces deberá circunscribirse a las nulidades manifiestas (es decir, sobre las que no exista lugar a dudas acerca de su existencia, ya que la misma es visible, advertible a simple vista) que no hubiesen sido alegadas como pretensión procesal por alguna de las partes. No obstante, podría haber ocurrido que alguna de las partes la hubiese advertido y argumentado sobre ella en su defensa, pero que no hubiere pretendido propiamente la nulidad del acto jurídico. Ahí, el juez, también podría declararla de oficio. Pero esta facultad incluso

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

se extiende a aquellos supuestos en que la nulidad no hubiere sido advertida por alguna de las partes.

Consideramos, además, que esta facultad que la ley concede a los jueces tiene como límite temporal el plazo de prescripción de la acción (pretensión) de nulidad (diez años, según lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil). Ello, porque de lo contrario se dejaría en indefensión a quien sostiene la validez del acto, ya que no se le concedería la oportunidad procesal de deducir la excepción de prescripción.

En ese sentido, debemos expresar que los actos viciados de nulidad se encontrarán en una situación especial cuando no se demande su nulidad, ni el juez la declare de oficio dentro de los diez años de celebrado el acto. Supongamos que alguien demanda su nulidad y el demandado deduce prescripción y ésta se declara fundada en última instancia. Si ese fuere el caso, entonces ello significaría que el acto del ejemplo nunca podría ser declarado nulo, lo que equivale a una ficción de validez, pues no habría forma de declarar la nulidad de ese acto jurídico, en la medida de que ya se declaró prescrita la pretensión de nulidad.

Y si un acto no se declara nulo, entonces es, en principio, válido. Ello, por contraste, ya que aparte de las categorías de nulidad y anulabilidad no existe una tercera categoría a este respecto. En otras palabras, el acto o es válido o es nulo. No hay parcelas intermedias. Creemos que esto sería jurídicamente posible si se considera que, si bien el acto jurídico nulo no debería producir los efectos propios de un acto jurídico valido, sí podría producir las consecuencias del hecho jurídico, derivadas de la prescripción. Por lo demás, la nulidad se declara necesariamente por sentencia judicial firme; no leyendo los artículos del Código Civil.

Pero ¿qué pasaría en aquellos casos de nulidades atentatorias contra el orden público, como son los casos de actos con fin ilícito (artículo 219, inciso 4)?

Reiteramos nuestra convicción en el sentido de que los casos de nulidad contemplados en el artículo 219 deben ser objeto del tratamiento general que concede al emplazado la facultad de defenderse con la excepción de prescripción, la misma que asiste a todo litigante emplazado con cualquier pretensión de cualquier naturaleza.

Si se quisiera variar esta situación, pues, entonces, se tendría que modificar el Código Civil y establecer la imprescriptibilidad de la pretensión de nulidad de los actos jurídicos.

No hay más.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Para nosotros el tema es muy claro. Si existe un plazo de prescripción para la pretensión y la acción se plantea una vez vencido el plazo, si el demandado hace valer con éxito la excepción de prescripción, ese acto no podría ser declarado nulo.

Por lo demás, también debemos considerar aquellos casos en los que nunca se hubiere demandado la nulidad. Los actos, como acabamos de expresar, evidentemente no son nulos por el solo hecho de leer un precepto del Código Civil. Para que sean nulos será necesario que así lo haya declarado un tribunal judicial o arbitral, si éste fuere el caso y que tal resolución tenga carácter firme.

Por otra parte, diremos que el tercer párrafo del artículo 220 del Código Civil establece que la nulidad no puede subsanarse por la confirmación. Esta figura está regulada entre los artículos 230 y 232 del Código Civil de 1984 y, como veremos oportunamente, ella sólo se aplica a los actos anulables, pero no a los viciados de nulidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

III. Anulabilidad. Causales

Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:

1. Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.

   Este numeral no es original de 1984. El texto responde a la modificación efectuada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto de 1984, era el siguiente:

   1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

Taboada,[265] al distinguir las diferencias entre nulidad y anulabilidad, recuerda que mientras el acto nulo nace muerto y, por ende, en ningún momento produce efectos jurídicos; los actos anulables, por el contrario, nacen enfermos, pero con vida. Por ende, producen todos sus efectos jurídicos. No obstante, los actos anulables tienen dos opciones y ambas dependen de la parte afectada con la anulación: la primera es dejar de producir efectos y la segunda, ratificar el contenido.

La anulabilidad es, así, una categoría de la invalidez del acto jurídico donde se advierte un vicio en la estructura del acto por faltarle algún requisito de validez. Al igual que la nulidad, su vicio nace de origen y sus causales son establecidas por ley; pero debe reconocerse que el tratamiento de las causales de anulabilidad es más restringido, pues no se tiene un supuesto como el de «nulidad virtual», siendo que los únicos supuestos son los contemplados en el artículo 221 del Código Civil.

Veamos ahora las causales de anulabilidad, las mismas que se hallan reguladas por el artículo 221 del Código Civil y son las siguientes:

265 Taboada Córdova, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico. Op. cit.*, p. 91.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

a) Por capacidad de ejercicio restringida de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44 (inciso 1)

Este inciso fue modificado por el Decreto Legislativo n.° 1384, Ley de la capacidad de las personas con discapacidad.

El inciso 1 original establecía que el acto jurídico era anulable «Por incapacidad relativa del agente».

De acuerdo con el texto en actual vigencia, será anulable el acto jurídico celebrado por cualquiera de las personas enumeradas en los incisos 1 al 8 del artículo 44, a saber:

a.1) Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (inciso 1 del artículo 44).

a.2) Los pródigos (inciso 4 del artículo 44).

a.3) Los que incurren en mala gestión (inciso 5 del artículo 44).

a.4) Los ebrios habituales (inciso 6 del artículo 44).

a.5) Los toxicómanos (inciso 7 del artículo 44).

a.6) Los que sufren pena que lleva anexa la indicación civil (inciso 8 del artículo 44).

Recuérdese que la Ley relativa a la capacidad de las personas con discapacidad, Decreto Legislativo n.° 1384, derogó los incisos 2 y 3 del artículo 44, referidos a los retardados mentales y a los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

Además, el artículo 44 consideraba a todas las personas mencionadas en sus diversos incisos como relativamente incapaces; tras la reforma del año 2018, son personas con capacidad de ejercicio restringida.

En el artículo 140, inciso 1, se exige como primer requisito para la validez del acto jurídico, que el agente sea capaz. En otros términos, la ley exige que el sujeto que se obliga tenga la plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles y no que ejerza sus derechos por medio de representantes legales. Esto significa que la voluntad debe siempre ser manifestada por un sujeto que tenga plena capacidad jurídica, sea por sí mismo o actuando a favor de otro. Reiteramos, entonces, que aun con la reforma del 2018, el Código no ha relajado el requisito de la plena capacidad de ejercicio para celebrar el acto jurídico y que la plena capacidad de ejercicio será tal cuando no se incurra en las causales de los artículos 43 y 44.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Vemos cómo el artículo 45-A del Código Civil ha previsto que las personas con capacidad de ejercicio restringida hoy deben tener un representante legal, que ejercerá sus derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela (artículo 45-A del Código Civil); por lo tanto, si actúan por sí mismos; es decir, no a través de sus representantes, los actos jurídicos serán anulables, conforme lo estipula el artículo 221, inciso 1 del propio Código.

Nótese que no se ha contemplado la anulabilidad de los actos jurídicos celebrados por las personas con discapacidad que requieren ajustes razonables o apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica (artículo 45). Si ellas actúan sin sus apoyos en la celebración de los actos jurídicos que celebren, tales actos no serán anulables, en la medida de que ellas no son consideradas incapaces (artículo 43), ni personas con capacidad de ejercicio restringida (artículo 44). Ahí está otro problema, pues esos actos, en principio, serían válidos, a pesar de que para su celebración se violó una disposición legal (artículo 45). No obstante, este tema también podría ser solucionado con la aplicación de la nulidad virtual.

Recordemos que ya el Código Civil en su artículo 659-B deslindó la figura del apoyo con la de la representación. Así, los apoyos son sólo una forma de asistencia para que la persona con discapacidad manifieste por sí misma su propia voluntad. En cambio, cuando este apoyo sea determinado con calidad de representación de las personas discapacitadas, la voluntad de la persona discapacitada será suplida y, por lo tanto, tal representado no tendrá capacidad de ejercicio plena. No obstante, como la disposición contenida en el artículo 45 del Código Civil no es de carácter imperativo, pues sólo señala que tales personas pueden solicitar esos ajustes razonables o apoyos, se crea un problema cuando estas personas no solicitan a los apoyos con representación.

En efecto, ¿qué pasa si una persona con severa discapacidad mental no solicita el apoyo?, ¿Y si no lo solicita por el simple hecho de que no lo puede hacer y nadie lo solicita por ella y se requiere que sean apoyos con representación? Es evidente que, en esos casos, la persona, nos guste o no, ha de carecer de capacidad de ejercicio plena. No obstante, ello no se menciona ni en el inciso 1, ni en el inciso 2 del artículo 45-B. Tremendo problema para el medio jurídico ha creado el Decreto Legislativo n.° 1384, en donde estos casos deberían estar afectados de nulidad expresa. No obstante, como venimos señalando, siempre tendremos a mano como salida, la aplicación de la nulidad virtual.

b) Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación (inciso 2)

Ya hemos explicado detenidamente el tema de los vicios de la voluntad. Remitimos al lector a lo ahí expuesto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

c) Por la simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero (inciso 3)

Aquí estamos en el caso de la simulación relativa, la misma que ya ha sido explicada por nosotros.

d) Cuando la ley lo declara anulable (inciso 4)

En este tema hay un detalle importante; pues, así como el artículo V del Título Preliminar del Código Civil permite la existencia de supuestos de nulidad virtual, ello no ocurre en lo que respecta a la anulabilidad. El artículo 221 no la contempla y el Título Preliminar del Código de 1984 no hace referencia alguna al respecto.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[266] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 221, con el texto siguiente:

> **Artículo 221.-** Causales de anulabilidad
>
> El acto jurídico es anulable:
>
> 1. Por vicio resultante de error, dolo o intimidación.
> 2. Cuando la ley lo declara anulable.

La comisión del 2019 proponía suprimir el inciso 1, que hoy se refiere a la incapacidad relativa del agente.

Estábamos de acuerdo con esta propuesta, pues conforme a las modificaciones operadas en el Código Civil por la Ley que reconoce y regula la capacidad jurídica de personas con discapacidad del 2018, ya no habría «incapaces relativos», sino personas que ejercen sus derechos con el apoyo de otras personas.

El actual inciso 2 pasaría a ser el nuevo inciso 1, eliminando a la violencia del grupo de vicios de la voluntad.

El actual inciso 3 considera que el acto jurídico viciado de simulación relativa es anulable («Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero»).

266 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 100.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

No obstante, la comisión estimaba conveniente suprimirlo, sin haber expresado razón alguna en la exposición de motivos.

Por nuestra parte, disentimos de esta propuesta, pues seguimos creyendo que la simulación relativa no sólo está presente en la vida real como un vicio en los actos jurídicos, sino también que ella debe seguir siendo causal de anulación.

La causal de anulación en los casos en los que la ley declara anulable el acto jurídico (actual inciso 4), pasaba a ser el inciso 2 del artículo 221 de la propuesta del grupo de trabajo, con texto idéntico.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IV. Efectos de la anulación

Artículo 222.- El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.

Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

Resulta curioso, pero no existe un artículo en el Código, cuando se trata de la nulidad (artículos 219 y 220), que señale cuáles son los efectos de la nulidad. Todos sabemos que el acto jurídico declarado nulo, será nulo desde el momento de su celebración. Pero, en verdad, esta consecuencia es tomada de la doctrina y de la jurisprudencia de nuestra tradición jurídica, pero no del texto expreso de la ley.

Caso distinto es el de la anulabilidad, habida cuenta de que el artículo 222 señala expresamente que el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que la declare. Es decir, tal y como ocurre con la nulidad.

Por lo demás, debemos precisar que tanto la nulidad como la anulabilidad tienen que ser declaradas por los tribunales judiciales o, si fuese el caso, por los tribunales arbitrales.

Debemos resaltar que esta norma indica, en su segundo párrafo, que ella se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley. Esto, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad (artículo 220 del Código Civil). La razón se encuentra en que los supuestos de anulabilidad no tienen para el Derecho tanta importancia como los de nulidad, al extremo de que en este último caso ella puede ser alegada por terceros con legítimo interés y hasta por el Ministerio Público, a diferencia de la anulabilidad, que sólo puede ser invocada por la parte que se sienta afectada. Notable diferencia, por cierto. Además, la nulidad, como hemos visto, puede ser declarada de oficio, lo que no ocurre con la anulabilidad.

En términos de Torres Vásquez,[267] esto sería propiamente una ineficacia provocada, en tanto el acto nace eficaz pero la sentencia hace que el acto pierda sus efectos. De manera que, en estos casos el pronunciamiento judicial, a

267 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 949.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

diferencia de la nulidad, será constitutivo; es decir, desde la declaración de su nulidad recién el acto perderá sus efectos; así pues, la ineficacia provocada es, en términos de Torres Vásquez, un medio de protección de intereses particulares, motivo por el cual sólo puede ser declarada a instancia de la parte interesada y autorizada por ley para impugnar el acto. Por nuestra parte, tomamos estas expresiones con beneficio de inventario, en el sentido de tener siempre presente el caso en que la nulidad nunca hubiera sido demandada o que, habiéndolo sido, se hubiere declarado fundada la excepción de prescripción deducida por el demandado. Por lo demás, lo propio podría ocurrir con la anulabilidad y su corto plazo de prescripción de dos años (artículo 2001, inciso 4 del Código Civil).

En este punto es preciso señalar que como consecuencia de la declaración de nulidad por causal de anulabilidad, las cosas vuelven al estado anterior al de la celebración del acto jurídico; lo que significará entonces que las partes deberán restituirse mutuamente las prestaciones ejecutadas y, cuando ello no sea posible, pagarán su valor. Ello, toda vez que al igual que en la nulidad, el vicio es de origen y, por tanto, el acto jurídico no debió producir efectos desde sus inicios.

Debe advertirse también que la retroactividad de la sentencia no es absoluta, en tanto presenta excepciones protegiendo a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe, lo cual resulta perfectamente lógico en un esquema de seguridad jurídica en el tráfico comercial. De modo que, si el tercero adquiriente no lo es a título oneroso y de buena fe, pues entonces deberá restituir los derechos adquiridos del acto nulo.

Por lo demás, como ha sido expresado, el plazo para interponer la pretensión de anulabilidad de un acto jurídico (sin correr el riesgo de la excepción de prescripción) es de dos años (artículo 2001, inciso 4), a diferencia del de la nulidad, que es de diez años (artículo 2001, inciso 1), pudiendo además sanearse, en la práctica, la anulabilidad a través del transcurso del plazo de prescripción o del acto de confirmación.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[268] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 222, con el texto siguiente:

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

268 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 100-101.

Artículo 222.- Legitimados para solicitar la anulación. Efecto de la declaración

1. La anulación se pronunciará sólo a petición de la parte afectada.
2. El acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare.
3. La declaración de anulación no perjudica al tercero contratante a título oneroso y de buena fe.

La comisión proponía dividir el artículo 222 en tres incisos, con algunas modificaciones y algunas semejanzas.

En primer lugar, el inciso 1 establecía que la anulación se pronunciará sólo a petición de la parte afectada, modificando la disposición actual que permite que ella también sea solicitada por aquellas personas en cuyo beneficio la establece la ley.

La disposición en vigencia es más amplia y otorga no sólo al Código Civil, sino a cualquier otra legislación especial, la posibilidad de ampliar los supuestos de nulidad a aquellas otras personas (distintas de la parte afectada con la celebración del acto).

El inciso 2 de la propuesta recogía la actual disposición del primer párrafo, en el sentido de que el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración por efecto de la sentencia que lo declare.

Y, el inciso 3 de la propuesta señalaba que «la declaración de anulación no perjudica al tercero contratante a título oneroso y de buena fe».

En verdad, esta nueva norma propuesta podría haber resultado positiva, en resguardo de la seguridad jurídica y la protección de los terceros.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

V. Nulidad de acto plurilateral

Artículo 223.- En los casos en que intervengan varios agentes y en los que las prestaciones de cada uno de ellos vayan dirigidas a la consecución de un fin común, la nulidad que afecte al vínculo de una sola de las partes no importará la nulidad del acto, salvo que la participación de ella deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.

Lo primero que corresponde distinguir —y recordar— en este artículo es que no siempre parte y personas o agentes van a coincidir en cantidad; por lo que el número de partes no depende del número de manifestaciones de voluntad, sino del número de intereses que se regula. Veamos.

En un contrato típico de compraventa tendremos a un comprador (primer centro de interés) y a un vendedor (segundo centro de interés); mientras que en un contrato de cesión de posición contractual se tendrá tres centros de interés (el cedente, el cesionario y el cedido). Otro caso similar es el que se presenta en los contratos de asociación y de sociedad, en donde pueden existir más de dos agentes, cada uno con intereses diferentes pero un interés común. Es el caso de los contratos plurilaterales con prestaciones autónomas.

Si bien el Código Civil de 1984 no otorga un tratamiento orgánico general a este tipo de actos jurídicos (no nos referimos, por cierto, a la regulación de las personas jurídicas), incluye dos artículos al respecto: el 223 y el 1434. El segundo de ellos, relativo al incumplimiento de prestaciones plurilaterales autónomas, 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.

El artículo 223 señala que en estos actos jurídicos no habrá prestaciones recíprocas, sino las prestaciones estarán dirigidas a la consecución de un fin común.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

En estos casos, la nulidad que afecte el vínculo de una sola de las partes (por ejemplo, la incapacidad absoluta de uno de los contratantes, que tenía trece años al momento de la celebración del contrato) no importará la nulidad del acto. Si se tratase de una asociación o sociedad, cada contratante seguirá obligado a pagar su parte del capital de la persona jurídica, conforme a lo pactado. Si todos los diez contratantes se hubiesen obligado a aportar diez mil soles cada uno, se entendería que la declaración de nulidad del vínculo con respecto a uno de ellos no producirá la frustración del fin del contrato. En otras palabras, la ley entiende que los nueve restantes podrían arreglárselas para llevar adelante el fin de la persona jurídica.

Pero ello no siempre ocurrirá. Para tal efecto, el propio artículo 223, en su última parte, establece una salvedad y será cuando la participación de la parte cuyo vínculo se haya declarado nulo, deba considerarse como esencial, de acuerdo con las circunstancias.

Sería el caso, por ejemplo, de una sociedad en la cual nueve de los diez socios se hubiesen obligado a aportar veinte mil dólares para el capital social; en tanto que el décimo socio, cuyo vínculo se anula por incapacidad absoluta, se había comprometido a aportar una maquinaria valorizada en US$10´000,000.00.

Considerando que la participación de ese décimo socio resultaba fundamental y de gran notoriedad e importancia patrimonial, los demás socios podrían pedir que se declare la nulidad total del contrato de sociedad, pues resultará evidente que la participación del décimo socio era esencial, de acuerdo con las circunstancias. Él iba a tener más del 90% de las acciones de la compañía y los otros nueve carecen de los recursos para llevar adelante la empresa, lo que implica, en términos jurídicos, que no pueden ejecutar el contrato.

Compartimos la posición de Fernando Vidal[269] respecto de que este artículo responde al principio de conservación del acto jurídico, que busca mantener su eficacia, en la medida de lo posible para la consecución del fin práctico perseguido por las partes, evitándole una nulidad total y propiciando sólo una de carácter parcial.

Nótese, finalmente, que el artículo 223 es una norma común a la nulidad y la anulabilidad de los actos jurídicos, al igual que los artículos 224, 225 y 226.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

269 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 564.

VI. Nulidad parcial

Artículo 224.- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables.

La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas.

La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal.

El Código de 1984 se rige por el principio de conservación de los actos jurídicos y, obviamente, de los contratos.

Decimos esto, pues el legislador en el artículo 224, en lugar de optar por el principio contrario, prefirió establecer que la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. De modo que la nulidad del auto jurídico puede ser total o parcial. La primera abarcará al acto en su totalidad quitándole toda validez y eficacia, mientras que la segunda afectará a una o más disposiciones del acto, dejando válidas y eficaces algunas otras disposiciones.

Sería el caso de un contrato en el cual se pacte que el deudor ejecutará diversas prestaciones de entrega de animales de distinta naturaleza, entre ellos, un ave en peligro de extinción. Si los demás animales sí eran bienes cuya comercialización estaba permitida y constituían en valor el 97% de la contraprestación, entonces, la nulidad de la obligación de entregar el ave cuya comercialización está prohibida sería irrelevante con respecto a la validez del contrato en su conjunto. Deviene, al fin y al cabo, en una prestación de carácter accesorio en relación con el contenido total del acto jurídico celebrado.

Respecto de la nulidad parcial, el artículo 224 del Código Civil establece tres supuestos de nulidades parciales: (i) la referida a disposiciones separables; (ii) la nulidad de disposiciones singulares; y (iii) la de las disposiciones accesorias. Veamos cada una de ellas:

(i) Nulidad de disposiciones separables

Como menciona el profesor Vidal,[270] el criterio de admisión de esta nulidad parcial radica en la posibilidad de separar una o más cláusulas de otras o separar

270 Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 566.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

diversos actos jurídicos que en su conjunto forman uno compuesto. Agrega que esta separabilidad puede derivar de una nulidad absoluta o una nulidad relativa, pero en cualquier supuesto no deberá afectar el acto en su integridad. Solo así cabe el análisis de la divisibilidad o separabilidad de sus cláusulas; verificando que no afecte al acto en su integridad, pudiendo éste subsistir en su fin sin esa estipulación nula.

¿Cómo saber cuándo una disposición inválida puede ser nula sin afectar a todo el acto jurídico? Si el negocio jurídico es unitario, ello puede obedecer a que las partes así lo han definido o porque la propia ley así lo establece. Cuando las partes no han definido la unidad del negocio, entonces —comenta Torres Vásquez—[271] deberá verificarse dos requisitos: (i) que las cláusulas que subsistan tengan vida propia, no dependiendo de la afectada por la nulidad y (ii) que el acto sea útil para las partes, proporcionando los efectos prácticos por los cuales se celebró el acto.

Entonces, esto significará que las estipulaciones separables no tienen carácter esencial en el negocio; de lo contrario, no podrá verificarse una nulidad parcial. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, las disposiciones sobre el bien y el precio no pueden ser afectadas y separadas del acto; pues ambas resultan esenciales para su constitución. Lo propio ocurriría con las estipulaciones acordadas en una transacción, donde la nulidad de una afecta a todo el acto (artículo 1310[272] del Código Civil), salvo pacto en contrario.

(ii) Nulidad de disposiciones singulares sustituidas por normas imperativas

Esta nulidad no será relevante cuando tales disposiciones sean sustituidas por nomas imperativas. Sería el caso en el cual las partes establecieran en el contrato, como resulta usual —y ya lo hemos visto—, que las partes renuncian a toda acción tendiente a anular el acto jurídico por causa de error, dolo, violencia o intimidación. Como sabemos, este supuesto está prohibido por una norma de carácter imperativo, el artículo 218, precepto que ya hemos estudiado y que establece que es nula la renuncia anticipada a la acción que se funde en estos vicios de la voluntad.

Lo que ocurre, en realidad, es que toda contravención a norma legal de carácter imperativo hará nula la estipulación contractual y ella será sustituida por la norma imperativa, sea ésta solamente prohibitiva o que, además, establezca algo respecto al tema en cuestión.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

271 Torres Vásquez, Aníbal. *Op. cit.*, p. 1022.

272 **Artículo 1310.-** La transacción es indivisible y si alguna de sus estipulaciones fuese nula o se anulase, queda sin efecto, salvo pacto en contrario.

En esos casos la nulidad de disposiciones específicas no se extiende a todo el acto, sustituyéndose la misma por la norma imperativa que se pretendió contravenir por una disposición contractual en el acto jurídico.

(iii) Nulidad de obligaciones principales y secundarias

El tercer párrafo del artículo 224 del Código Civil establece que la nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de ésta no origina la de la obligación principal.

Es evidente que, si el contrato de compraventa versa sobre una tonelada de clorhidrato de cocaína, la obligación principal del mismo es nula y ello hará nulo el acto, por más de que el resto de las cláusulas accesorias sean válidas. Una aplicación más de la regla general, en el sentido de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Pero en una compraventa cuyo objeto no esté viciado de nulidad, si las partes hubiesen pactado la renuncia a las acciones por vicios de la voluntad, esa cláusula, accesoria, por cierto, será nula (artículo 218 del Código Civil), pero ello no acarreará la nulidad del resto del contrato.

Si bien lo accesorio sigue la suerte de lo principal, lo principal no necesariamente sigue la suerte de lo accesorio. El cómo distinguir cuándo una disposición es accesoria respecto de otra es algo que deberá analizarse caso por caso; en algunos de ellos, la propia norma establecerá la accesoriedad, como ocurre con el supuesto previsto en el artículo 189 del Código Civil, el mismo que establece: «Si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno».

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VII. Acto y documento

Artículo 225.- No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto aunque el documento se declare nulo.

Resulta usual en la práctica jurídica que se confunda el acto jurídico con el documento en el cual se ha expresado (formalizado).

Ahora bien, es cierto que en la mayoría de casos, cuando se demande la nulidad o anulabilidad de un acto jurídico y éste se encuentre expresado en un documento, si se declara nulo o se anula el acto jurídico, entonces su representación gráfica, es decir, el documento, carecerá también de valor alguno como acto jurídico. Pero el documento sí conservará un valor como medio probatorio de aquello que se desee acreditar y que, precisamente, conste en ese documento. Esto, por el hecho de que el documento no habrá sido declarado nulo, a pesar de que el acto jurídico que está reflejado en él sí ha sido declarado nulo.

Podría darse el caso en que tanto el documento como el acto jurídico hubiesen sido declarados nulos. Ahí no habrá nada que decir, salvo que se tendría que haber pretendido —y logrado— la nulidad de ambos, probablemente por causales similares, pero ellas podrían ser idénticas o incluso diferentes.

No obstante, debemos decir que el caso de los actos jurídicos solemnes, es decir, aquellos que deban celebrarse siguiendo una formalidad determinada bajo sanción de nulidad, merece mención aparte. Ello, en la medida de que si se declara la nulidad del documento que los contiene, los actos jurídicos solemnes sí serán irremediablemente nulos, por carecer —precisamente— de la formalidad que les impone la ley. En ese sentido, el artículo 225 ha de referirse sólo a los actos jurídicos con formalidad *ad probationem*, en donde la nulidad, sin afectar la validez del acto, es sólo posible cuando el documento y el acto no constituyan una sola entidad; es decir, que sean separables.

ISMAEL MARIO CASTILLO FREYRE

VIII. Capacidad de ejercicio restringida invocada en beneficio propio

Artículo 226.- Capacidad de ejercicio restringida en beneficio propio

Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la capacidad de ejercicio restringida del artículo 44 de uno de ellos no puede ser invocada por la otra que integre la misma parte, salvo cuando es indivisible la prestación o su objeto.

Este artículo es fruto de la modificación operada por del Decreto Legislativo n.º 1384, Ley de la capacidad de las personas con discapacidad, publicado el 4 de septiembre de 2018. El texto original de la norma era el siguiente:

La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común.

La norma en actual vigencia indica que cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte y uno de ellos tuviese capacidad de ejercicio restringida, la misma no puede ser invocada por el otro que integra la misma parte; salvo cuando la prestación o su objeto es indivisible.

Lo primero a lo que corresponde referirnos en este punto es que de conformidad con lo previsto en el artículo 222 del Código Civil, la acción de nulidad por un vicio derivado de la capacidad restringida del agente, es un derecho para el sujeto con capacidad restringida. No obstante, como bien señala el profesor Fernando Vidal, el artículo 226 del Código Civil introduce una excepción al principio de que sólo el afectado por la causal de nulidad relativa puede invocarla, y es que esta excepción se hace viable, para pedir la anulación, cuando el sujeto capaz comparte con el incapaz un derecho o una obligación indivisible porque en esta hipótesis ambos se benefician con la anulación.

Esto, sin duda tiene mucho sentido, pues si la prestación de la obligación es divisible, ello quiere decir que puede ser objeto de cumplimiento parcial; entonces, en virtud del principio de conservación del acto, la regla del artículo 226 del Código Civil no resultaría aplicable. Por ejemplo, si A y B, donde B tiene capacidad restringida, solicitan a C un préstamo por mil dólares americanos; entonces, A y B son codeudores del 50% cada uno (en el entendido de

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

que no se haya pactado algo distinto). Si B, siendo incapaz, demanda la nulidad, entonces A no puede aprovecharse de la incapacidad de B, quedando obligado al pago frente a C.

Corresponde recordar que las prestaciones divisibles son aquellas que se pueden dividir, pero esa división no debe implicar la destrucción del bien. En ese sentido, estaremos ante prestaciones indivisibles cuando la división implique la destrucción del bien.Así, como ya nos hemos referido anteriormente,[273] la característica fundamental de las obligaciones indivisibles es que su cumplimiento debe efectuarse de manera integral, no siendo susceptibles de fraccionamiento alguno.

Ahora bien, el artículo 1175 del Código Civil establece que una obligación será indivisible cuando no resulta susceptible de división o de cumplimiento parcial. Así tenemos:

(i) Cuando la obligación sea definida como indivisible por mandato de la ley.

(ii) Cuando la obligación sea definida como indivisible por la naturaleza de la prestación. Por ejemplo, la entrega de una casa de tres pisos a dos acreedores. En este caso ni la ley ni el pacto expreso han impuesto la indivisibilidad. Es la naturaleza de la prestación la que lo decide.

(iii) Cuando la obligación sea definida como indivisible por el modo en que fue considerada por las partes (por ejemplo, cuando la prestación sea de dinero y las partes convengan en su indivisibilidad, lo que implicaría una indivisibilidad ficticia).

Considerando que estaríamos ante un acto viciado, este tercer supuesto pierde relevancia para la determinación de si estamos o no ante una prestación indivisible, pues el pacto *per se* estaría afectado por la anulabilidad que el sujeto con capacidad restringida pueda pretender para desvincularse del acto.

En ese sentido, somos del parecer de que para efectos del artículo 226 del Código Civil la obligación será indivisible sólo por mandato de la ley o por la naturaleza de la prestación.

De este modo, queda claro que el artículo 226 se refiere, entonces, a los casos en que los deudores sean dos o más y cualquiera de ellos se pudiere ver expuesto a pagar el íntegro de la deuda. Esta situación se presentará en el

273 Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones. Op. cit.*, p. 279.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

supuesto de las obligaciones indivisibles y mancomunadas (por ejemplo, los deudores se obligan frente a un acreedor a entregarle un automóvil). Es evidente que, si uno de los codeudores tiene incapacidad de ejercicio restringida, el acto celebrado por este incapaz sin la actuación de un representante, podría desvincularlo de la obligación, dejando al otro codeudor (el capaz) al frente de todo el objeto debido, sin posibilidad de subrogación alguna. Aquí es que este último, en aplicación del artículo 226, podrá invocar la incapacidad (capacidad de ejercicio restringida) de su codeudor para que se declare nulo o se anule todo el acto jurídico.

Antes de concluir, debemos señalar que si bien el artículo 226 sólo se refiere a los supuestos de capacidad de ejercicio restringida del codeudor (supuestos de anulabilidad del acto jurídico), la norma será también aplicable a los casos de incapacidad (inciso 1 del artículo 43 del Código Civil). Esto, porque si se puede accionar por una causal relativamente débil (la de anulabilidad), con mayor razón se deberá poder accionar por una causal de mayor envergadura, como es el caso de la nulidad.

Antes de concluir, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se han formulado sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[274] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 226, con el texto siguiente:

> **Artículo 226.-** Capacidad restringida de uno de los sujetos
>
> Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la restricción de capacidad de uno de ellos no puede ser invocada por otro que integre la misma parte, salvo cuando sean indivisibles la prestación o su objeto.

Esta propuesta de la comisión del 2019 se basaba en aquéllas formuladas por la comisión anterior en los años 2005 y 2006.

Como dijimos en esas oportunidades, el sentido del precepto de tales anteproyectos, aunque con redacción defectuosa, se basaba en la idea que el suscrito propusiera en 1998 en la obra *Tentaciones académicas*.[275]

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

274 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, pp. 101-102.

275 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 331; Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 188 y 189; Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, p. 297.

El grupo de trabajo del 2019 propuso, en esa línea, que en el artículo 226 se recoja una norma similar a la de los anteproyectos anteriores, haciendo referencia a la restricción de la capacidad, en vez de la incapacidad, por las modificaciones efectuadas en el Código por la Ley de protección a las personas con discapacidad.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

IX. Anulabilidad por incapacidad relativa

Artículo 227.- Las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.

Recordamos que el inciso 1 del artículo 44 del Código Civil establece que tienen capacidad de ejercicio restringida, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. En ese sentido, habría sido lógico que el artículo 221 estableciera que los actos jurídicos celebrados por estas personas son anulables, tal como lo hacía antes de la reforma del 2018 sobre capacidad, a la que nos hemos referido tantas veces. En el texto original del Código Civil se establecía (artículo 221, inciso 1) que era anulable el acto jurídico por incapacidad relativa del agente.

Felizmente existe el artículo 227 del Código Civil, que regula el tema, estableciendo que las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho son anulables, cuando resultan de actos practicados sin la autorización necesaria.

Tal y como se encuentra regulado en el artículo 456 del Código Civil,[276] en caso los mayores de 16 y menores de 18 años, a los que se refiere el presente artículo, hubiesen celebrado actos jurídicos con autorización expresa o tácita de sus padres o ratificados por ellos, entonces tales actos serán válidos. Pero si el menor renunciara a un derecho o contrajera una obligación sin autorización ni ratificación de sus padres que ejercen la patria potestad, el respectivo contrato del cual procede tal obligación resultaría anulable en virtud del presente artículo; no obstante, el menor quedaría sujeto a la restitución de la suma que se hubiese convertido en su provecho, en virtud del artículo 456 del Código Civil; lo contrario sería amparar un enriquecimiento sin causa a expensas de otro.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

276 **Artículo 456.-** Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1358, el menor que tenga más de dieciséis años de edad puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.

X. Repetición del pago al incapaz

Artículo 228.- Nadie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho.

Este artículo fue derogado por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

A pesar de que la norma se encuentra derogada, queremos referirnos a las propuestas de reforma que se formularon sobre este artículo. Como señalamos en nuestra obra *Tentaciones académicas 2*,[277] la comisión que elaboró el proyecto de reforma del 2019, propuso una modificación para el artículo 226, con el texto siguiente:

Artículo 228.- Restitución de prestaciones

1. Como consecuencia de la declaración de nulidad, procede la restitución de las prestaciones o, si esto no fuera posible, de su valor actual, salvo disposición contraria de la ley.
2. Si la nulidad hubiera sido declarada por aplicación del artículo 219, numeral 2, el sujeto afectado está exonerado de restituir solamente lo que hubiera empleado en su subsistencia.

La propuesta de modificación del artículo 228 que realizó la comisión en el anteproyecto del 2019, se basaba en la propuesta de reforma que la comisión anterior planteó para el artículo 228 en el año 2005, sobre la cual expresamos nuestros comentarios oportunamente.[278] Pero ella olvidó la derogatoria que ya se había efectuado sobre la norma por parte del Decreto Legislativo n.° 1384, del 4 de septiembre de 2018.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

277 Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano. Op. cit.*, p. 102.

278 Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Op. cit.*, pp. 189-190.

El inciso 1 del anteproyecto del 2019 se limitaba a decir lo que nadie discute, pues siempre se ha entendido como uno de los efectos de la anulación o nulidad, la restitución de las prestaciones o, de no ser posible, su valor actual.

El inciso 2, arrastraba el defecto del anteproyecto precedente, presentando un problema en su concepción, pues parecía que se había olvidado de que el término «personas» puede estar referido no sólo a la persona natural sino también a la jurídica.

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

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XI. Mala fe del incapaz

Artículo 229.- Si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad.

Este artículo fue derogado por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018.

Como se puede apreciar, el artículo 229 fue derogado por la reforma del 2018, relativa a la capacidad de las personas con discapacidad. Dentro del razonamiento de que ya no hay personas incapaces, sino personas con capacidad de ejercicio restringida, se entendería la derogatoria; con excepción de lo que respecta a los incapaces del artículo 43, inciso 1 y único, es decir, de las personas menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

Al estar derogado el artículo 229, pensamos que se debería entender que, si el incapaz ha procedido de mala fe ocultando su incapacidad para inducir a la celebración del acto, él, o sus herederos o cesionarios, sí estarían autorizados para poder alegar la nulidad. Esto, pues no subsiste restricción alguna al respecto.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Título X
Confirmación del acto jurídico

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

TÍTULO X
CONFIRMACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

I. CONFIRMACIÓN EXPRESA

Artículo 230.- Salvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo.

El artículo 230 regula el supuesto de confirmación expresa (manifestación de voluntad expresa). Como ya hemos señalado en este estudio, la confirmación del acto jurídico está reservada para aquellos actos que padecen de vicio de anulabilidad y, naturalmente, que no hayan sido anulados por sentencia judicial firme.

En efecto, se considera, en términos generales, que un negocio nulo es nulo siempre, no pudiendo ser materia de confirmación; mientras que un negocio anulable, es un negocio que corre el riesgo de ser anulado y que antes de que eso ocurra podría ser saneado.

En efecto, la confirmación de los actos anulables cobra sentido en tanto se fundamenta en la protección del interés de los particulares, por lo que quien es titular de la acción liberatoria de anulabilidad, podría convalidar y proveer de validez y eficacia definitiva al acto, renunciando de esta forma a la nulidad. Así, como señala Fernando Vidal,[279] «el principio de conservación del acto jurídico, en el caso de la confirmación, orienta su aplicación a la estabilidad de las relaciones jurídicas originadas por actos o negocios jurídicos en cuya formación se ha incurrido en vicios o causales que no lesionan el orden público o, que, si lo afectan, su magnitud hace preferible el mantenimiento del acto, precisamente, mediante el acto confirmatorio. Se trata pues, de un principio en favor de la validez y subsistencia del negocio».

279 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 582.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Entonces, la confirmación solamente cabe cuando el acto sigue siendo válido y no cuando ya se hubiese anulado, y tendrá como finalidad convalidarlo con una eficacia retroactiva al momento de la celebración del acto.

Una característica del acto de confirmación es que se trata, propiamente, de un acto unilateral y no requiere de la voluntad de la otra parte que celebró el acto (si nos encontramos frente un acto plurilateral, claro está). En efecto, la norma señala que la confirmación puede ser efectuada por la parte a quien corresponda la acción de anulación (la haya o no interpuesto). En este punto, puede ocurrir, como señalaba el maestro León Barandiarán, que varias personas hayan participado en la celebración de un negocio jurídico que adolece de una causa de anulabilidad que podría ser invocada por cualquiera de ellas. Entonces, corresponderá que la confirmación realizada por una de estas personas no comprometa a las otras.

Este acto unilateral será además un acto de renuncia irrevocable a la acción de anulación y, también, un acto declarativo que requerirá de conocimiento y conciencia de la causal de anulación; ello, en tanto su confirmación tendrá que ser expresa, subsanando así el vicio que lo hace anulable.

Nótese que la norma no sólo señala que la confirmación tiene que ser expresa (lo que conlleva a que podría ser por lenguaje escrito, hablado o mímico), sino que, además, respecto del instrumento que contenga la confirmación, el precepto establece que tal confirmación debe realizarse mediante instrumento (sin precisar a qué se refiere específicamente). Lo cierto es que este extremo resulta fundamental, pues caso contrario no se sabría, en verdad, qué acto jurídico es el que se quiere confirmar.

Será evidente que, si el acto que se desea confirmar es uno con formalidad solemne, la confirmación debería revestir dicha formalidad. Ello, para evitar cualquier discusión teórica al respecto; pero de no existir formalidad alguna, el instrumento que contenga la confirmación podrá ser cualquier medio que permita acreditar la voluntad. No obstante, al no sancionarse con nulidad su inobservancia, esta formalidad ha de ser meramente probatoria.

La norma es clara respecto de qué debe contener el acto confirmatorio. Así, además de señalar el acto jurídico que se quiere confirmar, el instrumento deberá contener la causal de anulabilidad que estaría viciando el acto y la manifestación expresa de confirmarlo.

Todo esto será posible, dejando a salvo los derechos de terceros. Ello quiere decir que, si un tercero ya adquirió derechos que contravienen al acto que adolece de nulidad, entonces este tercero podrá mantener el derecho derivado de un acto que es válido y anterior a la confirmación. Y, aunque el artículo no

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

lo señale expresamente, entendemos que se trata de los derechos de terceros adquiridos a título oneroso y de buena fe, siguiendo la línea que al respecto traza el Código Civil de 1984.

Finalmente, respecto de la confirmación, resulta necesario distinguirla conceptualmente de la ya estudiada ratificación, la misma que no tiene propiamente una función de saneamiento ni convalidación de un vicio en la conformación del acto, sino que se asocia fundamentalmente a la eficacia de un acto del cual la persona que lo ratifica no ha sido parte de su formación; pero que a partir del acto de ratificación adquirirá todos los efectos del acto ajeno.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

II. Confirmación tácita

Artículo 231.- El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

De acuerdo con lo señalado por el segundo párrafo del actual artículo 141 del Código Civil, norma que ya hemos comentado, la manifestación de voluntad es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conducta voluntaria reiteradas en la historia de vida, que revelan su existencia, pese a que conocía la causa de la anulación. En ese sentido, tiene que haber claridad respecto del conocimiento del vicio y su intención de confirmarlo a través de determinados actos o conductas.

Ya señalamos que el artículo 230 legisla sobre la confirmación expresa del acto jurídico anulable. El artículo 231 hace lo propio con la confirmación tácita, la misma que supone una manifestación de voluntad consistente en la existencia de hechos o comportamientos que inequívocamente pongan de manifiesto la voluntad de confirmar el acto contra el cual puede hacerse valer la acción anulatoria.

La ejecución del acto, a sabiendas de que existe una causal que podría llevar a su anulación, precisamente por la parte que lo ejecuta y quien podrá beneficiarse con la anulación del acto, representa un acto inequívoco del agente en el sentido de actuar de manera contraria a la anulación. Precisamente ejecutar el acto (total o parcialmente) es todo lo contrario a querer anularlo. Es reconocerlo, en los hechos y afirmar su validez. Pero nótese que estos actos confirmatorios deben ser conscientes, lo que equivale a decir que esa persona, a pesar de conocer el vicio, procede a comportarse como si el mismo no existiera. Ello, obviamente tendría que ver con la *Teoría de los actos propios*.[280] Resulta claro, entonces, que, si el comportamiento hubiese sido inconsciente o en desconocimiento de la existencia del vicio, no podría alegarse la existencia de una confirmación tácita del correspondiente acto jurídico. Caso contrario,

280 Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios*. Palestra Editores - Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2006; y Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios*. Instituto Pacífico. Lima, 2017, 2.ª edición.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

un acto nunca podría ser anulado, habida cuenta de que después de haber sido celebrado, quienes participaron de su celebración siempre van a encontrarse en la creencia de que el acto era válido.

Cuando el legislador de 1984 se refiere en el artículo 231 a la eventual existencia de hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad, pensamos que, por citar un ejemplo, podría tratarse de que las partes que celebran el acto jurídico viciado de anulación, luego hubiesen celebrado un segundo acto jurídico destinado a perfeccionar el entendimiento de las cláusulas del primero y de facilitar su ejecución. Pero, lo repetimos, siempre y cuando la parte que habría podido anular el acto actuara consciente de la existencia del vicio.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

III. Formalidad de la confirmación

Artículo 232.- La forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades a las establecidas para la validez del acto que se confirma.

El artículo 232 del Código Civil es de carácter imperativo, pero su inobservancia no se encuentra sancionada con nulidad. Así, se hace bien en establecer que la forma del instrumento de confirmación debe tener iguales solemnidades que las establecidas para la validez del acto que se confirma.

Estamos de acuerdo con que se haya establecido una disposición de estas características, la misma que, obviamente, será de aplicación para los actos jurídicos solemnes, pero también lo será para los demás.

De modo que, si el acto jurídico que se quiere confirmar hubiese sido celebrado verbalmente, entendemos que el instrumento de confirmación deberá ser, al menos, verbal, con los problemas que ello conlleva en materia de probanza. En estos casos, para evitar inconvenientes y arrepentimientos futuros, y para que ella tenga la utilidad que corresponde, pensamos que la confirmación debería constar, al menos, en documento simple.

En el caso en que se requiera confirmar cualquier acto jurídico de forma no solemne, podrá seguirse la misma formalidad en que se celebró el referido acto o, si se quiere, una más estricta.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Bibliografía consultada

Barassi, Lodovico. *Contenido de los negocios jurídicos. La condición. Instituciones de Derecho Civil.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.

Barbero, Domenico. *Sistema del Derecho Privado.* Parte preliminar, parte general. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1967, 6.ª edición.

Bigliazzi Geri, Lina; Umberto Breccia; Francesco Busnelli y Ugo Natoli. *Derecho Civil. Actos jurídicos.* Reimpresión de la primera edición, traducción de Fernando Hinestrosa de la obra *Diritto Civile,* editada por Unione Tipografico Editrice Torinese - UTET, 1987, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1955.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual.* Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1981.

Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental.* Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1993.

Cano Martínez de Velasco, José Ignacio. *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia.* Bosch. Barcelona, 1990

Carnelutti, Francesco. *Teoría general del Derecho.* Ara Editores. Lima, 2006.

Castillo Freyre, Mario. *Los contratos celebrados a través de medios informáticos.* Biblioteca de Derecho Contemporáneo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1996.

Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1998.

Castillo Freyre, Mario. «El artículo 1358 del Código Civil». En: *Entre el Derecho Civil y el arbitraje* (quinta parte). Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2020, volumen 81.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Castillo Freyre, Mario. «Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante». En: *Revista Jurídica del Perú*, marzo/abril de 2004, año LIV, n.° 55.

Castillo Freyre, Mario. «Collique: una donación con cargo». En: *Gaceta del Abogado*. Gaceta Jurídica. Lima, octubre de 2007, año I, n.° 10.

Castillo Freyre, Mario. «Por qué el Estado no puede disponer del Aeródromo de Collique. A propósito de los alcances de la donación con cargo». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Gaceta Jurídica. Lima, junio de 2008, n.° 117.

Castillo Freyre, Mario. *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2020, volumen 75.

Castillo Freyre, Mario. *Derecho de las Personas. Naturales y jurídicas*. Gaceta Jurídica. Lima, 2021.

Castillo Freyre, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Gaceta Jurídica. Lima, 2021.

Castillo Freyre, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de reforma del Código Civil*. Palestra Editores. Lima, 2005.

Castillo Freyre, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. Estudio Mario Castillo Freyre. Lima, 2007.

Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral». En: *Revista Jus Doctrina & Práctica*. Grijley. Lima, julio 2007, n.° 7; y en: *enMARCando*. Revista de métodos alternativos de resolución de conflictos de la Escuela Nacional de Conciliación. Lima, 4.ª edición, http://www.minjus.gob.pe/enmarcando.

Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios*. Palestra Editores. Lima, 2006.

Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *La teoría de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*. Instituto Pacífico. Lima, 2017, 2.ª edición

Coviello, Nicola. *Interpretación de la voluntad. Doctrina general del Derecho Civil*. Ara Editores. Lima, 2007.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

De Castro y Bravo, Federico. *Estudios jurídicos.* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1998.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *El contrato en general.* Biblioteca Para leer el Código Civil. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993.

De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato privado.* Cultural Cuzco. Lima, 1982.

Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. Introducción a la teoría del contrato.* Editorial Civitas. Madrid, 1996, volumen primero.

Fernández Cruz, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En: *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002).* Ara Editores. Lima, 2003.

Ferri, Luigi. *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil.* Grijley. Lima, 2004.

Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial.* Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires, 1998

Idrogo Delgado, Teófilo. *Teoría del acto jurídico.* Editorial Marsol. Lima, 1993.

Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.

Lehmann, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil.* Traducción de José M. Navas. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1956.

León Barandiarán, José. *Manual del acto jurídico.* Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 1966, 4.ª edición, aumentada y corregida, con notas suplementarias.

León Barandiarán-Hart, José. «Exigibilidad del cumplimiento del cargo». En: AA.VV. *Código Civil comentado.* Gaceta Jurídica. Lima, 2021.

León Hilario, Leysser. *Derecho Privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos.* Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2019, 1.ª edición.

Leyva Saavedra, José. «Interpretación de los contratos». En: *Revista de Derecho y Ciencia Política - UNMSM.* Lima, 2008, volumen 65 (n.° 1 - n.° 2).

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Llambías, Jorge Joaquín. *Tratado de Derecho Civil. Parte general.* Editorial Perrot. Buenos Aires, 1997.

Lohmann Luca de Tena, Juan Guillermo. *El negocio jurídico.* Editorial Rocarme. Lima, 1987, 2.ª edición.

Messineo, Francesco *Manual de Derecho Civil y Comercial. Derecho de las Obligaciones.* Parte general. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1955.

Messineo, Francesco. *Interpretación e integración del contrato. Doctrina general del contrato.* Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Volterra. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1986.

Morales Hervias, Rómulo. «La interpretación finalista». En: AA.VV. *Código Civil comentado.* Gaceta Jurídica. Lima, 2021.

Morales Hervias, Rómulo. «Objeto imposible jurídicamente y objeto ilícito. La supuesta eliminación de la causa del negocio jurídico —y, en particular, del contrato— por obra de la jurisprudencia judicial». En: *Diálogo con la Jurisprudencia.* Gaceta Jurídica. Lima, 2015, n.° 202.

Navarrete, Emanuela. «Causa del contrato». En: *Materiales de lectura del curso Temas de Derecho Civil.* Pontificia Universidad Católica del Perú, Escuela de Graduados. Lima, 2008-1.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En: *Derecho & Sociedad.* Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004, n.° 23.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. «Nulidad virtual. La sanción no tipificada». En: *Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez.* Idemsa. Lima, 2011, 1.ª edición.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de Derecho de las Obligaciones.* Thomson Reuters. Lima, 2014.

Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Compendio de Derecho de las Obligaciones.* Palestra Editores. Lima, 2008.

Palacios Martínez, Eric. «La interpretación sistémica». En: AA.VV. *Código Civil comentado.* Gaceta Jurídica. Lima, 2021.

Parraguez Ruiz, Luis Sergio. *El negocio jurídico simulado.* Tesis doctoral. Universidad de Salamanca, 2012.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Real Academia Española. *Diccionario de la Real Academia Española*, www.rae.es.

Roppo Vincenzo. *El contrato.* Gaceta Jurídica. Lima, 2009.

Santoro Passarelli, Francesco. *Hechos y actos jurídicos en doctrinas generales del Derecho Civil.* Traducción de A. Luna Serrano. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1964.

Scognamiglio, Renato. *Teoría general del contrato.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1996.

Scognamiglio, Renato. «El negocio jurídico. Aspectos generales». En: *Teoría general del negocio jurídico.* Ara Editores. Lima, 2001.

Taboada Córdova, Lizardo. *Nulidad del acto jurídico.* Grijley. Lima, 2018, 2.ª edición.

Taboada Córdova, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato.* Grijley. Lima, 2002.

Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico.* Instituto Pacífico. Lima, 2015, 5.ª edición.

Torres Vásquez, Aníbal. *Acto jurídico.* Idemsa. Lima, 2001.

Trabucchi, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil.* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1967.

Vidal Ramírez, Fernando. *Teoría general del acto jurídico.* Editorial Cultural Cuzco. Lima, 1986, 2.ª edición.

Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico.* Gaceta Jurídica. Lima, 2005.

Vidal Ramírez, Fernando. *El acto jurídico.* Gaceta Jurídica. Lima, 2013, 9.ª edición.

Zusman Tinman, Shoschana. «La causa como elemento esencial de los actos jurídicos y contratos». En: *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor.* Colección Derecho Patrimonial. Grijley. Lima, 2007.

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

ÍNDICE GENERAL

Palabras liminares 7

LIBRO II
ACTO JURÍDICO

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

I. Concepto 13
II. Manifestación de voluntad 46
III. Formalidad 59
IV. El silencio 62

TÍTULO II

FORMA DEL ACTO JURÍDICO

I. Libertad de forma 69
II. Formalidad *ad probationem* 73

TÍTULO III

REPRESENTACIÓN

I. Nociones preliminares 79
II. Origen de la representación 82
III. Representación conyugal 85
IV. Pluralidad de representantes 86
V. Responsabilidad solidaria de los representantes 88
VI. Revocación del poder 93
VII. Revocación de poder de una pluralidad de representados 94
VIII. Designación de nuevo representante 97
IX. Comunicación de la revocación 98
X. Poder irrevocable 100
XI. Renuncia del representante 105

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XII. Alcance de la representación: poder general y poder especial 107
XIII. Poder por escritura pública para los actos de disposición 108
XIV. Carácter *intuitu personae* de la representación 111
XV. Sustitución y responsabilidad del representante 114
XVI. Revocación del sustituto 121
XVII. Efectos de la representación 123
XVIII. Ineficacia del acto jurídico por exceder las facultades conferidas 124
XIX. Ratificación del acto jurídico 134
XX. Anulabilidad de los actos celebrados por representante 139
XXI. Manifestación de la calidad de representante 141
XXII. Presunción legal de representación 143
XXIII. Acto jurídico «consigo mismo» 144
XXIV. Poder especial de los representantes legales para actos de disposición 146

Título IV

Interpretación del acto jurídico

I. Regla de la interpretación de la voluntad declarada, de la común intención de las partes y de la interpretación según la buena fe 155
II. La regla de la interpretación sistemática 165
III. La regla de interpretación funcional, finalista o teleológica 168

Título V

Modalidades del acto jurídico

I. ¿Qué son las modalidades del acto jurídico? 175
II. Tipos de elementos accidentales 176
III. La condición impropia 183
IV. Condiciones que dependen de la voluntad del deudor 188
V. Actos realizables por el adquirente y por el deudor durante la situación de pendencia de la modalidad 190
VI. Carácter indivisible de la condición 194
VII. Condición negativa 196
VIII. Cumplimiento o incumplimiento de la condición por mala fe 198
IX. Carácter no retroactivo de la condición 200
X. Plazos suspensivo y resolutorio 201
XI. Beneficio del plazo suspensivo 203
XII. Repetición derivada del pago anticipado 205

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

XIII. Caducidad del plazo 207
XIV. Intervención judicial para señalamiento del plazo 211
XV. Reglas para el cómputo de los plazos 213
XVI. Extensión a plazos legales o convencionales 215
XVII. Exigibilidad del cargo 216
XVIII. Plazo para el cumplimiento del cargo 220
XIX. Inexigibilidad del cargo 221
XX. Trasmisibilidad del cargo 222
XXI. Ilicitud o imposibilidad del cargo 224

Título VI

Simulación del acto jurídico

I. Simulación absoluta 229
II. Simulación relativa 230
III. Simulación relativa parcial 232
IV. Nulidad del acto simulado 234
V. Inoponibilidad de la simulación 236

Título VII

Fraude del acto jurídico

I. Acción pauliana 241
II. Onerosidad de las garantías 249
III. Protección al subadquirente de buena fe 250
IV. Improcedencia de la declaración de ineficacia 251
V. Acción oblicua. Limitaciones al derecho del tercero adquirente 252
VI. Vía procedimental 254

Título VIII

Vicios de la voluntad

I. Error. Requisitos 257
II. Error esencial. Requisitos 260
III. Cognoscibilidad del error 264
IV. Error de cálculo 267
V. Error en el motivo 269
VI. Rectificación del error 271

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

VII. Improcedencia de indemnización por error 273
VIII. Error en la declaración 276
IX. Error en la declaración no considerado esencial 280
X. Dolo 281
XI. Dolo incidental 283
XII. Dolo por omisión 284
XIII. Dolo recíproco 286
XIV. Violencia e intimidación 287
XV. Intimidación. Concepto 290
XVI. Criterios para calificar la violencia o intimidación 293
XVII. Supuestos que no constituyen intimidación 296
XVIII. Nulidad de renuncia anticipada para anular el acto jurídico por vicios de la voluntad 298

Título IX

Nulidad del acto jurídico

I. Nulidad. Causales 301
II. Alegación de la nulidad 319
III. Anulabilidad. Causales 322
IV. Efectos de la anulación 327
V. Nulidad de acto plurilateral 330
VI. Nulidad parcial 332
VII. Acto y documento 335
VIII. Capacidad de ejercicio restringida invocada en beneficio propio 336
IX. Anulabilidad por incapacidad relativa 340
X. Repetición del pago al incapaz 341
XI. Mala fe del incapaz 343

Título X

Confirmación del acto jurídico

I. Confirmación expresa 347
II. Confirmación tácita 350
III. Formalidad de la confirmación 352

Bibliografía consultada 355

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Este libro se terminó de imprimir
en diciembre de 2021, en los talleres gráficos
de Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto N° 201, Surquillo
Central: 242-2281
Lima, Perú

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE