TENTACIONES ACADÉMICAS 2

Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano

Volumen 75 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tentaciones académicas 2

Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano

Entre el Derecho Civil y el Arbitraje (Cuarta parte)

Mario Castillo Freyre

CENTRO DE ARBITRAJE
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Universidad Católica San Pablo
ASOCIACION IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Tentaciones Académicas 2
Análisis del Anteproyecto de
Reforma del Código Civil peruano

Entre el derecho civil y el arbitraje
(Cuarta Parte)

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la
Pontificia Universidad Católica del Perú
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

© Universidad Católica San Pablo
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

© Asociación Iberoamericana de Derecho Privado
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
http://www.aiddp.com/

Primera edición, enero 2020
Tiraje: 200 ejemplares

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-00851

ISBN: 978-612-4400-23-0
Impreso en el Perú - Printed in Peru

Índice

Tentaciones académicas 2 33
Análisis del Anteproyecto de 33
Reforma del Código Civil peruano 33
1. Consideraciones generales 33
2. Algunas cuestiones formales sobre el anteproyecto 36
2.1. Su exposición de motivos 36
2.2. Los textos del Código Civil 36
2.3. La transcripción de los textos del Código Civil 37
2.4. El texto de los artículos propuestos 37
2.5. El orden de los artículos 37
2.6. Los pronombres demostrativos y adverbios 37
2.7. ¿Artículos seguidos o paralelos? 38
2.8. Libros, secciones, títulos, capítulos, subcapítulos 39
3. Conclusión 39
4. Mis opiniones puntuales sobre el anteproyecto del 2019 39
Título preliminar 39
Artículo II 39
Artículo II-A 40
Artículo II-B 41
Libro I 41
Derechos de las personas 41
Sección primera 41
Personas naturales 41
Título II 42
Derechos de la persona 42

Artículo 1-A 42
Artículo 4 42
Artículo 5 43
Artículo 17 43
Título III 44
Nombre 44
Artículo 20 44
Artículo 21 45
Artículo 22 46
Título IV 46
Domicilio 46
Artículo 40 46
Título V 47
Capacidad e incapacidad de ejercicio 47
Artículo 43 47
Artículo 44 48
Artículo 45 50
Artículo 46 50
Título VII 51
Fin de la persona 51
Capítulo segundo 51
Declaración de muerte presunta 51
Artículo 63 51
Sección Segunda 52
Personas jurídicas/Personas Jurídicas no lucrativas 52
Título I 52
Disposiciones generales 52
Artículo 76 52
Artículo 78 54
Artículo 78-A 55

Título II 57
Asociación 57
Artículo 93-A 57
Artículo 93-B 58
Artículo 93-C 61
Artículo 93-D 61
Artículo 92 63
Artículo 95 65
Libro II 66
Acto jurídico 66
Título I 66
Disposiciones generales 66
Artículo 140 66
Artículo 141 70
Artículo 142 71
Título II 72
Forma del acto jurídico 72
Artículo 143 72
Artículo 144 73
Título III 74
Representación 74
Artículo 148 74
Título III 76
Representación 76
Artículo 150 76
Artículo 153 77
Artículo 156 78
Artículo 157 79
Artículo 158 80
Artículo 158-A 83

Artículo 159 84
Artículo 161 85
Artículo 162 86
Artículo 167 88
Título IV 89
Interpretación del acto jurídico 89
Artículo 168 89
Artículo 168-A 89
Artículo 169 90
Artículo 170 91
Artículo 170-A 91
Artículo 170-B 92
Título V 92
Modalidades del acto jurídico 92
Artículo 171 93
Artículo 172 93
Artículo 174 94
Artículo 185 94
Título VIII 95
Vicios de la voluntad 95
Artículo 203 95
Artículo 207 96
Artículo 214 97
Artículo 216 97
Título IX 98
Nulidad del acto jurídico 98
Artículo 219 98
Artículo 221 100
Artículo 222 100
Artículo 226 101

Artículo 228 102
Libro III 102
Derecho de familia 102
Sección Primera 102
Disposiciones generales 102
Artículo 233 102
Artículo 237 104
Título I 104
Capítulo segundo 105
Impedimentos 105
Artículo 243 105
Artículo 244 106
Título III 106
Régimen patrimonial 106
Capítulo primero 107
Disposiciones generales 107
Artículo 295 107
Artículo 296 107
Capítulo segundo 108
Sociedad de gananciales 108
Artículo 303 108
Artículo 307 108
Artículo 311 109
Artículo 315 109
Artículo 326 110
Artículo 326-A 111
Artículo 326-B 111
Capítulo tercero 112
Separación de patrimonios 112
Artículo 327 112

Artículo 329 113
Título IV 113
Decaimiento y disolución del vínculo 114
Capítulo primero 114
Separación de cuerpos 114
Artículo 332 114
Artículo 333 114
Artículo 333-A 116
Artículo 333-B 116
Artículo 334 116
Artículo 335 117
Artículo 336 117
Artículo 337 117
Artículo 338 118
Artículo 339 118
Artículo 340 118
Artículo 342 119
Artículo 343 119
Artículo 344 119
Artículo 345 119
Artículo 345-A 121
Capítulo segundo 121
Divorcio 121
Artículo 348 121
Artículo 349 122
Artículo 350 122
Artículo 351 123
Artículo 351-B 123
Artículo 351-C 124
Artículo 352 125

Artículo 354 125
Artículo 355 126
Artículo 356 126
Artículo 357 127
Artículo 358 127
Artículo 359 127
Artículo 360 127
Sección tercera 128
Sociedad paterno-filial 129
Título II 129
Filiación extramatrimonial 129
Capítulo primero 129
Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales 129
Artículo 389 129
Capítulo tercero 129
Hijos alimentistas/Filiación por reproducción asistida 129
Artículo 415 129
Artículo 415-A 130
Artículo 415-B 132
Artículo 415-C 132
Artículo 415-D 134
Título III 135
Patria potestad 135
Capítulo único 135
Ejercicio, contenido y terminación de la patria potestad 135
Artículo 418 135
Artículo 419 135
Artículo 420 136
Artículo 421 136
Artículo 422 138

Artículo 425 138
Artículo 426 139
Artículo 427 139
Artículo 429 139
Artículo 461 140
Artículo 461-A 140
Artículo 469 141
Artículo 470 141
Título II 141
Instituciones supletorias de amparo 141
Capítulo primero 141
Tutela 141
Artículo 502 141
Artículo 564 142
Artículo 565 142
Artículo 566 142
Artículo 571 142
Artículo 502 142
Artículo 503 143
Artículo 504 143
Artículo 505 143
Artículo 506 144
Artículo 569 144
Artículo 507 144
Artículo 508 145
Artículo 509 145
Artículo 510 145
Artículo 512 146
Artículo 514 146
Artículo 516 146

Artículo 517 147
Artículo 518 147
Artículo 519 147
Artículo 520 148
Artículo 521 149
Artículo 522 150
Artículo 523 150
Artículo 524 150
Artículo 526 150
Artículo 526-A 151
Artículo 527 151
Artículo 528 151
Artículo 529 151
Artículo 530 152
Artículo 530-A 152
Artículo 531 152
Artículo 532 153
Artículo 533 155
Artículo 534 155
Artículo 535 155
Artículo 538 155
Artículo 538-A 156
Artículo 538-B 156
Artículo 539 156
Artículo 541 156
Artículo 542 157
Artículo 543 157
Artículo 546 157
Artículo 547 158
Artículo 549 158

Artículo 550 159
Artículo 551 159
Artículo 552 159
Artículo 554 160
Artículo 555 160
Artículo 556 161
Artículo 557 161
Artículo 558 161
Artículo 560 161
Artículo 561 161
Artículo 563 162
Capítulo segundo/Capítulo tercero 162
Curatela/Régimen de asistencia 162
Artículo 564 162
Artículo 565 163
Artículo 566 163
Artículo 567 164
Artículo 568 164
Artículo 569 165
Artículo 570 165
Artículo 571 165
Artículo 572 165
Artículo 573 165
Artículo 574 165
Artículo 575 166
Artículo 576 166
Artículo 577 166
Artículo 578 166
Artículo 579 166
Artículo 580 166

Artículo 581 167
Artículo 582 167
Artículo 583 167
Artículo 584 167
Artículo 585 167
Artículo 586 168
Artículo 587 168
Artículo 588 168
Artículo 589 168
Artículo 590 169
Artículo 591 169
Artículo 592 169
Artículo 593 169
Artículo 594 169
Artículo 595 170
Artículo 596 170
Artículo 597 170
Artículo 598 171
Artículo 599 171
Artículo 600 171
Artículo 601 171
Artículo 602 172
Artículo 603 172
Artículo 604 172
Artículo 605 172
Artículo 606 173
Artículo 607 173
Artículo 608 174
Artículo 609 174
Artículo 610 174

Artículo 611 174
Artículo 612 174
Artículo 613 175
Artículo 614 175
Artículo 615 175
Artículo 616 175
Artículo 617 175
Artículo 618 176
Libro IV 176
Derecho de sucesiones 176
Sección primera 176
Sucesión en general 176
Título I 176
Transmisión sucesoria 176
Artículo 660 176
Artículo 663-A 176
Título III 177
Indignidad 177
Artículo 667 177
Artículo 668 179
Artículo 668-A 179
Artículo 671 180
Título IV 180
Aceptación y renuncia de la herencia 180
Artículo 673 180
Artículo 680 181
Título I 181
Disposiciones generales 181
Artículo 690-A 181
Título II 182

Formalidades de los testamentos 182
Capítulo segundo 182
Testamento en escritura pública 182
Artículo 696 182
Título IV 184
Institución y sustitución de herederos y legatarios 184
Artículo 735 184
Artículo 735-B 186
Artículo 735-C 188
Título VI 190
Legados 191
Artículo 758 191
Artículo 771 191
Título VIII 192
Albaceas 192
Artículo 788 192
Artículo 793 193
Capítulo tercero 193
Nulidad 193
Artículo 808 194
Artículo 809 194
Sección cuarta 195
Masa hereditaria 195
Título I 195
Colación 195
Artículo 833 195
Artículo 836 196
Título II 196
Indivisión y partición 196
Capítulo primero 196

Indivisión 196
Artículo 845 196
Artículo 846 197
Capítulo segundo 199
Partición 199
Artículo 852-A 199
Libro V 200
Derechos reales 200
Sección primera 200
Disposiciones generales 200
Artículo 882 200
Sección tercera 201
Derechos reales principales 201
Título I 201
Posesión 201
Capítulo primero 201
Disposiciones generales 201
Artículo 898 201
Capítulo sexto 202
Defensa posesoria 202
Artículo 920 202
Título II 203
Propiedad 203
Capítulo primero 203
Disposiciones generales 203
Artículo 923 203
Artículo 927 204
Capítulo segundo 204
Adquisición de la propiedad 204
Sub-Capítulo IV 205

Transmisión de la propiedad 205
Artículo 949 205
Artículo 950 205
Capítulo quinto 206
Copropiedad 206
Sub-Capítulo I 206
Disposiciones generales 206
Artículo 971 206
Artículo 972 207
Artículo 978 208
Artículo 983 209
Artículo 985 209
Artículo 989 209
Título III 210
Usufructo 210
Capítulo primero 210
Disposiciones generales 210
Artículo 1001 210
Capítulo segundo 211
Deberes y derechos del usufructuario 211
Artículo 1006 211
Artículo 1009 212
Artículo 1013 212
Capítulo cuarto 212
Extinción y modificación del usufructo 212
Artículo 1021 212
Título IV 213
Uso y habitación 213
Artículo 1029 213
Título III 213

Hipoteca 213
Capítulo primero 213
Disposiciones generales 213
Artículo 1097 214
Artículo 1098 214
Artículo 1099 215
Artículo 1100 216
Artículo 1101 216
Artículo 1102 217
Artículo 1104 217
Capítulo segundo 217
Rango de las hipotecas 217
Artículo 1112 217
Capítulo quinto 218
Hipotecas legales 218
Artículo 1119 218
Artículo 1122 219
Libro VI 219
Las obligaciones 219
Sección primera 219
Las obligaciones y sus modalidades 219
Artículo 1135 219
Artículo 1136 220
Artículo 1138 221
Título II 223
Obligaciones de hacer 223
Artículo 1150 223
Artículo 1154 224
Artículo 1155 224
Artículo 1156 224

Título III 225
Obligaciones de no hacer 225
Artículo 1158 225
Artículo 1160 225
Título IV 226
Obligaciones alternativas y facultativas 226
Artículo 1171 226
Título V 226
Obligaciones divisibles e indivisibles 226
Artículo 1174 226
Título VI 228
Obligaciones mancomunadas y solidarias 228
Artículo 1183 228
Título V 230
Transmisión de las obligaciones 230
Capítulo único 230
Cesión de derechos/Cesión de créditos 230
Título VIII 231
Transmisión de las obligaciones 231
Capítulo único 231
Cesión de derechos 231
Artículo 1206 231
Artículo 1207 232
Artículo 1208 232
Artículo 1209 233
Artículo 1210 233
Artículo 1211 234
Artículo 1215 235
Artículo 1216 236
Artículo 1217 236

Sección segunda 239
Efectos de las obligaciones 239
Título I 239
Disposiciones generales 239
Artículo 1218 239
Artículo 1219 239
Título II 241
Pago 241
Capítulo primero 241
Disposiciones generales 241
Artículo 1220 241
Artículo 1227 241
Artículo 1233 242
Artículo 1239 242
Artículo 1242 243
Artículo 1246 244
Artículo 1247 244
Artículo 1249 245
Artículo 1250 245
Artículo 1251 246
Artículo 1252 246
Artículo 1253 248
Artículo 1254 248
Artículo 1259 249
Artículo 1265 250
Título V 250
Condonación 250
Artículo 1295 250
Artículo 1296 251
Título IX 252

Inejecución de obligaciones 252
Capítulo primero 252
Disposiciones generales 252
Artículo 1314 252
Artículo 1315 253
Artículo 1316 253
Artículo 1317 254
Artículo 1319 254
Artículo 1321 255
Artículo 1322 256
Artículo 1325 256
Artículo 1327 257
Artículo 1329 257
Artículo 1333 257
Artículo 1341 259
Artículo 1342 260
Artículo 1343 260
Artículo 1346 261
Libro VII 262
Fuentes de las obligaciones 262
Sección primera 262
Contratos en general 262
Título I 262
Disposiciones generales 262
Artículo 1354 262
Artículo 1355 263
Artículo 1362-A 264
Artículo 1370 264
Artículo 1372 265
Artículo 1372-A 267

Título II 267
El consentimiento 267
Artículo 1381 267
Artículo 1398 268
Artículo 1398-A 269
Título III 269
Objeto del contrato 269
Artículo 1402 269
Artículo 1403 270
Artículo 1404 270
Artículo 1405 271
Artículo 1407 272
Artículo 1408 272
Artículo 1409 273
Título IV 274
Forma del contrato 274
Artículo 1411 274
Título V 274
Contratos preparatorios 274
Artículo 1417 275
Artículo 1424 275
Título VI 275
Contrato con prestaciones recíprocas 275
Artículo 1429-A 275
Título VII 275
Cesión de posición contractual 276
Artículo 1439 276
Título XIII 276
Arras confirmatorias 276
Artículo 1478 276

Título XIV 276
Arras de retractación 277
Artículo 1481 277
Sección segunda 277
Contratos nominados 277
Título I 277
Compraventa 277
Capítulo primero 277
Disposiciones generales 277
Artículo 1529 277
Capítulo segundo 278
El bien materia de la venta 278
Artículo 1534 278
Artículo 1535 278
Capítulo sexto 278
Transferencia del riesgo 278
Artículo 1569 279
Título III 279
Suministro 279
Artículo 1614 279
Título IV 279
Donación 279
Artículo 1623 279
Artículo 1626 280
Artículo 1629 280
Artículo 1645 281
Título VI 282
Arrendamiento 282
Capítulo primero 282
Disposiciones generales 282

Artículo 1669 282
Capítulo cuarto 282
Duración del arrendamiento 282
Artículo 1688 282
Capítulo séptimo 283
Conclusión del arrendamiento 283
Artículo 1700 283
Artículo 1708 284
Título IX 284
Prestación de servicios 285
Capítulo primero 285
Disposiciones generales 285
Artículo 1762 285
Capítulo tercero 285
Contrato de obra 285
Artículo 1784 285
Capítulo cuarto 286
Mandato 286
Sub-Capítulo V 286
Mandato con representación 286
Artículo 1807 286
Título X 287
Fianza 287
Artículo 1879 287
Artículo 1881 287
Artículo 1883 287
Artículo 1886 288
Sección cuarta 288
Enriquecimiento sin causa 288
Artículo 1954 288

Sección quinta 289
Promesa unilateral 289
Artículo 1958 289
Sección sexta 290
Responsabilidad extracontractual 290
Artículo 1969 290
Artículo 1970 290
Artículo 1971 291
Artículo 1972 292
Artículo 1973 292
Artículo 1975 293
Artículo 1976 294
Artículo 1977 295
Artículo 1978 296
Artículo 1979 296
Artículo 1980 296
Artículo 1981 297
Artículo 1983 297
Artículo 1984 297
Artículo 1985 298
Artículo 1986 299
Artículo 1987 299
Artículo 1988 299
Libro VIII 300
Prescripción y caducidad 300
Título I 300
Prescripción extintiva 300
Artículo 1994 300
Artículo 1996 301
Artículo 1998 302

Artículo 2001 302
Libro IX 303
Registros Públicos 303
Título II 303
Registro de la propiedad inmueble 303
Artículo 2018 303
Título III 304
Registro de personas jurídicas 304
Artículo 2026 304
Artículo 2027 304
Artículo 2029-A 305
Título IV 305
Registro personal 305
Artículo 2030 305
Artículo 2033 306
Título V 306
Registro de mandatos y poderes 306
Artículo 2036 306
Artículo 2037 306
Artículo 2038 306
Título VI 307
Registro de testamentos 307
Artículo 2039 307
Artículo 2040 308
Título VII 308
Registro de sucesiones intestadas 308
Artículo 2041 308
Artículo 2042 309
Libro X 309
Derecho internacional privado 309

Título I 309
Disposiciones generales 309
Artículo 2046-A 309
Artículo 2047-A 309
Artículo 2047-B 310
Artículo 2048 310
Artículo 2049-A 310
Artículo 2049-B 311
Artículo 2050-A 311
Artículo 2052 311
Título II 311
Competencia jurisdiccional 312
Artículo 2057 312
Título III 312
Ley aplicable 312
Artículo 2070 312
Artículo 2078 313
Artículo 2078-A 313
Artículo 2079 313
Artículo 2080 314
Artículo 2083 314
Artículo 2084 314
Artículo 2086 314
Artículo 2095 315
Artículo 2095-A 315
Artículo 2095-B 316
Artículo 2095-C 316
Título IV 316
Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros/Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras 316

Artículo 2104 316
Artículo 2105 318

TENTACIONES ACADÉMICAS 2

Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano

1. CONSIDERACIONES GENERALES

En el mes de agosto del 2019 fue publicado el Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, elaborado por el «Grupo de Trabajo de revisión y mejora del Código», creado por Resolución Ministerial n.° 0300-2016-JUS (en adelante, el grupo de trabajo o la comisión).

Llama la atención que los trabajos de la comisión, si bien —a decir del propio grupo de trabajo— tuvieron lugar entre octubre del 2016 y marzo del 2019, hayan presentado en la práctica, dos etapas en la culminación de sus labores.

Una de ellas, terminó con la presentación al Ministerio de Justicia, aproximadamente a inicios de julio del 2018, de una primera versión del anteproyecto, que algunos miembros de la Comisión se encargaron de decir que era preliminar, y que, incluso, llegaron a manifestar que no debía ser objeto de análisis o críticas, en la medida de que tenía sólo esa condición.

Hace algunos meses fue publicada una segunda versión del anteproyecto, en la que el propio grupo de trabajo señalaba haber culminado sus labores y deslindaba cualquier responsabilidad con ulteriores modificaciones que se hicieran al mismo por parte del Ministerio de Justicia.[1]

Entonces, habiendo quedado firme el referido anteproyecto, resulta necesario su estudio por parte de la comunidad jurídica en su conjunto.

Debo precisar que las consideraciones que vamos a verter, se refieren única y exclusivamente a las propuestas contenidas en el anteproyecto, por lo que las mismas sólo tienen un contenido académico, y de ninguna manera las críticas o comentarios que formulamos se extienden a los miembros del grupo de trabajo que elaboró dicho anteproyecto, integrada por apreciados colegas.

Por lo demás, resulta necesario precisar que si bien el referido grupo convocó a varias decenas de profesores de derecho para consultar los diferentes temas que eran abordados, entiendo que la labor de estos profesores se ha circunscrito a campos muy concretos y específicos de sus especialidades, y que, no necesariamente, han hecho suyo el anteproyecto de reforma, el mismo que, se entiende, corresponde, dada la designación del propio Ministerio de Justicia, en exclusiva a los seis miembros del grupo de trabajo.

Debo decir también que ha llamado mi atención el hecho de que la autoría de las exposiciones de motivos de los diversos artículos, no necesariamente ha correspondido a los miembros del grupo de trabajo, sino a algunos profesores que

[1] Entendemos que, oficialmente, las sesiones de la comisión tuvieron lugar hasta el 2 de julio de 2018, pero en la portada del anteproyecto se indica «octubre 2016-marzo 2019», por lo que —debemos entender— la comisión siguió realizando trabajos hasta marzo de este año, lo que también se aprecia en la evolución de diversos artículos desde la primera versión que se publicó del anteproyecto, en julio del 2018.

cumplieron la labor de secretarios técnicos de la comisión.

Tal hecho me parece una incongruencia formal, pero, sobre todo, de fondo, pues la exposición de motivos debe ser, por definición, elaborada por quienes redactan o conciben la norma o, como ocurre en este caso, el anteproyecto normativo que se propone, y no por terceros. Esa incongruencia se pone de relieve en varios extremos de la referida exposición de motivos, como veremos más adelante.

Debo subrayar que el anteproyecto sobre el que verteremos comentarios, sólo ha respetado en el orden formal el encargo de proponer enmiendas al Código Civil, pues no me cabe duda de que cuando se plantea modificar, adicionar o derogar varios cientos de artículos de un cuerpo normativo de poco más de dos mil artículos, se está ante un planteamiento modificatorio muy voluminoso, en donde la línea divisoria entre la modificación y una nueva codificación, resulta muy tenue.

Además, debo recordar que no he compartido ni comparto la perspectiva de una modificación integral del Código Civil peruano.

Me he opuesto a ésta de manera firme e invariable desde hace más de treinta años, en que empecé a expresar en privado y luego en público, mi punto de vista sobre el particular.

Creo que las sucesivas comisiones que se han constituido, tanto con carácter informal como formal, en este último caso, desde el Ministerio de Justicia, no han respondido a una necesidad real de reforma del cuerpo normativo de 1984, sino, fundamentalmente, al interés —legítimo, por cierto, pero que no comparto en absoluto— de diversos profesores, de promover la constitución de estas comisiones, y determinadas convocatorias o nombramientos.

Creo —y lo he dicho en innumerables foros— que el Código Civil de 1984, no requiere de una reforma integral y de fondo; y, en todo caso, si la necesitara, ella no debería transitar por el camino por el cual ha discurrido cuanta comisión ha sido creada en las últimas tres décadas, sin exceptuar a aquélla que ha elaborado este anteproyecto.

Sobre el particular, remito al lector a cinco obras que resultan fundamentales para entender este proceso, todas ellas de mi autoría.

La primera titulada *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984* (dos tomos y anexo legislativo), publicada en junio de 1998.[2]

La segunda titulada *Ni urgente, ni necesario; más bien defectuoso*,[3] la misma que escribí con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, comentando un anteproyecto del año 2005.

La tercera titulada *Por qué no se debe reformar el Código Civil,*[4] escrita también con la colaboración de Verónica Rosas Berastain, comentando otro anteproyecto, en este caso, del año 2006; y las dos ediciones del libro *La teoría de los actos propios*, obra escrita en

---

[2] CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1998, tomos I y II y anexo legislativo.

[3] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. Lima: Palestra Editores, 2005.

[4] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Lima-Navarra: Palestra Editores y Cátedra Garrigues Universidad de Navarra, 2006.

coautoría con Rita Sabroso Minaya, y publicada en el año 2006 (primera edición)[5] y en el año 2017 (segunda edición).[6]

Además, remito al lector a innumerables artículos escritos sobre la materia, y a diversas conferencias —que se pueden consultar en Internet—, que he pronunciado sobre el particular.

Tanto he escrito y hablado sobre este tema, que, en cierta forma, me resulta tedioso volver a tratar sobre él, pero entiendo que los afanes de reforma serán infinitos y, más allá de sus protagonistas, la idea central de todos ellos puede resumirse en la vocación de tratar de que el Código Civil se constituya en algo así como un libro de derecho que debería completarse con aquellas doctrinas que no recoge o aquellos conceptos sobre los que no trata.

Si bien creo que los códigos deben enseñar, de ninguna manera creo que los códigos civiles deban tener vocación de manuales de derecho.

Los códigos son armazones o esqueletos jurídicos que permiten conocer normas cuyo contenido debe ser lo más sintético y concreto posible, dado que el desarrollo ulterior, deberá ser proporcionado por la doctrina que lo comente y por la jurisprudencia que lo aplique.

El Código Civil no puede tornarse en un ensayo jurídico ni en un libro, pues dejaría de ser un Código para transformarse en otra cosa; y este anteproyecto no escapa de la línea que siguieron sus predecesores, en el sentido de tratar de regularlo todo, incluso aquello que resulta innecesario regular.

Por lo demás, en todos estos años de vigencia del código nacional, no se ha apreciado un verdadero movimiento jurídico a favor de la reforma de este cuerpo normativo; y si se ha tratado acerca del tema, ello ha sido siempre proponiendo la modificación de preceptos puntuales en el Código, el que ha venido siendo el método seguido en el Perú para modificar el Código de 1984, excepciones hechas, diría yo, por cuatro casos concretos: por la primera Ley de Arbitraje de 1992, que derogó el título relativo a la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral; el Código Procesal Civil de 1993, que modificó una serie de preceptos de contenido procesal del Código Civil, además de normas puntuales, como fue el caso de la resolución contractual, y todos los artículos relativos al pago por consignación; la primera Ley de la garantía mobiliaria del año 2006, que derogó casi todas las normas relativas a la prenda; y la Ley que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad del año 2018 (en adelante, Ley de las personas con discapacidad o expresiones similares), que modificó una serie de preceptos de la capacidad de las personas (norma legal cuya existencia —por lo demás— ha ignorado el grupo de trabajo).

Creo, en síntesis, que los procesos de elaboración de proyectos de reforma al Código Civil, han respondido y responden, fundamentalmente, a las irrefrenables tentaciones académicas de varios de mis colegas catedráticos de las facultades de derecho,

---

[5] CASTILLO FREYRE Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La teoría de los actos propios*. Lima: Palestra Editores, 2006.
[6] CASTILLO FREYRE Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La teoría de los actos propios. Doctrina y Jurisprudencia*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

que tienen la vocación de ver convertidas en artículos del código, sus más preciadas doctrinas; pero es obvio que el código no puede terminar siendo un anexo, resumen o continuación del cuaderno de los alumnos de un profesor.

Ésa no es la finalidad de un cuerpo normativo de la importancia de un código civil.

Debo decir también que la reforma de un código civil, debería encontrarse estructurada bajo parámetros teóricos o conceptuales que merecen estar expresados en la presentación del proyecto o en algunas consideraciones generales de la exposición de motivos de aquello que se propone modificar.

Lo que estamos diciendo es que una propuesta de esta envergadura debería tener una explicación concreta, además de racional, acerca de cuáles son los objetivos, parámetros y doctrinas generales que la inspiran; y eso no se aprecia del anteproyecto del 2019, el mismo que pareciera tener un objetivo aislado por cada norma que se propone modificar.

2. ALGUNAS CUESTIONES FORMALES SOBRE EL ANTEPROYECTO

2.1. Su exposición de motivos

Se entiende que la exposición de motivos de un proyecto de cuerpo normativo consiste en que los autores del mismo expongan las razones que los llevan a proponer tales modificaciones legislativas.

La importancia de la exposición de motivos es muy alta, pues su lectura debe conducir al medio jurídico a entender por qué es importante reformar los cientos de artículos que el anteproyecto del 2019 propone para el Código Civil de 1984.

Ya hemos observado, como un tema de fondo, el que resulta una incoherencia que los autores de la exposición de motivos no coinciden con quienes han elaborado las normas propuestas. No vamos a volver sobre esto.

Pero lo que sí corresponde subrayar es que esta falta de concordancia determina que, en algunos casos, la exposición de motivos sólo sea una cuestión de orden formal, pues los textos de la misma se limitan a reproducir o a refrasear con otras palabras los artículos que se propone modificar del código, es decir, no se exponen las razones que llevan a tales propuestas. Hay libros completos en los cuales, incluso, no se expone razón alguna, lo que constituye una grave omisión del grupo de trabajo.

No obstante esta carencia, en el análisis que hemos hecho del proyecto, hemos tratado de ir más allá, tratando de entender las razones de las propuestas de modificación, naturalmente, hasta donde ello nos ha sido posible, ya que tampoco se trata de un juego de adivinanzas.

En algunos casos —y así lo dejamos sentado— la exposición de motivos de los artículos llega a comentar aspectos que no se proponen, como si en realidad se tratara de planteamientos modificatorios; además, claro está, de las enormes omisiones en que nada se dice sobre aquello que se está proponiendo.

2.2. Los textos del Código Civil

Como ya ha sido señalado, en muchos casos la comisión parte de analizar textos del

Código Civil que ya han sido modificados o derogados con varios meses de antelación al fin de las labores del grupo de trabajo.

Este tema no es aceptable en un trabajo de carácter oficial, más aún si se trata de una comisión designada por el propio Ministerio de Justicia, cuyos medios informáticos sobre la actualización de normas (SPIJ), están al alcance de todos.

En ese sentido, no es posible que los lectores tengamos que ver múltiples casos de artículos que se propone derogar y ya están derogados, o que se propone modificar sobre la base de normas ya modificadas y por conceptos ya superados en la legislación vigente.

2.3. La transcripción de los textos del Código Civil

Más allá de la necesidad de haber verificado los textos en vigencia, pensamos que la comisión debió haber tenido más cuidado en la transcripción de los textos del Código Civil que proponía, sobre cuya base venía trabajando, pues en muchos casos se ha cometido errores en dicha transcripción.

2.4. El texto de los artículos propuestos

Los lectores de nuestro libro podrán apreciar que cuando transcribimos los artículos propuestos por la comisión, señalamos en diversos extremos de los mismos, la expresión «(sic)», lo que denota que en el texto propuesto por la comisión, existen errores de diversa naturaleza, algunos de los cuales (no todos, lamentablemente) hemos podido detectar.

Casos en que colocamos una palabra que no corresponde; otros supuestos en los cuales la palabra se escribe equivocadamente; otros en los cuales, o se ha omitido el uso de signos de puntuación necesarios o se ha abusado del uso de los mismos; además de otros casos en los cuales hay minúsculas cuando debe haber mayúsculas (y viceversa); o, simplemente, se trata de expresiones que no se entienden adecuadamente, porque, tal vez, o se encuentran mal redactadas o les falta alguna palabra.

En este sentido, debemos resaltar algunos casos en los cuales a los artículos propuestos no se les ha colocado un punto final. Así también, hay otros casos en los cuales las sumillas incluidas dentro de los artículos planteados, tienen punto final y otros no lo tienen.

Consideramos que el trabajo de una comisión de reforma legislativa de tanta importancia como la de un Código Civil, debe cuidar en extremo estos aspectos de su trabajo, pues está proponiendo que tales normas, las que, independientemente de su contenido, tienen factura formal defectuosa, puedan ser aprobadas legislativamente.

2.5. El orden de los artículos

Debemos advertir a nuestros lectores que los comentarios al anteproyecto del 2019, los estamos haciendo respetando el orden seguido por la comisión, el mismo que, si bien es mayoritariamente correlativo, en no pocos casos deja de serlo, en tanto que la numeración retrocede o avanza de manera notoria.

En estos casos, el lector debe saber que no se trata de errores nuestros, sino de la comisión.

2.6. Los pronombres demostrativos y adverbios

Como sabemos, desde hace varios años existió la recomendación, transformada luego en disposición de la Real Academia Española, de quitar la tilde a todos los pronombres demostrativos (éste, ésta, éstos, aquél, etc.) y al adverbio «sólo».

Ya es de uso generalizado el empleo de los pronombres demostrativos y del referido adverbio sin tilde.

En lo personal, me resisto a dejar de tildar estas palabras, en los casos en los que correspondía hacerlo de manera obligatoria, pues estimo que se trata de un uso más elegante y claro del lenguaje.

No obstante, estoy en absoluta minoría y a la vez contraviniendo las disposiciones de la Real Academia Española, es evidente que respeto —aunque no comparto— el uso oficial y mayoritario del tema en la actualidad.

Pero lo que no resulta admisible es el uso híbrido de las tildes en los pronombres demostrativos y en el adverbio «solo». Vale decir, el seguirlos tildando en algunos casos en que correspondía hacerlo y no tildarlos en otros casos en que también correspondía hacerlo de acuerdo a la regla anterior de la Academia.

Digo esto, pues existen múltiples artículos del anteproyecto, en los cuales la comisión tilda y también deja de tildar los referidos pronombres demostrativos y adverbio, contradiciendo la citada regla anterior de la lengua española.

En otras palabras, o la comisión se acogía a la regla recomendada actualmente por la Real Academia o no se acogía a ella, pero no podía hacer un uso híbrido de la tilde en los pronombres demostrativos y adverbio (este, esta, estos, aquel, solo, etc.).

Y esto es lo que, lamentablemente, ha ocurrido, no sólo en los artículos propuestos, sino en las exposiciones de motivos de los mismos.

2.7. ¿Artículos seguidos o paralelos?

La comisión ha procedido a desarrollar su trabajo, colocando en primer lugar, el texto del artículo en vigencia del Código Civil, pero siempre ha consignado sumillas para estos artículos, olvidando que la inmensa mayoría de artículos del Código, no han sufrido modificaciones y, cuando las sufrieron, algunos no fueron modificados introduciéndoles una sumilla, en tanto otros sí.

En ese sentido, creo que la comisión debió respetar esta situación, que responde a la estricta verdad legislativa.

Nosotros hemos desarrollado este análisis ubicando los textos de los artículos en paralelo.

En la columna de la izquierda, el lector apreciará el artículo en vigencia, tomado del SPIJ, actualizado al miércoles 25 de diciembre de 2019, en tanto que en la columna de la derecha hemos transcrito fidedignamente la propuesta de modificatoria elaborada por la comisión.

Los textos del SPIJ, sin embargo, en algunos casos (muy pocos) contienen errores, y cuando los hemos podido advertir, los hemos corregido. Pido disculpas a los lectores si es que se me hubiese pasado algunos y también por algún otro error en que pueda haber incurrido en esta obra, a pesar de haber buscado que la edición sea lo más

cuidada posible, precisamente, en respeto de los lectores.

Creo, por otra parte, que el colocar los artículos (actual y propuesto) en paralelo, ayuda a comparar de mejor manera las variaciones que son objeto de la propuesta de la comisión.

2.8. Libros, secciones, títulos, capítulos, subcapítulos

La comisión, en el anteproyecto publicado, ha procedido a indicar las divisiones del Código Civil por libros, indicando en algunos casos, fragmentaciones menores, en tanto se consideraban que ellas eran relevantes. Esto nos parece bien.

En lo personal, nos hemos permitido incluir todas las subdivisiones del Código Civil para evitar confusiones.

3. CONCLUSIÓN

Luego de analizar minuciosamente el anteproyecto del 2019, debo decir que estoy mayoritariamente en contra de las propuestas que se formulan, por considerar que la mayoría de ellas son innecesarias o fruto de tentaciones académicas que debieron ser vencidas por sus autores.

No obstante, existe un grupo minoritario de normas propuestas con cuyo sentido coincido y así lo expreso oportunamente; al igual que otras en donde no hay mucho que decir, pues ellas responden a adecuaciones normativas con respecto a otras leyes, que imponían la actualización formal de algunos preceptos del Código Civil.

Por lo demás, creo que se trata de un anteproyecto de reforma prescindible y que, de manera alguna, responde a una imperiosa necesidad del medio jurídico nacional.

Tal como lo vengo haciendo en privado desde los años ochenta y en público desde los noventa, en conferencias, artículos y libros, no podría en esta ocasión, como civilista, guardar silencio sobre un proyecto que plantea modificar cientos de artículos del Código Civil.

En estos temas, el intercambio de ideas; es decir, el debate, resulta indispensable.

Lima, diciembre del 2019

4. MIS OPINIONES PUNTUALES SOBRE EL ANTEPROYECTO DEL 2019

Título preliminar

Artículo II

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo II.- La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.	Artículo II.- Buena fe Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe.

El actual artículo II del Código Civil constituye ya una norma modificada, pues la misma entró en vigencia por el Código Procesal Civil de 1993.

El texto original era muy simple y decía que: «la ley no ampara el abuso del derecho».

La norma del año 1993 agregó de manera absolutamente inútil el que: «la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de los derechos», lo que en el fondo dice exactamente lo mismo que el artículo de 1984.

Adicionalmente, agregó lo relativo a la posibilidad de solicitar medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.

Esta norma hoy se plantea que sea sustituida por un artículo que se refiera exclusivamente a la buena fe, en tanto que lo relativo al abuso del derecho, pasaría a constituir el artículo II-A, razón por la cual abordaré este tema posteriormente.

El artículo propuesto señala que: «los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe», propuesta que es seguida de una exposición de motivos en la que se señala que el grupo de trabajo pretende con esta norma el que se interprete que la invocación de la buena fe por los ciudadanos a favor de una correcta y limpia aplicación del derecho, tenga un respaldo normativo expreso.

Esta propuesta no es nueva, pues ya se planteó en ocasiones anteriores el regular la buena fe en el Título Preliminar. Así también, me correspondió criticar en su momento tal iniciativa.

En ese sentido, no deja de llamarme la atención el hecho de que se insista en regular de manera expresa el principio de la buena fe en el Título Preliminar.

No digo esto por el hecho de que no crea que la buena fe debe inspirar el derecho en general, y el cumplimiento de los deberes jurídicos y obligaciones. Lo que ocurre es que nunca he leído algún artículo o libro de derecho que parta del entendido contrario, vale decir, de considerar que la mala fe pueda guiar, bajo el amparo del derecho, las conductas de las personas.

Dentro de tal orden de ideas, siendo obvia la solución, carece de la menor importancia el regularla normativamente, pues se trata de un tema que nadie discute.

Hasta hoy no he visto escrito alguno de un litigante en el que señale al juez o al árbitro que debe amparar sus posiciones o tesis, ya que ha seguido una conducta de mala fe.

Ello resultaría verdaderamente exótico.

En ese sentido, la propuesta del nuevo artículo II, no es otra cosa que una tentación académica inútil.

Artículo II-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo II-A.- Abuso del derecho 1. La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de derechos. 2. Frente a la amenaza o materialización de un acto abusivo, el afectado podrá reclamar la indemnización del daño ocasionado, la inhibición, cese o remoción de la conducta, la nulidad o la ineficacia del acto. Es posible ejercer simultáneamente los remedios previstos en este

	numeral, según corresponda.

Luego, tenemos el artículo II-A, referido al abuso del derecho, el mismo que subdivide, en dos incisos, los temas abordados por el actual artículo II.

En el primero, se limita a decir que la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de derechos; y, en el segundo, precisa los derechos indemnizatorios, de inhibición, cese o remoción de la conducta, además de la nulidad o ineficacia del acto.

En verdad, ya con la ampliada redacción del actual artículo II, creo que resultaba suficiente, pero así no lo ha considerado el grupo de trabajo, pues se ha estimado necesario puntualizar una serie de derechos que corresponden al afectado, quien gozaría de ellos, no sólo por el inciso 2 del propuesto artículo II-A, sino por la normativa general, tanto civil (donde se regula la indemnización, la nulidad y la ineficacia), como procesal (donde se regula las pretensiones relativas al cese o remoción de la conducta ilícita).

Por último, es evidente también en el último extremo propuesto del inciso 2 del artículo II-A, que los remedios ahí señalados pueden ejercerse de manera simultánea. No había necesidad de decirlo.

Artículo II-B

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo II-B.- Fraude a la ley Se incurre en fraude a la ley cuando se celebra un acto que pretende eludir la aplicación de una norma imperativa amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir.

Siguiendo la línea de pretender incluir conceptos o definiciones en el Código, el anteproyecto plantea integrar a este cuerpo normativo el artículo II-B, donde se define al fraude a la ley y se le sanciona con nulidad.

Sobre el particular, hay que decir, en primer término, que no resulta indispensable la regulación del fraude a la ley, tal como lo dijimos al comentar algún otro proyecto de reforma del Código Civil.

Ello, en tanto el acto que se celebre con fraude a la ley, será evidentemente nulo por lo dispuesto en el actual artículo 219 del Código, dado que tiene fin ilícito (inciso 4).

Por lo demás, no entendemos por qué la norma establece que el acto celebrado con fraude a la ley es nulo, «salvo disposición legal distinta». Decimos esto, habida cuenta de que no imaginamos un caso en el cual se pueda amparar a través de una norma legal expresa, un caso de fraude a la ley. Ello sería aberrante.

Libro I

Derechos de las personas

Sección primera

Personas naturales

Título II

Derechos de la persona

Artículo 1-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 1-A.- Tutela del embrión. Manipulación genética 1. Los embriones, sus células, tejidos u órganos no podrán ser cedidos, manipulados o destruidos. Está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones muertos. 2. La fecundación de óvulos humanos puede efectuarse solo para la procreación. 3. Está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos.

El inciso 1 del artículo 1-A, propuesto por el anteproyecto prohíbe la cesión, manipulación o destrucción de embriones, sus células, tejidos u órganos, ampliando la protección del embrión. Esta disposición nos parecería, en principio, correcta, en la medida de que amplía la protección de la vida, pero ella presenta algunas dificultades teóricas y prácticas.

El inciso 1 contiene un grave error, ya que su segunda parte ha sido muy mal redactada, cuando dice: «está permitida la disposición para trasplantes de órganos y de tejidos de embriones muertos».

Es obvio que lo que ha querido decir este párrafo —pero no lo ha dicho—, es que está permitida la disposición de células, tejidos u órganos de embriones muertos, con el objeto de realizar trasplantes de órganos y tejidos (en personas vivas, obviamente).

Entonces, lo que dice el proyecto de norma constituye un absurdo.

El inciso 2 señala que la fecundación de óvulos humanos puede efectuarse sólo para la procreación. En realidad, creo que el anteproyecto está cerrando inútilmente la posibilidad de que la fecundación se efectúe con algún fin complementario a la procreación, como es el caso en el cual —por seguridad— se fecundan varios óvulos para un proceso de fecundación *in vitro*, siendo implantado en la madre sólo uno de los óvulos fecundados. En este caso, hasta resultará natural que los otros, o se conserven indefinidamente, o no se empleen para la fecundación. Y, ojo con lo que dice el inciso 1, pues llegará el momento en que deban ser destruidos.

En lo que respecta a la propuesta de inciso 3, en el sentido de que «está permitida la manipulación genética exclusivamente para fines terapéuticos», coincidimos con el sentido de la norma propuesta.

Artículo 4

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 4.- El varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos	Artículo 4.- Igualdad de derechos Todas las personas naturales tienen los mismos

civiles.	derechos.

El texto del actual artículo 4 es muy claro cuando señala que el varón y la mujer tienen igual capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles.

Es evidente que nadie puede colegir de la norma citada, que alguien esté siendo marginado de sus derechos.

En ese sentido, nos parece bizantina la exposición de motivos de esta norma, pues el actual artículo 4, no está circunscribiendo la igualdad al sexo, pues la extiende a todos los derechos civiles.

O no se ha leído bien el actual artículo 4, o se le quiere modificar basándose en razones no explicitadas.

Artículo 5

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 5.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6.	Artículo 5.- Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales. El derecho a la vida, a la integridad, a la libertad, a la identidad, a la intimidad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en este Código.

El texto actual del artículo 5 es bastante amplio, en el sentido de que los derechos de la persona humana, como la vida, la integridad física, la libertad, el honor y demás que le son inherentes, son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión.

La norma que se propone como modificatoria, agrega los derechos de identidad e intimidad, como si tales derechos estuviesen excluidos del amplio espectro del artículo 5, cuando hace referencia a «demás inherentes a la persona humana».

En ese sentido, el artículo 5 propuesto resulta inútil porque no legisla nada nuevo. Por lo demás, no conozco a alguien que se le haya ocurrido que el derecho a la identidad, sea renunciable.

Sin embargo, el derecho a la intimidad sí es renunciable y por contrato. El ejemplo más claro lo tenemos en aquellos programas de televisión, en los que al estilo de «El gran hermano», los participantes renuncian a su derecho a la intimidad durante un lapso determinado de tiempo, permitiendo que todos sus actos cotidianos —incluso los más íntimos— sean filmados y transmitidos en vivo por televisión.

A diferencia de lo que ocurre con la vida, la integridad física, la libertad, el honor y la identidad, la intimidad sí puede ser y es objeto de renuncia, aunque sea parcial, por contrato; y a nadie se le ha ocurrido en el Perú, considerar que tales contratos son nulos.

Artículo 17

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 17.- La violación de cualquiera de los derechos de la persona a que se refiere este título,	Artículo 17.- Tutela inhibitoria de los derechos de la persona

confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos. La responsabilidad es solidaria.	1. La amenaza o vulneración de derechos inherentes a la persona confiere al agraviado o a quien tenga legítimo interés el derecho a solicitar que se evite o cese la actividad generadora del daño. Queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado. 2. Lo establecido en este artículo es aplicable a los demás sujetos de derecho.

El actual artículo 17 establece que el agraviado por la violación de cualquiera de los derechos de la persona o sus herederos, tienen acción para exigir la cesación de los actos lesivos.

La norma que propone el grupo de trabajo incluye no sólo la vulneración, sino la amenaza de los derechos.

Esta inclusión no nos parece definitiva, en la medida de que el texto actual no la excluye, y es evidente que ante una amenaza de violación, cabe intentar obtener la protección judicial del derecho amenazado. A nadie se le ocurriría lo contrario.

El agregado que se propone en el inciso 1, en el sentido de que «queda a salvo la pretensión de indemnización por el daño causado», resulta inútil, dada la regulación contenida en los artículos 1969 y siguientes.

Por otra parte, se propone agregar un inciso 2, en donde se señala que lo establecido en este artículo es aplicable a los demás sujetos de derecho; agregado también inútil, en la medida de que la interpretación de esta norma por analogía, siempre resultó válida.

Además, se ha sustituido la expresión relativa a los herederos del agraviado, por «la persona que tenga legítimo interés», extremo con el cual no estamos de acuerdo, pues lo lógico hubiera sido mantener a los herederos, para los casos en los cuales el titular de los derechos ya hubiere fallecido, y agregar que cualquier persona podrá solicitar dicha tutela inhibitoria, en favor de una persona viva, cuyos derechos estén siendo violados o amenazados. Esto, pues no debe ser necesario el tener legítimo interés para proceder en ese sentido, sino, simplemente, el querer beneficiar a alguien cuyos derechos están siendo violados o amenazados. En buena cuenta, cualquier ser humano lo podría hacer en favor de otro, por un tema de solidaridad.

Título III

Nombre

Artículo 20

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 20.- Apellidos del hijo Al hijo le corresponde el primer apellido del padre y el primero de la madre.	Artículo 20.- Apellidos del hijo matrimonial 1. Al hijo le corresponde, en ese orden, el primer apellido del padre y el primero de la madre, salvo acuerdo en contrario en cuanto al orden. 2. Todos los hijos de una misma pareja deben llevar los apellidos del primogénito.

El actual artículo 20 dispone que al hijo le corresponde el primer apellido del

padre y el primero de la madre.

La norma propuesta admite el pacto en contrario en cuanto al orden (inciso 1).

Esta propuesta carece de objeto. El régimen en vigencia no ofrece dificultad alguna, sobre todo, en lo relativo a la fácil identificación de las personas y a la adecuada identificación de los miembros de una familia.

Éste es un típico caso en el que no existiendo problema práctico alguno, el anteproyecto introduce un ámbito de discusión inútil.

Es claro que esta norma toma modelos de algunos países en donde esto es tradición y costumbre, pero no lo es en el Perú.

La propuesta de modificación del artículo 20 también pasa por incluir un inciso 2, en el que se señala que todos los hijos de una misma pareja, deben llevar los apellidos del primogénito. Se cree que con esta norma se evitarán confusiones; pero, bastará preguntarle a los abuelos, a los tíos o a los primos, si ello será así, luego de que en cada núcleo familiar se pueda escoger el orden de los apellidos.

Artículo 21

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 21.- Inscripción del nacimiento Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación. Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento. Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos.	Artículo 21.- Apellido del hijo extramatrimonial Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá colocarle a su hijo como apellido paterno o materno el que desee, agregado al suyo.

La norma actual sobre la inscripción de hijos extramatrimoniales es muy clara y, en verdad, no requiere modificación alguna.

En cambio, el proyecto, siguiendo la línea del ya criticado artículo 20 propuesto, señala el siguiente absurdo: «cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá colocarle a su hijo como apellido paterno o materno el que desee agregado al suyo».

Decimos que es un absurdo, porque, en primer lugar, si es el padre el que hace la inscripción de manera separada, sólo podrá agregar el apellido de la madre (no el del padre, obviamente).

Y, si es la madre quien hace la inscripción de manera separada, sólo podrá agregar el apellido del padre (no el de la madre, obviamente).

Lo que ha querido decir la pésima redacción del artículo 21 del anteproyecto, es

que se podrá agregar el apellido del progenitor que no asiste al Registro Civil a reconocer al niño, en primer o segundo lugar; es decir, antes o después del apellido de aquél que inscribe al menor. Se ha querido decir esto, pero de ninguna manera se ha dicho.

Por lo demás, el artículo 21 contiene el mismo vicio de confusión por el que rechazamos el artículo 20 del anteproyecto.

Artículo 22

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 22.- El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes. El hijo de uno de los cónyuges o concubinos puede ser adoptado por el otro. En tal caso, lleva como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso.	Artículo 22.- Apellido del adoptado 1. El adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes, salvo decisión o acuerdo en contrario, respectivamente, en cuanto al orden. 2. El hijo de uno de los cónyuges o convivientes puede ser adoptado por el otro. En tal caso, lleva como primer apellido el del padre adoptante y como segundo el de la madre biológica o, el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, salvo acuerdo distinto en cuanto al orden.

El actual artículo 22 señala que el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes. Además, regula el supuesto específico en el que se adopte al hijo de uno de los cónyuges o concubinos, por parte del otro, caso en el cual, lleva como primer apellido el del padre adoptante y, como segundo, el de la madre biológica, o el primer apellido del padre biológico y el primer apellido de la madre adoptante, según sea el caso.

El proyecto propone lo mismo en cuanto a la adopción fuera del matrimonio o concubinato, pero con el orden que escojan los adoptantes en materia de apellidos.

Y en lo que respecta a la adopción por parte de uno de los cónyuges o concubinos (el proyecto los denomina convivientes, como si no fueran lo mismo), se establece también la posibilidad de optar el orden de los apellidos.

Demasiada e inútil confusión. Esta norma debería ser rechazada, en base a lo expresado por nosotros sobre la propuesta de modificación de los artículos 20 y 21.

Título IV

Domicilio

Artículo 40

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 40.- Oposición al cambio de domicilio El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar. El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio. La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable.	Artículo 40.-Eficacia del cambio de domicilio El cambio de domicilio produce efectos solo si ha sido puesto en conocimiento de los interesados mediante comunicación indubitable.

He comentado los alcances del artículo 40 del Código Civil, habiendo criticado algunos extremos del mismo,[7] pero en lo que estaba de acuerdo era en la necesidad de que cuando un deudor cambiara de domicilio, estuviere obligado a comunicar dicho cambio al acreedor, ya sea en un plazo máximo de treinta días o uno distinto.

Y digo plazo máximo, en la medida de que entre el cambio de domicilio y el momento en que se deba ejecutar la prestación, podría mediar un lapso menor a treinta días, con lo cual queda claro que no habrá treinta días para comunicar dicho cambio, sino el plazo justo hasta antes del momento en que se tenga que ejecutar la obligación.

No obstante, el anteproyecto varía totalmente el artículo 40 y sólo establece que: «el cambio de domicilio produce efectos solo si ha sido puesto en conocimiento de los interesados mediante comunicación indubitable», texto que, de manera alguna, regula ni soluciona el problema de la obligatoriedad del deudor de comunicar al acreedor el cambio de domicilio.

Título V

Capacidad e incapacidad de ejercicio

Artículo 43

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 43.- Son absolutamente incapaces: 1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. 2.- Derogado. 3.- Derogado.	Artículo 43.- Capacidad de ejercicio restringida Tienen capacidad de ejercicio restringida: 1. Las personas menores de dieciocho años, salvo aquellos actos (sic) determinados por ley. 2. Las personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privados (sic) de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable y que hayan sido sometidos (sic) judicialmente bajo este régimen.

Como he manifestado en otra oportunidad, considero que la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, contiene —sin duda, con la mejor de las intenciones— determinados eufemismos, y hasta expresiones que pueden resultar ajenas

[7] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, vol. II, pp. 1011-1015; y en todos los semestres académicos en que dicto el curso de derecho de obligaciones.

a la realidad.

En ese sentido, se considera que en los hechos no hay personas absolutamente incapaces, cuando, en verdad, lamentablemente, sí las hay, y el derecho siempre ha regulado este tema para protegerlas, y no en sentido inverso.

Dentro de tal orden de ideas, el artículo 43, en su versión original de 1984, cuando trataba acerca de las personas absolutamente incapaces, marcaba de manera ordenada cuál era la pauta que el derecho debía seguir en razón de la seguridad jurídica para las relaciones con estas personas.

El 4 de septiembre de 2018, el Decreto Legislativo n.° 1384 derogó el inciso 2, dejando en el aire el tema de los mayores de edad privados de discernimiento.

Sin embargo, a pesar de que esta última versión del anteproyecto ha sido publicada en el mes de agosto de 2019 y, tal como aparece en la portada del documento del anteproyecto, los trabajos de la comisión se han desarrollado desde octubre del 2016 hasta marzo del 2019, la comisión ha ignorado por completo esta modificación y parte expresamente del texto original de 1984, que ya estaba largamente derogado a marzo del 2019.

Ahora, el artículo 43 propuesto en el anteproyecto, considera que estas personas tienen «capacidad de ejercicio restringida»; y que son los menores de dieciocho años (ya no de dieciséis), salvo, para aquellos actos determinados por ley; y los privados de discernimiento, que ahora se denominan «personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privados (*sic*, debería decir «privadas») de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable y que hayan sido sometidos (sic, debería decir «sometidas») judicialmente bajo este régimen».

¿Y cuál es la solución con respecto a las personas con capacidad de ejercicio restringida (antes, absolutamente incapaces)?

Pues, la exposición de motivos no lo dice. Y no lo podría decir, pues la solución tendría que ser exactamente la misma que con el artículo de 1984, es decir, que ellas deban ser representadas por otro. En el caso de los menores de edad, por sus padres, tutores (o quienes hagan sus veces); y, en el caso de los mayores de edad, por sus curadores o como quiera llamárseles.

Al haber suprimido las tradicionales figuras de amparo familiar y ser sustituidas por los «representantes legales» o «asistentes», no queda claro cuál aplicar a cada caso. Entiendo que a los del artículo 43, deberían corresponder «representantes» (pues deben declarar una voluntad que no pueden expresar jurídicamente tales sujetos). Pero eso no queda claro ni de la ley en vigencia, ni de la propuesta de reforma.

En buena cuenta, el artículo 43 que propone la comisión, no aporta algo sustantivo al tema de la representación de aquellos que padezcan —en los hechos— de una incapacidad absoluta.

Artículo 44

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 44.- Capacidad de ejercicio restringida	Artículo 44.- Régimen de asistencia
Tienen capacidad de ejercicio restringida: 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad. 2.- Derogado. 3.- Derogado. 4.- Los pródigos. 5.- Los que incurren en mala gestión. 6.- Los ebrios habituales. 7.- Los toxicómanos. 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil. 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad.	Corresponderá un régimen de asistencia para: 1. Las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidos (sic) en el numeral 2 del artículo 43. 2. Las personas que por efecto de una disminución física, psíquica, sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, se encuentran en la imposibilidad, incluso temporal, de cuidar de sí mismas o de su patrimonio. 3. Los condenados con pena que incluye la inhabilitación.

El actual artículo 44 establece una relación de personas que tienen capacidad de ejercicio restringida, es decir, los que en el texto original de 1984 eran incapaces relativos. Tales personas estaban sujetas, ya sea al régimen de la patria potestad, la tutela o la curatela.

El grupo de trabajo parte del texto del Código de 1984, cuando a marzo del 2019 ya estaban vigentes una serie de modificaciones y derogaciones del referido artículo.[8]

Esto llama poderosamente la atención, tratándose de una comisión de reforma del Código Civil.

Por otra parte, se sigue a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, pero se propone un artículo 44 bastante confuso, en el cual se señala que corresponderá un régimen de asistencia para tres supuestos distintos.

El primero, las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidas en el propuesto numeral 2 del artículo 43, es decir, las personas mayores de dieciocho años que por cualquier causa y habitualmente estén privadas de discernimiento, o no puedan expresar su voluntad de manera indubitable, y que hayan sido sometidas judicialmente bajo este régimen.

No me cabe duda de que una persona que carezca de facultad de discernimiento, requerirá no un régimen de asistencia (pues, por definición, no podrá nombrar a quienes desee que la asistan), sino un régimen de representación, habida cuenta de que no necesitará de alguien que le ayude a manifestar su voluntad, pues carece de discernimiento, lo que significa que aquí no es aplicable régimen alguno de ayudas, sino de representación, aunque se le llame con un nombre distinto al de curatela.

En segundo lugar, el artículo 44 propuesto por el anteproyecto, establece un régimen de asistencia para las personas que, por efecto de una disminución física,

[8] A pesar de que esta última versión del anteproyecto ha sido publicada en el mes de agosto de 2019 y, tal como aparece en la portada del documento del anteproyecto, los trabajos de la comisión se han desarrollado desde octubre del 2016 hasta marzo del 2019.

sensorial o de comportamiento que, sin afectar el discernimiento, se encuentran en la imposibilidad, incluso temporal, de cuidar de sí mismas o de su patrimonio.

Por lo demás, los supuestos del inciso 2 del artículo 44 propuesto, son sumamente vagos, resultando muchísimo más claros aquéllos establecidos por el artículo 44 en vigencia; a saber, los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales, los toxicómanos, las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad; y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil, supuesto, este último, que el artículo 44 del anteproyecto separa inútilmente en un inciso 3, con la expresión: «los condenados con pena que incluye la inhabilitación».

Artículo 45

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 45.- Ajustes razonables y apoyo Toda persona con discapacidad que requiera ajustes razonables o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica puede solicitarlos o designarlos de acuerdo a su libre elección.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Otra vez, la comisión parte de analizar un texto ya modificado del Código Civil.[9] La Comisión pretende que se derogue el artículo 45 del Código civil en su texto de 1984, pero esta norma fue modificada el 4 de septiembre de 2018, habiéndose adicionado, incluso, los artículos 45-A y 45-B, relativos a los representantes legales y a la designación de apoyos y salvaguardas por parte de las personas con capacidad de ejercicio restringida. Estos preceptos (45-A y 45-B) son conceptualmente defectuosos, pues invierten las seguridades en cuanto a la representación (apoyos, para los que antes se conocían como incapaces absolutos y representación, para quienes en la nomenclatura de 1984 eran incapaces relativos).

Así, la Comisión debía proponer su corrección y no la del texto del artículo 45, ya modificado, el mismo que se propone derogar, dejando el tema sin regulación.

Un absurdo, sin lugar a dudas.

Artículo 46

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 46.- Capacidad adquirida por matrimonio o título oficial La incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este.	Artículo 46.- Formas especiales de adquirir la capacidad 1. El régimen de capacidad de ejercicio restringida de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. 2. La capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de éste.

[9] A pesar de que esta última versión del anteproyecto ha sido publicada en el mes de agosto de 2019 y, tal como aparece en la portada del documento del anteproyecto, los trabajos de la comisión se han desarrollado desde octubre del 2016 hasta marzo del 2019.

Tratándose de mayores de catorce (14) años cesa la incapacidad a partir del nacimiento del hijo o la hija, para realizar solamente los siguientes actos: 1. Inscribir el nacimiento y reconocer a sus hijos e hijas. 2. Demandar por gastos de embarazo y parto. 3. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, alimentos y régimen de visitas a favor de sus hijos e hijas. 4. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos e hijas. 5. Celebrar conciliaciones extrajudiciales a favor de sus hijos e hijas. 6. Solicitar su inscripción en el Registro Único de Identificación de Personas Naturales, tramitar la expedición y obtener su Documento Nacional de Identidad. 7. Impugnar judicialmente la paternidad.	3. A partir de la concepción del hijo de mayores de catorce años, el régimen de capacidad de ejercicio restringida, del padre o la madre, comprende la realización de los siguientes actos: a) Reconocer a sus hijos. b) Demandar por gastos de embarazo y parto. c) Demandar y ser parte en los procesos de tenencia, régimen de visitas y alimentos a favor de sus hijos. d) Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

Aquí también se equivoca la Comisión, pues no analiza el texto vigente del artículo 46 del Código Civil, sino una versión de la norma que no incluye todas sus modificaciones. Ello conduce a que se proponga un régimen legal que incluso restringe los derechos de quienes adquieren la capacidad por matrimonio o título oficial.

Sin duda, este hecho no sólo descalifica la propuesta de modificación normativa, sino que la hace evidentemente obsoleta.

Título VII

Fin de la persona

Capítulo segundo

Declaración de muerte presunta

Artículo 63

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 63.- Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos: 1.- Cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad. 2.- Cuando hayan transcurrido dos años, si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso. 3.- Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.	Artículo 63.- Procedencia de declaración judicial de muerte presunta Procede la declaración de muerte presunta, sin que sea indispensable la de ausencia, a solicitud de cualquier interesado o del Ministerio Público en los siguientes casos: 1. Cuando hayan transcurrido cinco años desde las últimas noticias del desaparecido o tres si éste tuviere más de ochenta años de edad. 2. Cuando haya transcurrido un año si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte. El plazo corre a partir de la cesación del evento peligroso. 3. Cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.

El artículo 63 en actual vigencia establece los casos en que procede la declaración judicial de muerte presunta, señalando, en el inciso 1, cuando hayan transcurrido diez años desde las últimas noticias del desaparecido, o cinco si éste tuviere más de ochenta años de edad.

Estos plazos son reducidos por el inciso 1 del anteproyecto, a cinco y tres años, respectivamente.

Me parece positivo el que se haya reducido los plazos. Sin embargo, nosotros los hubiéramos reducido a tres y a uno y medio años, respectivamente. Siempre hemos creído que los plazos establecidos en el artículo 63 son muy largos, y estimamos también que los que se propone en el inciso 1, lo siguen siendo.

En el inciso 2 del artículo 63, en vigencia, se contempla el supuesto de cuando hayan transcurrido dos años, si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, corriendo el plazo desde el cese del evento peligroso.

La comisión rebaja este plazo a un año, el mismo que sigue siendo excesivo, dadas —precisamente— las circunstancias constitutivas de peligro de muerte, en que se produjo la desaparición de la persona. Yo lo hubiese reducido a seis meses.

El inciso 3, es decir, cuando exista certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido, se mantiene idéntico en el anteproyecto.

Sección Segunda

Personas jurídicas/Personas Jurídicas no lucrativas

Título I

Disposiciones generales

Artículo 76

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 76.- La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica, se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas. La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación.	Artículo 76.- Normas que rigen la persona jurídica. Noción de persona jurídica no lucrativa 1. La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica no lucrativa, se determinan por las disposiciones del presente código o de las leyes respectivas. La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación. 2. La persona jurídica no lucrativa es aquella a la cual le está legalmente prohibida la distribución directa o indirecta a sus integrantes, de utilidades o excedentes, los que deben aplicarse exclusivamente a la realización de su objeto. Sus integrantes no tienen derecho al valor neto resultante de la liquidación en caso de disolución de la persona jurídica. 3. Los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas en cuanto le sean aplicables.

La Sección Segunda hoy se refiere a las «Personas Jurídicas». El anteproyecto

propone que esta Sección se denomine «Personas Jurídicas no lucrativas».

El artículo 76 constituye en la actualidad una norma supletoria, respecto a las reglas de las personas jurídicas reguladas en leyes especiales.

En ese sentido, si se adiciona a la persona jurídica el término «no lucrativa», se estaría quitando al precepto esta característica.

Además, es obvio que el Código Civil, dado el contenido de las personas jurídicas sobre las que trata, se está refiriendo a aquéllas que tienen carácter no lucrativo, razón por la cual estimamos innecesario el agregado que se propone realizar en el inciso 1 de la propuesta de artículo 76.

El inciso 2 establece que la persona jurídica no lucrativa es aquélla a la cual le está legalmente prohibida la distribución directa o indirecta a sus integrantes, de utilidades o excedentes, los que deben aplicarse de modo exclusivo a la realización de su objeto. El proyecto de norma agrega que sus integrantes no tienen derecho al valor neto resultante de la liquidación en caso de disolución de la persona jurídica.

Esta norma más parece propia de un curso de personas jurídicas que de un Código Civil; ello, habida cuenta de que recoge un concepto o definición que es de público conocimiento. Todo abogado conoce lo señalado en la propuesta del inciso 2, razón por la cual la norma proyectada deviene en inútil.

Por su parte, el inciso 3 señala que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas en cuanto les sean aplicables: norma también inútil, habida cuenta de que ya existen diversas sentencias del Tribunal Constitucional que tratan el tema de manera bastante completa.

Por último, debemos advertir que en el segundo párrafo de la Exposición de Motivos del artículo 76, se señala que «la propuesta normativa del Grupo de Trabajo se precisa (sic) que la creación de las personas jurídicas puede hacerse no sólo por Ley sino por disposición con rango de ley…».

En realidad, esta precisión no está hecha en el artículo 76, razón por la cual en la exposición de motivos se está comentando alguna norma que tal vez quedó en el pensamiento de la comisión.

También establece que las personas jurídicas «se regulan no sólo por lo establecido en el Código sino por su legislación especial». En verdad, el anteproyecto no señala eso, pues en el inciso 1 se indica que las personas jurídicas se determinan por las disposiciones del presente Código o «de las leyes respectivas»; lo que significa que se está haciendo una disyunción entre un cuerpo legal y los demás cuerpos legales, en tanto la exposición de motivos hace una conjunción, al señalar que se rigen «no sólo por lo establecido en el Código sino por su legislación especial».

Tampoco encontramos correlato en el proyectado artículo 76, de aquello que se señala en la exposición de motivos, en el sentido de que «el código rige supletoriamente en lo que concierne a su regulación (sic) en lo que resulte aplicable».

Decimos esto, por cuanto el inciso 1, no trata acerca de aquello que resulte aplicable. Simplemente se limita a decir que «la existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica no lucrativa, se determinan por las

disposiciones del presente código o de las leyes respectivas».

Artículo 78

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 78.- La persona jurídica tiene existencia distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas.	Artículo 78.- Autonomía de la persona jurídica. Principio de relatividad 1. La persona jurídica es sujeto de derecho distinto de sus integrantes. 2. Ninguno de estos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de aquella ni están obligados a satisfacer sus deudas, salvo disposición legal distinta. 3. Si se realizaran actos abusivos o en fraude a la ley a través de la persona jurídica o actos destinados a afectar ilegítimamente derechos de cualquier sujeto de derecho, aprovechando la diferencia formal entre la persona jurídica y sus miembros o entre el patrimonio de aquélla y sus miembros, el juez podrá, a solicitud de parte legitimada: a) Desestimar excepcionalmente la calidad de sujeto de derecho de la persona jurídica, imputando las consecuencias a los integrantes o directivos responsables; y, b) Declarar inoponibles frente al afectado, en todo o en parte tales actos. 4. La responsabilidad de quienes hicieron posibles estos actos es solidaria. 5. Lo dispuesto por este artículo se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe. 6. Las pretensiones a que se refiere el numeral 3 prescriben a los dos años de la realización del acto.

El anteproyecto plantea ampliar la redacción del actual artículo 78. En realidad, el proyectado artículo 78 incluye una serie de preceptos que no son ni necesarios ni útiles e incluso no se mide sus consecuencias prácticas.

El actual artículo 78 se encuentra distribuido entre el inciso 1 y el inciso 2 del proyectado artículo 78.

De esta manera, el inciso 1 dice lo mismo que la primera parte del precepto actual, aunque, con otras palabras.

El inciso 2 recoge el texto restante, es decir que ninguno de los integrantes de la persona jurídica, ni todos ellos, tienen derecho al patrimonio de aquélla ni están obligados a satisfacer sus deudas, agregándosele «salvo disposición legal distinta» (situación que no imaginamos).

El inciso 3 del anteproyecto se inspira en el inciso 3 del frustrado anteproyecto del año 2005 y también en el frustrado anteproyecto del 2006, cuando indica que «si se realizaran actos abusivos o en fraude a la ley a través de la persona jurídica o actos

destinados a afectar ilegítimamente derechos de cualquier sujeto de derecho, aprovechando la diferencia formal entre la persona jurídica y sus miembros o entre el patrimonio de aquélla y sus miembros, el juez podrá a solicitud de parte legitimada: a) desestimar excepcionalmente la calidad de sujeto de derecho de la persona jurídica, imputando las consecuencias a los integrantes o directivos responsables; y, b) declarar inoponibles frente al afectado, en todo o en parte tales actos».

En la exposición de motivos del anteproyecto se señala que «el levantamiento del velo de la persona jurídica" queda regulado para las circunstancias excepcionales señaladas. Se faculta al juez a desestimar la separación de esferas que se produce con la constitución de la persona jurídica, entre ésta y sus integrantes. Se hace posible también que el juez no aplique el beneficio de la limitación de responsabilidad, extendiendo la responsabilidad patrimonial a los miembros».

Ya nos hemos manifestado contrarios a la positivización del levantamiento del velo societario. Remitimos al lector a nuestros comentarios.[10]

Artículo 78-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 78-A.- Responsabilidad ante terceros 1. La persona jurídica responde por los daños que sus órganos, representantes o quienes actúen bajo sus órdenes causen a sus miembros o a terceros cuando: a) Se produzcan en el ejercicio o con ocasión de sus funciones. b) Provengan de acuerdos o actos contrarios a la ley o al estatuto. c) Realicen u omitan actos con dolo, culpa o abuso de facultades. 2. Los integrantes de los órganos de la persona jurídica, los representantes de ésta o quienes actúen bajo sus órdenes son responsables solidariamente con la persona jurídica. 3. En el caso del inciso 2 no responden quienes no hayan participado del acto causante del daño o hayan dejado constancia de su oposición al acuerdo adoptado.

El artículo 78-A sigue el modelo del artículo de la misma numeración del proyecto de reforma del año 2006.

Como señalé en el año 2005 en el libro «Por qué no se debe reformar el Código Civil»,[11] es sabido por todos que la persona jurídica como sujeto de derecho y obligaciones responde por sus actos. Para realizar tales actos, la persona jurídica, al ser

[10] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 252-261.

[11] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 262-264.

un ente abstracto, necesita valerse de personas naturales.

La aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, concordadas con las que regulan el tema de la representación en el Código vigente, logran, sin necesidad de una regulación específica, dar solución a los diferentes supuestos de responsabilidad que se puedan generar. Sin embargo, la comisión ha considerado necesario introducir una normativa especial.

Estamos de acuerdo en que la atomización de la responsabilidad civil es una realidad, pero una que se intenta manejar dentro de la dualidad de esta institución.

En aquella oportunidad agradecimos a la comisión de entonces el haber escuchado nuestras críticas formuladas con ocasión del proyecto del 2005 y haberlas recogido en la versión de la norma del año 2006.

Para entender la corrección, debemos decir que existía un texto original en el anteproyecto del 2005 (artículo 78-B), que en realidad era similar a la norma propuesta en el 2006 y ahora en el 2019, con la importante salvedad de que en los proyectos del 2006 y del 2019 se ha agregado el inciso 3.

El inciso 1 del proyecto del 2019, que viene siendo el mismo del proyecto del 2005 y del proyecto del 2006, resulta innecesario e inofensivo, en tanto no genera problemas, al plasmar lo que todos admiten como cierto, por derivarse de las normas y principios generales de la responsabilidad y de la especial estructura de la persona jurídica.

La aplicación del inciso 2, sin considerar el inciso 3 que, luego de nuestras críticas, fue incluido en los proyectos del 2006 y del 2019, sí representa un serio peligro, ya que atenta contra el principio que sustenta a la persona jurídica, esto es, el principio de autonomía.

Con una norma como la del inciso 2 del anteproyecto, aun el denominado levantamiento del velo societario, introducido en el artículo 78, deja de tener sentido. ¿Ya para qué el levantamiento en materia civil, cuando aquí se establecería que la responsabilidad civil de la persona jurídica sería solidaria junto con todos sus representantes o quienes actúen bajo sus órdenes?

Esta norma, entonces, nos llevaría a una conclusión perjudicial distinta de aquella a la que llegamos hoy en día con el actual Código Civil.

Con una norma como la que se pretendía implementar con el anteproyecto del 2005, nos preguntábamos cuál sería la ventaja de constituir o de formar una persona jurídica, si igualmente todos, es decir, las personas naturales o jurídicas que la integren, hubieran respondido de manera solidaria, sin importar si tuvieron o no participación en el hecho que generó la responsabilidad.

La comisión del 2006, luego de reflexionar ante nuestras críticas, pareció haber advertido esa situación, por lo que agregó el inciso 3 (también contenido en el anteproyecto del 2019), que, en alguna medida, evita que la responsabilidad se extienda injustificada y peligrosamente a todos sus miembros.

Por lo demás, la norma propuesta en el artículo 78-A nos parece innecesaria, pues los preceptos generales de responsabilidad civil ofrecen, actualmente, respuesta a dicha problemática.

Título II

Asociación

Artículo 93-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 93-A.- Acuerdo de reorganización 1. Las asociaciones pueden reorganizarse en y con otra persona jurídica regulada por este código y siempre que la misma se haya constituido por lo menos 36 meses antes. El acuerdo debe ser adoptado en Asamblea General con no menos del setenta y cinco por ciento de los asociados con derecho a voto. 2. La fusión con una sociedad es admisible cuando esta última es la incorporada y, en el caso de escisiones, cuando sea la que segrega el bloque patrimonial. 3. Son aplicables las normas relativas a la reorganización de sociedades en lo que fueran aplicables.

Este proyecto de norma trata sobre los acuerdos de reorganización de las personas jurídicas.

El inciso 1 permite que las asociaciones se reorganicen en y con otra persona jurídica regulada por el código, vale decir, con otra persona jurídica sin fines de lucro, estableciendo un plazo mínimo de antigüedad de constitución de asociación (36 meses) y una adopción del acuerdo, en donde se exige que en la asamblea participe no menos del 75% de asociados con derecho a voto.

Sin embargo, aquí existe un error, pues el único quórum exigido es el de instalación (75% de asociados con derecho a voto), pero no se establece cuál debe ser el quórum para la adopción del acuerdo.

Esto llevaría a la posibilidad en la cual, considerando el quórum de instalación antes mencionado, el acuerdo sólo se adopte por mayoría simple.

Entendemos que éste no ha sido el propósito de la comisión, pero esto es lo que se dice en la propuesta de artículo y no otra cosa.

El inciso 2 señala que la fusión de la asociación con una sociedad es admisible cuando esta última es la incorporada y, en el caso de escisiones, cuando sea la que segrega el bloque patrimonial.

Las restricciones impuestas en este inciso 2, entendemos se basan en la idea de que las asociaciones, como personas jurídicas sin fines de lucro, no permiten que su patrimonio se liquide entre sus socios, sino solamente que se integre o sea adquirido por otra persona jurídica sin fines de lucro.

Nos hubiera parecido interesante que la comisión incorporara el supuesto inverso, vale decir aquel por el cual los miembros de una asociación decidan que ella ya no tendrá más las características por las cuales fue creada, y que se dedicará a partir de la

fecha a un fin lucrativo, razón por la cual habría que tomar una posición legislativa en torno a cómo regular un supuesto de estas características; y, naturalmente, si fuese valido, no habría problema conceptual alguno en admitir, sin restricciones, su fusión con una persona jurídica con fines de lucro.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 93-A señala que son aplicables las normas relativas a la reorganización de sociedades «en lo que fueran aplicables» (sic).

No nos oponemos al sentido del referido inciso, pero sí a repetir en una misma oración la palabra «aplicables».

Artículo 93-B

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 93-B.- Derecho de separación 1. El acuerdo de reorganización concede al integrante el derecho de separación. 2. Su ejercicio se rige por lo dispuesto en el artículo 200 de la Ley General de Sociedades con las excepciones señaladas en el presente artículo. 3. Las participaciones de quienes hagan uso del derecho de separación, se reembolsan siempre que el asociado haya pagado una cuota de ingreso o derecho similar. El pago se efectúa al valor que tenga la adquisición de la condición de asociado a la fecha del acuerdo de separación o al momento del pago, a elección de quien ejerce el derecho. Si se hubiesen pagado cuotas extraordinarias durante los doce meses previos al acuerdo, estas deberán también ser reembolsadas conjuntamente. 4. No existe derecho a reembolso en los siguientes casos: a) Cuando la causa del acuerdo de reorganización fuera la disolución por disminución del patrimonio en menos de tres cuartos del valor total del aporte mensual de las cuotas de los asociados. Para ello se requerirá informe contable independiente pericial. b) Cuando el acuerdo sea adoptado con motivo de quiebra declarada judicialmente, o por acuerdo de Junta de acreedores. c) Renuncia expresa del derecho de pago. d) El objeto social se haya tornado imposible. 5. El pago de intereses, de haberse devengado, se efectuará a la tasa de interés legal.

En esta norma la comisión desarrolla extensamente el derecho de separación del asociado, en caso se aprobare la reorganización de la asociación (inciso 1).

Se establece que el ejercicio de tal derecho se rige por lo dispuesto en el artículo

200[12] de la Ley General de Sociedades, con las excepciones señaladas en el presente artículo.

En el inciso 3 se establece que las participaciones de quienes hagan uso del derecho de separación, se reembolsan siempre que el asociado haya pagado una cuota de ingreso o derecho similar. Se agrega que el pago se efectúa al valor que tenga la adquisición de la condición de asociado a la fecha del acuerdo de separación o al momento del pago, a elección de quien ejerce el derecho.

En principio, concordamos con lo establecido por este numeral, en la medida de que, si un asociado se hubiere opuesto a la reorganización de la asociación y ésta hubiere sido aprobada, no se le podrá forzar a seguir formando parte de la persona jurídica que resulte luego de que se produzca dicha reorganización.

Concordamos también con el hecho de que la norma no establezca reembolso alguno de cuotas ordinarias, pues las mismas tienen por objeto cubrir los gastos corrientes de la asociación.

También concordamos con el hecho de que se dé a escoger si el reembolso de la cuota de ingreso se efectúa en el monto nominal en que tuvo lugar el pago de la misma, o con valor actualizado al momento en que se ejerza el derecho de separación y pago.

---

[12] Ley n.° 26887 – Ley General de Sociedades

Artículo 200.- Derecho de separación del accionista

La adopción de los acuerdos que se indican a continuación, concede el derecho a separarse de la sociedad:

1. El cambio del objeto social;
2. El traslado del domicilio al extranjero;
3. La creación de limitaciones a la transmisibilidad de las acciones o la modificación de las existentes; y,
4. En los demás casos que lo establezca la ley o el estatuto.

Sólo pueden ejercer el derecho de separación los accionistas que en la junta hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo, los ausentes, los que hayan sido ilegítimamente privados de emitir su voto y los titulares de acciones sin derecho a voto.

Aquellos acuerdos que den lugar al derecho de separación deben ser publicados por la sociedad, por una sola vez, dentro de los diez días siguientes a su adopción, salvo aquellos casos en que la ley señale otro requisito de publicación.

El derecho de separación se ejerce mediante carta notarial entregada a la sociedad hasta el décimo día siguiente a la fecha de publicación del aviso a que alude el acápite anterior.

Las acciones de quienes hagan uso del derecho de separación se reembolsan al valor que acuerden el accionista y la sociedad. De no haber acuerdo, las acciones que tengan cotización en Bolsa se reembolsarán al valor de su cotización media ponderada del último semestre. Si no tuvieran cotización, al valor en libros al último día del mes anterior al de la fecha del ejercicio del derecho de separación. El valor en libros es el que resulte de dividir el patrimonio neto entre el número total de acciones.

El valor fijado acordado no podrá ser superior al que resulte de aplicar la valuación que corresponde según lo indicado en el párrafo anterior.

La sociedad debe efectuar el reembolso del valor de las acciones en un plazo que no excederá de dos meses contados a partir de la fecha del ejercicio del derecho de separación. La sociedad pagará los intereses compensatorios devengados entre la fecha del ejercicio del derecho de separación y el día del pago, los mismos que serán calculados utilizando la tasa más alta permitida por ley para los créditos entre personas ajenas al sistema financiero. Vencido dicho plazo, el importe del reembolso devengará adicionalmente intereses moratorios.

Si el reembolso indicado en el párrafo anterior pusiese en peligro la estabilidad de la empresa o la sociedad no estuviese en posibilidad de realizarlo, se efectuará en los plazos y forma de pago que determine el juez a solicitud de ésta, por el proceso sumarísimo.

Es nulo todo pacto que excluya el derecho de separación o haga más gravoso su ejercicio.

Nos parece una solución justa.

No obstante, disentimos de la solución adoptada en el anteproyecto, cuando éste limita el derecho a reembolso de las cuotas extraordinarias, a aquéllas que hubiesen sido pagadas durante los doce meses previos al acuerdo.

Entendemos que por la naturaleza de las cuotas extraordinarias y por el hecho de que generalmente ellas están destinadas a la cobertura de gastos distintos a los corrientes (como podría ser el caso de una ampliación de los servicios, un nuevo edificio, remodelaciones, etc.), el reclamo de las mismas por el socio que hace uso de su derecho de separación, no debería estar limitado a un plazo tan corto (12 meses). Estimamos que no debería establecerse un límite al respecto, con lo cual, ante el reclamo, la asociación debería reembolsar al socio, a valor actualizado, todas las cuotas extraordinarias que hubiere pagado.

Nótese que en este caso no podría ser deducida por la asociación una inmediata excepción de prescripción extintiva al momento del reclamo, pues el plazo prescriptorio se cuenta desde el momento en el cual el socio adquiere el derecho de separación y no desde el momento en que hizo el pago de la cuota extraordinaria.

En ese sentido, los directivos de las asociaciones deberían meditar adecuadamente el decidir o no por una reorganización, pues la misma, de modo alguno, podrá representar la obtención de una ventaja o beneficio a costa de los socios que se hubieren opuesto a la reorganización y que ejercerán el derecho de separación.

El artículo propuesto por el grupo de trabajo incluye en el inciso 4 los supuestos en que no existe derecho a reembolso.

El primero de ellos (literal a) se produce cuando la causa del acuerdo de reorganización fuera la disolución por disminución del patrimonio en menos de tres cuartos del valor total del aporte mensual de las cuotas de los asociados, a cuyo efecto se requerirá de un informe contable independiente pericial.

Suena lógico el supuesto contemplado por esta norma, pues se trata de una causal derivada de la situación patrimonial de la propia asociación y, se entiende que el acuerdo de reorganización se adopta para salvar la subsistencia de la persona jurídica.

Lo propio podemos decir del supuesto contenido en el literal b), o sea, cuando el acuerdo sea adoptado con motivo de quiebra declarada judicialmente, o por acuerdo de junta de acreedores.

El supuesto contenido en el literal c) constituye una norma absurda, por su obviedad, pero a la vez implica un error conceptual, pues para renunciar expresamente al derecho de pago del reembolso, debe haberse tenido tal derecho, de manera que este supuesto no podría estar regulado en el inciso 4, norma que señala los casos donde «no existe derecho a reembolso».

Y el último supuesto, contenido en el literal d), se presenta cuando el objeto social se haya tornado imposible.

Finalmente, disentimos de la pertinencia del inciso 5 del propuesto artículo 93-B, cuando señala que el pago de intereses, de haberse devengado, se efectuará a la tasa de interés legal.

El Código Civil establece que cuando haya que pagarse intereses y no se hubiese establecido la tasa, se pagará la tasa de interés legal (artículo 1245).

En este sentido, el inciso 5 constituye una demasía, pues si se considerara pertinente, habría que poner lo mismo en todos los casos en que haya que pagar intereses y no se hubiere fijado la tasa; pero para eso, felizmente está el artículo 1245.

Artículo 93-C

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 93-C.- Derecho de información Una vez adoptado el acuerdo, la administración deberá, como mínimo, poner a disposición de todos los integrantes, en el domicilio social, el proyecto de reorganización; los informes que lo sustentan, el balance general con no más de un mes de vigencia, el estado de ganancias y pérdidas de las entidades que participen en la reorganización, y el proyecto de estatutos de la nueva entidad o intervinientes.

El artículo 93-C propone establecer el derecho a información de los asociados, una vez que se hubiere adoptado el acuerdo de reorganización.

Sin embargo, no encontramos necesidad de regular este supuesto, pues luego de adoptarse un acuerdo de tales características, es evidente que se tendrá que poner a disposición de los asociados toda la documentación ahí señalada.

Aun más, somos de la opinión de que tal información debería ser puesta necesariamente a disposición de los asociados con una anticipación no menor de quince días hábiles, antes de la fecha de primera convocatoria de la asamblea.

Esto deviene lógico, pues tal información resultará de conocimiento necesario de los asociados, antes de la realización de la asamblea en que se tratará el tema.

No dudo de que sea importante el que la conozcan también después, pero convendremos en que es mucho más importante que tal información sea puesta a conocimiento de los asociados antes de la respectiva asamblea.

Dentro de tal orden de ideas, éste es el sentido que debió tener el artículo 93-C de la propuesta y no el que tiene.

Artículo 93-D

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 93-D.- Eficacia de la reorganización 1. Si la reorganización no se inscribe en el plazo de un año después de adoptado el acuerdo, la misma queda sin efecto de pleno derecho. 2. Queda a salvo el derecho de reincorporación del miembro que haya ejercido su derecho de separación, que habrá de ser reintegrado de manera inmediata, sin más trámite que su sola solicitud. 3. En caso exista cuota de ingreso aprobada y haya

	habido reembolso, aquella se reducirá a la mitad a título de indemnización.

El artículo 93-D del anteproyecto se refiere a la eficacia de la reorganización.

En su inciso 1 establece que, si la reorganización no se inscribe en el plazo de un año después de adoptado el acuerdo, la misma queda sin efecto de pleno derecho.

Nos parece lógica esta solución.

En el inciso 2 se establece que queda a salvo el derecho de reincorporación del miembro que haya ejercido su derecho de separación, que habrá (sic) de ser reintegrado de manera inmediata, sin más trámite que su sola solicitud.

La norma propuesta constituye un error.

En primer lugar, porque el ejercicio del derecho de separación implica que el antiguo asociado ya dejó de serlo e incluso habrá sido beneficiado con el reembolso de la cuota de ingreso a valor actualizado; y, eventualmente, de las cuotas extraordinarias que hubiere pagado, igualmente a valor actualizado.

En ese sentido, ya sólo en un orden patrimonial, el reingreso del exasociado no será automático, pues deberá exigírsele el pago previo de aquellos reembolsos que hubiere recibido por parte de la asociación al momento en que ejerció su derecho de separación y, en segundo lugar, podría ocurrir que la reorganización hubiere determinado que la asociación se fusione con otra, integrándose a esta otra, o viceversa.

En ambos supuestos, los nuevos órganos de gobierno de la asociación, como es el caso de la junta calificadora, deberán evaluar al aspirante a asociado, quien desea incorporarse a una persona jurídica cuyos integrantes no serán los mismos de la asociación de la que se separó.

En ese sentido, la evaluación del exasociado podrá concluir con una respuesta negativa, es decir que el mismo no sea admitido.

El inciso 2 del proyectado artículo 93-D es altamente defectuoso; pues desconoce lo que ocurre en la realidad cuando en una asociación un asociado renuncia y tiempo después desea reingresar a la misma.

En las asociaciones o clubes más conocidos de la capital no existe el derecho de reingreso automático; menos podría existir en caso en que la asociación se hubiere reorganizado.

Finalmente, el inciso 3 del artículo 93-D del anteproyecto señala que en caso exista cuota de ingreso aprobada y haya habido reembolso, aquélla se reducirá a la mitad a título de indemnización.

Esta norma es contradictoria con lo que la propia comisión propone en la primera parte del inciso 3 del artículo 93-B, cuando se contempla el derecho, incluso a valor actual, del reembolso de la cuota de ingreso o derecho similar.

En ese sentido, no sólo es contradictorio, sino además injusto el que no se le devuelva al asociado que ejerce su derecho de separación el 100% del valor de la cuota de ingreso, sino sólo la mitad, considerándola como una penalidad.

Es obvio que el inciso 3 del proyectado artículo 93-D, nunca debió existir.

Artículo 92

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 92.- Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias. Las acciones impugnatorias deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días contados a partir de la fecha del acuerdo. Pueden ser interpuestas por los asistentes, si hubieran dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo, por los asociados no concurrentes y por los que hayan sido privados ilegítimamente de emitir su voto. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación puede formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa para defender la validez del acuerdo. La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado.	Artículo 92.- Impugnación judicial de acuerdos 1. Todo asociado tiene derecho a impugnar judicialmente los acuerdos que violen las disposiciones legales o estatutarias. 2. Las acciones impugnatorias respecto de los acuerdos no inscribibles deben ejercitarse en un plazo no mayor de sesenta días. 3. La impugnación puede ser interpuesta por: a) los (sic) asociados asistentes, siempre que hubiesen dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo; en caso acrediten que no se les haya permitido dejar constancia en el acta, deberán haber manifestado su oposición en la primera oportunidad que tuviesen, mediante carta notarial dirigida a la persona jurídica. En este supuesto el plazo se cuenta a partir de la fecha del acuerdo cuestionado; b) los (sic) asociados no asistentes; c) los (sic) asociados a los que se les haya privado ilegítimamente de emitir su voto; d) los (sic) asociados que son excluidos mediante el acuerdo que se cuestiona, o e) cualquier (sic) persona que tenga legítimo interés en el cuestionamiento del acuerdo. El plazo para impugnar en este supuesto es de un año. 4. En los literales b, c, d y e, el plazo se cuenta a partir de la fecha del acuerdo o desde que el asociado o quien tenga legítimo interés estuvo en posibilidad razonable de tomar conocimiento del mismo. 5. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación debe formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. Sin perjuicio de ello, las personas legitimadas a impugnar el acuerdo pueden hacerlo desde la fecha de su adopción. 6. Cualquier asociado puede intervenir en el juicio, a su costa (sic) para defender la validez del acuerdo. 7. La impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación y se tramita como proceso abreviado (sic)

La comisión plantea reformar lo relativo a la impugnación de los acuerdos.

El inciso 1 reproduce el primer párrafo del actual artículo 92.

El inciso 2 trata acerca de las acciones impugnatorias respecto de los acuerdos no inscribibles, las mismas que se deberían ejercer en un plazo no mayor de sesenta días; ello, a diferencia de lo dispuesto en la primera parte del segundo párrafo de la norma actual, que no hace la distinción entre los acuerdos que son inscribibles y aquéllos que no lo son, independientemente de lo regulado en el tercer párrafo del artículo en vigencia.

Por su parte, el inciso 3 planteado por la comisión, se subdivide en cinco literales relativos a quiénes pueden interponer la impugnación.

Así, en el literal a) se establece que ella puede ser interpuesta por los asociados asistentes, siempre que hubiesen dejado constancia en acta de su oposición al acuerdo (norma extraída del segundo párrafo del actual artículo 92).

En caso acrediten que no se les haya permitido dejar constancia en el acta, deberán haber manifestado su oposición en la primera oportunidad que tuviesen, mediante carta notarial dirigida a la persona jurídica; supuesto en el cual el plazo se cuenta a partir de la fecha del acuerdo cuestionado. Este tema es novedoso, en la medida de que el mismo no está contemplado en el artículo 92 en vigencia.

El literal b) del inciso 3 señala que la impugnación puede ser interpuesta también por los asociados no asistentes (supuesto que el segundo párrafo del actual artículo 92 lo denomina como «asociados no concurrentes»).

Por su parte, el literal c) del inciso 3 propone que la impugnación pueda ser interpuesta por los asociados a los que se les haya privado ilegítimamente de emitir su voto (actual última parte del segundo párrafo del artículo 92).

El literal d) del inciso 3 propone que la impugnación pueda ser interpuesta por los asociados que son excluidos mediante el acuerdo que se cuestiona; supuesto no regulado en la actualidad, pero que resulta de obvia aplicación práctica, pues de lo contrario, se estaría conculcando gravemente el derecho del asociado en cuestión.

Por último, el literal e) del inciso 3 plantea que la impugnación pueda ser interpuesta por cualquier persona que tenga legítimo interés en el cuestionamiento del acuerdo; siendo de un año, en este caso, el plazo para impugnar.

La impugnación de un acuerdo por parte de un tercero, resulta plenamente válida dentro de los supuestos generales de nulidad.

El inciso 4 establece que en los literales b), c), d) y e), el plazo se cuenta a partir de la fecha del acuerdo o desde que el asociado o quien tenga legítimo interés, estuvo en posibilidad razonable de tomar conocimiento del mismo; lo que nos parece correcto.

No estamos de acuerdo, sin embargo, con la redacción del inciso 5 del anteproyecto, en el sentido de que «5. Si el acuerdo es inscribible en el registro, la impugnación debe formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar. Sin perjuicio de ello, las personas legitimadas a impugnar el acuerdo pueden hacerlo desde la fecha de su adopción».

Decimos esto, en la medida de que, si bien estamos en presencia de un plazo doble, el tema debió ser planteado de una manera mucho más legible, pues resulta contradictorio que se diga en un mismo inciso que la impugnación debe formularse dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que la inscripción tuvo lugar, y que

también se diga que, sin perjuicio de ello, las personas legitimadas a impugnar el acuerdo, pueden hacerlo desde la fecha de su adopción.

El inciso 6 propone que cualquier asociado pueda intervenir en el juicio, a su costa, para defender la validez del acuerdo (tomado del último párrafo del actual artículo 92).

Finalmente, el inciso 7 de la norma propuesta señala que la impugnación se demanda ante el Juez Civil del domicilio de la asociación, y se tramita como proceso abreviado (texto idéntico al último párrafo del actual artículo 92).

Artículo 95

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 95.- La Asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva Junta de Acreedores de conformidad con la ley de la materia. En caso de pérdidas acumuladas, deducidas las reservas superiores al tercio del capital social pagado, el Consejo Directivo debe solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión.	Artículo 95.- Disolución por liquidación 1. La asociación se disuelve por liquidación, según lo acordado por su respectiva junta de acreedores de conformidad con la ley de la materia. 2. En caso de pérdidas superiores a dos terceras partes del patrimonio, el Consejo Directivo debe solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión (sic)

Esta norma se refiere a la disolución por liquidación.

El precepto vigente, que contiene dos párrafos, es transformado en una norma con dos incisos.

En el primero, se recoge lo actualmente establecido por el primer párrafo del artículo 95, con la única diferencia de que se ha eliminado las mayúsculas de las expresiones «asociación» y «junta de acreedores».

El inciso 2 señala que en caso se produzcan «pérdidas superiores a dos terceras partes del patrimonio, el Consejo Directivo debe solicitar el inicio del Procedimiento Concursal Ordinario de la asociación, conforme a la ley de la materia y bajo responsabilidad ante los acreedores por los daños y perjuicios que resultaren por la omisión».

En el segundo párrafo de la exposición de motivos se indica que en la propuesta normativa se ha agregado el estado de quiebra como causal de disolución de la asociación, remitiendo su tratamiento a la ley de la materia.

Pero ello no se deduce del texto de la norma propuesta.

Como tampoco se deduce el hecho consignado en la exposición de motivos, en el sentido de que se elimina la prescripción contenida en este párrafo (el primero), en cuanto corresponde a la junta de acreedores acordar tal facultad, pues la norma propuesta por la comisión continúa señalando que en caso de liquidación el tema debe ser acordado por la respectiva junta de acreedores, de conformidad con la ley de la materia.

En este sentido, queda claro que la exposición de motivos está comentando un

precepto distinto al que se propone.

El cambio notorio en el segundo párrafo de la norma actual (inciso 2 del artículo propuesto), es que se elimina la expresión «deducidas las reservas superiores al tercio del capital pagado», señalando «pérdidas superiores a dos terceras partes del patrimonio».

La exposición de motivos no dice algo sobre el particular.

Libro II

Acto jurídico

Título I

Disposiciones generales

Artículo 140

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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. 2.- Objeto física y jurídicamente posible. 3.- Fin lícito. 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.	Artículo 140.- Noción de acto jurídico El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar, determinar o extinguir situaciones y relaciones jurídicas. Son elementos esenciales del acto jurídico: 1. Sujeto capaz. 2. Objeto física y, en su caso, jurídicamente posible, determinado o determinable. 3. Causa lícita. 4. Forma establecida por la ley con carácter imperativo o bajo sanción de nulidad.

Como sabemos, el artículo 140 del Código Civil regula hoy en día el concepto y requisitos del acto jurídico.

Dicha norma, por su indudable importancia, ha merecido infinidad de comentarios a lo largo de los años de vigencia del Código.

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

No obstante, debo señalar que el artículo 140 en estos treinta y cinco años de vigencia del Código no ha ofrecido problemas de orden práctico.

Lo que quiero decir es que una norma que regula el concepto de acto jurídico, es evidente que 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 propone la comisión 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.

Tras nuestras críticas expresadas en el libro *Ni urgente ni necesario más bien*

defectuoso,[13] 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, sin embargo, ha recogido nuevamente la idea de modificar el artículo 140.

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

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

Se pone 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, sería bueno que el grupo de trabajo hubiera señalado cuál es el problema práctico del actual artículo 140 del Código, en relación a las transacciones celebradas en estos treinta y cinco 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 adición, inútil, por cierto, no es otra cosa que una sutileza de escuela.

En lo que respecta al agregado relativo a las «situaciones jurídicas», la comisión cita 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, debo 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, pero esta es 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 será exactamente la misma.

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

---

[13] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso*. *Op. cit*., pp. 139-145.

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

Esta modificación carece 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 ha agregado la palabra «esenciales». Este también es 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 ha vuelto a incurrir en el error cometido por la comisión que elaboró el proyecto del 2005, transformando la expresión «agente capaz», en actual vigencia, por «sujeto capaz».

Ya dijimos en *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso*,[14] 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 la comisión pretende hacer es inútil.

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

En ese sentido, debemos expresar lo mismo que señalamos hace 14 años,[15] en el sentido de que ello significa que, manteniéndose el requisito de objeto físicamente posible, la comisión considera que no necesariamente debe estar presente en todo acto jurídico el requisito de su posibilidad jurídica.

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

Posibilidad jurídica que 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.

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

Ello significa que todo acto jurídico debe tener, además de un objeto

---

[14] CASTILLO FREYRE, MARIO. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente ni necesario, más bien: defectuoso. Op. cit*., p. 140.

[15] CASTILLO FREYRE Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente ni necesario, más bien defectuoso. Op. cit*., pp. 140-142.

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 equivoca la comisión cuando estima que sólo en algunos casos el objeto de los actos jurídicos deberá ser posible.

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

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

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

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

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

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

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

Entendemos que el anteproyecto del 2019 sigue la misma línea que el proyecto del 2005 y que cuando se emplea la palabra «causa» (elemento esencial del acto jurídico), se está 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 plantea 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 propone 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 propone al inciso 4 constituye una demasía, innecesaria por definición.

Artículo 141

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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.

El artículo 141 del Código Civil en vigencia trata acerca de la manifestación de voluntad y sus modalidades expresa y tácita.

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

En el primero, recogiendo las primeras líneas del artículo 141 en vigencia, señala 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».

Entendemos que la adición que se propone se efectúa en razón de las modificaciones introducidas al Código Civil en el año 2018 por la Ley 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 aquel 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 los 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 tema surgido a raíz de la ley del 2018 y las múltiples modificatorias introducidas por ella en el Código Civil.

En ese sentido, hubiera sido bueno que la comisión analizara los temas que acabamos de plantear, los mismos 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 propuesto para el artículo 141, el mismo no representa 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 hay nada que comentar en torno a este extremo de la norma planteada por la Comisión.

Artículo 142

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.	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.

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 señala que «El silencio es manifestación de voluntad solo cuando la ley, el convenio, los usos o las circunstancias del caso le atribuyen ese significado».

Estamos en absoluto desacuerdo con la norma propuesta, dado que la amplitud de los extremos que se plantea agregar al artículo 142, determina que exista 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 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, claro está, cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado, es decir, cuando nos encontramos ante supuestos donde resulta absolutamente clara la consecuencia que tendrá el guardar silencio.

La propuesta de artículo 142 es, sin duda, muy inferior en calidad a la norma en actual vigencia, razón por la cual debería desestimarse.

Título II

Forma del acto jurídico

Artículo 143

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 143.- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.	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.

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 prescinde de lo establecido por la citada norma e intenta regular en un nuevo artículo 143 la formalidad *ad probationem*, que hoy está regulada en el artículo 144, precepto que, de manera equivocada, es 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 del SPIJ.

La propuesta de artículo 143 lleva la sumilla de «forma *ad probationem*, pero en realidad no se refiere al supuesto *ad probationem*, sino intenta regular casos de libertad de forma, razón por la cual resulta claro que la comisión confunde estos conceptos.

En el inciso 1 del proyectado artículo 143 se señala 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 es 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 manera acertada en el actual artículo 144 y se desnaturaliza en el proyectado inciso 1 del artículo 143.

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

Insistimos en decir que los dos incisos del propuesto artículo 143 sólo tratan 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 vemos necesidad alguna de que en el código se tenga 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.

Artículo 144

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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.

El actual artículo 144 establece el caso de la formalidad *ad probationem* (y no *ad probationen* y *ad solemnitatem*, como equivocadamente dice la sumilla que se ha colocado en el SPIJ en el artículo 144 vigente).

El grupo de trabajo intenta regular en un nuevo artículo 144 lo que denomina

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 es inútil, pues la exposición de motivos señala 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 artículo 144).

Además de los graves defectos señalados, no creo que este artículo resulte 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, hubiese optado por considerarlos nulos y así zanjar cualquier duda al respecto.

Título III

Representación

Artículo 148

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	Artículo 148.- Responsabilidad de representantes conjuntos En la representación conjunta, los representantes son solidariamente responsables frente al representado.

Según señala la exposición de motivos de la comisión: «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 coincide con el proyecto del año 2006, sino también con el proyecto del año 2005, que proponía exactamente lo mismo.

El artículo 148 en actual vigencia señala que «Si son dos o más los representantes, estos 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*[16] y en *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso*,[17] la lógica de esta norma se basa en la consideración de que los diversos representantes hayan sido consignados como tales a través de un mismo acto de apoderamiento y para un objeto de interés común.

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

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

Y es, precisamente, en razón de estas consideraciones, que el artículo 148 del Código Civil 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 se empeña en desnaturalizar la norma, estableciendo responsabilidad solidaria para todos los casos de representación conjunta, es decir para aquella representación conjunta de los representantes designados por un poder común (donde sí es pertinente la solidaridad) y para aquella representación conjunta de los representantes designados por poderes independientes, pero con la instrucción de que actúen conjuntamente, cuando es evidente que en este último caso de representación no procede responsabilidad solidaria alguna, en la medida de que resultaría tremendamente injusto asignar solidaridad a cada uno de los representantes, cuando ninguno de ellos fue designado como tal conjuntamente con otro u otros, habiendo sido designados representantes en actos de apoderamiento individuales, razón por la cual —

[16] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Op. cit.*, pp. 271-273.
[17] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Op. cit.*, pp. 150-152.

precisamente— su responsabilidad civil debe ser estrictamente individual.

Título III

Representación

Artículo 150

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 150.- La revocación del poder otorgado por varios representados para un objeto de interés común, produce efecto sólo si es realizada por todos.	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.

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».

Esta norma tiene 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 propone el grupo de trabajo en el año 2019.

En el año 2006[18] 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 han optado por resaltar las características que la interpretación de la norma ya impone. Así, han cambiado 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 pueden 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 sugiere se encuentra 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 es necesario que sea realizada por todos.

La solución propuesta por la Comisión no es, 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*[19] manifestamos nuestro

[18] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 273-275.

[19] CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo I, p. 298.

parecer en el sentido de que el artículo 150 podría ser derogado, en razón de que al ser unilateral el carácter del acto de apoderamiento, debería revestir igual condición la revocatoria del mismo, en cualquier circunstancia.

En razón de ello manifestábamos que el caso planteado por el 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 exrepresentado deje de tener representantes, y para que el representante continúe representando únicamente a los demás que no le hubieran revocado el poder.

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 soluciona con esta norma, en tanto, más allá del «salvo disposición distinta» que se agrega al final del precepto, la rigidez del mismo es evidente. Si bien pretende atenuar la rigidez actual del artículo 150, se queda a medio camino, pues a pesar de admitir la revocación por parte de algunos poderdantes, sigue poniendo trabas a la revocación del poder y a su eficacia.

Artículo 153

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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.

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 plantea reformar el artículo estableciendo tres incisos.

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

En verdad, no creemos 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 sea inútil sino perjudicial.

En lo que respecta al inciso 2, la comisión comete un grave error, cuando propone 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 está 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[20] 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 he escrito en este sentido y reitero que estas ideas son correctas en estricto derecho, también comprendo 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.

Entiendo que mis 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 indica 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 parece positiva la propuesta en relación a este inciso; como también opinamos 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 concuerdo con la idea de que el plazo pueda ser ilimitado, por más de que se estipule para un acto especial, razón por la cual creo que, en todo caso, debió establecerse un plazo mayor al actual, como podría ser uno de tres años.

Artículo 156

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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	Artículo 156.- Formalidad del apoderamiento 1. Para disponer o gravar bienes o derechos del representado, se requiere que la facultad de

[20] 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.

pública, bajo sanción de nulidad.	representación conste en forma indubitable y por escritura pública. 2. El acto de disposición o gravamen celebrado en contravención de lo establecido en el numeral 1 es ineficaz respecto del representado.

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.[21]

En el 2006 la comisión persistió en el error, lo que también criticamos duramente.[22]

Vemos que el grupo de trabajo ha corregido este error, manteniendo el texto actual del artículo 156 en el inciso 1 de su proyectado artículo 156, pero ha eliminado la sanción de nulidad ante el incumplimiento de las formalidades allí establecidas.

Sin embargo, ha persistido 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 incluye un inciso 2 que señala que el acto de disposición o gravamen celebrado en contravención de lo establecido en el inciso 1 es ineficaz respecto del representado.

Ésta es una disquisición muy peligrosa que resta 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 propone el grupo de trabajo, tales actos celebrados por el representante, no serían nulos, sino solamente ineficaces.

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

Artículo 157

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 157.- El representante debe desempeñar personalmente el encargo, a no ser que se le haya facultado expresamente la sustitución.	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.

El artículo 157 en actual vigencia regula el carácter personalísimo de los actos

[21] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso. Op. cit.*, pp. 155-157.

[22] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 277-285.

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 consideramos 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.

Artículo 158

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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.

El artículo 158 del Código Civil vigente trata acerca de la sustitución del poder.

La regulación de 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 propone 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.[23]

A continuación, pasaremos a comentar la norma propuesta.

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

No queremos dejar pasar la oportunidad para decir que una vez más la comisión incurre en el error de querer regularlo todo, como si alguna vez se hubiera interpretado que la sustitución era algo distinto de lo que es y de lo que se coloca en el proyectado inciso 1, norma que por lo demás resulta evidente que no resulta necesaria.

Por otra parte, en el propio inciso 1 se indica que la sustitución debe cumplir la misma formalidad que la empleada para el acto de apoderamiento, precepto 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 plantea que «salvo disposición legal distinta, los actos de regulación, modificación o extinción de un acto deberán revestir la misma formalidad que éste». En tal sentido, es evidente que la sustitución del poder constituye un acto 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 señala que la «facultad de sustituir debe otorgarse de manera explícita e indubitable».

Consideramos 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 establece que «La sustitución es eficaz desde que es comunicada fehacientemente al representado».

Entendemos que ello no podría ser de otra forma, en la medida 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, consideramos una demasía el que se haya señalado que, para la ineficacia de la sustitución, la comunicación debe ser fehaciente, habida cuenta de que este hecho 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 señala que «El representante queda exento de toda responsabilidad cuando hace la sustitución en la persona que le designó el representado, pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto».

La primera parte de este proyectado inciso 4 ya existe en la legislación actual, y

---

[23] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso. Op. cit*., pp. 157-161.

sólo se ha cambiado lo relativo a la «sustitución en la persona que se le designó «por la» sustitución en la persona que le designó el representado».

Consideramos que más allá de la intrascendente modificación anotada, también resulta intrascendente el haber agregado la frase «pero responde de la información que proporcione u omita proporcionar al sustituto», habida cuenta de que la exoneración de responsabilidad es sólo con respecto a la sustitución del poder en la persona que designó el representado, 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, en el inciso 5 del artículo 158, establece que, «si el representado concedió la facultad de consignar sustituto sin indicar nombre, el representante es responsable por los daños que cause al representado cuando incurre en dolo o culpa inexcusable en la elección».

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

Por otra parte, debemos criticar el inciso 5, pues, como sostuviéramos en *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*,[24] 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, estimamos pertinente que dicha responsabilidad se extienda 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 ha sido fundamentado en la exposición de motivos de la comisión.

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

Y es que nos cuesta entender, el porqué la comisión ha 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?

Se ha discutido mucho sobre la diferencia de regímenes de responsabilidad civil.

---

[24] CASTILLO FREYRE, Mario. *Op. cit.*, tomo I, p. 302.

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 propone la comisión, constituye otra verdad de Perogrullo. En esta norma, la comisión ha juzgado necesario establecer lo evidente.

El inciso 6 sobra, pues es 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; mas, sí frente a uno de responsabilidad civil extracontractual. De esta manera, por las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual, el representado que ha sufrido daños y perjuicios puede accionar contra el sustituto por ser éste el causante, el responsable de esos daños.

Artículo 158-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	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.

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.[25]

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

Gracias al artículo 158-A del anteproyecto se conseguiría 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 termina allí pues, conforme al inciso 2 que se proponía en

[25] 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.

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.

Artículo 159

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 159.- La sustitución puede ser revocada por el representante, reasumiendo el poder, salvo pacto distinto.	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.

El artículo 159 en actual vigencia regula la revocación de la sustitución.

El anteproyecto del 2006 no planteaba modificar el tema, a diferencia del anteproyecto del 2019, cuyo texto propuesto de artículo 159 ha sido copiado literalmente del anteproyecto del 2005 (sin que se indique, sin embargo, de dónde se está tomando).

La propuesta modificatoria fue criticada por nosotros en aquella oportunidad.[26]

La comisión propone modificar el artículo 159 para albergar en su texto la figura de la delegación.

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

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

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

Si el representado quiere que el representante original reasuma su cargo, tendría que revocar el poder del sustituto/nuevo representante y otorgar un nuevo poder a su anterior representante. Y si el representado estuviese al otro lado del mundo y le fuere muy complicado —si no imposible— realizar los actos necesarios para ello, pues simplemente, mala suerte.

En el inciso 2, la comisión trata de hacer más atractiva la figura de la delegación, al darle carácter revocable. Pero, en realidad, la comisión ha incurrido en una distinción

[26] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso*. *Op. cit*., pp. 163-164.

sin sentido. Si ya es complicado regular, como se propone sin medir las consecuencias, una figura como la delegación, es aún peor darle a ella carácter revocable, pero negar tal carácter a la sustitución.

Artículo 161

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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.

El artículo 161 en actual vigencia regula la ineficacia del acto jurídico por exceso de facultades del representante.

La norma siempre nos ha parecido buena y en alguna oportunidad escribimos una investigación sobre el particular.[27]

Considerábamos en aquella oportunidad que el principal problema de la norma no consistía en el ámbito de los supuestos que regula ni en el sentido de la propia estipulación; sino, más bien, en lo que respecta a cuál es el plazo prescriptorio de la acción del representado para que se declare la ineficacia del acto celebrado por el representante (si dos años, conforme al artículo 2001, inciso 4 del Código Civil o diez años, conforme al inciso 1 del referido precepto).

No obstante, la comisión propone 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, consiste en establecer que «En tales casos, queda a salvo la responsabilidad del supuesto representante frente a quienes resulten perjudicados».

Entendemos lo que ha querido decir la comisión, pero no es que quede a salvo a la responsabilidad, pues precisamente el supuesto representante va a responder. Lo que

[27] CASTILLO FREYRE, Mario. «El plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante». En CASTILLO FREYRE, Mario y Verónica ROSAS BERASTAIN. *Cuatro temas de hoy*. Lima: Derecho y Sociedad, 2005, pp. 29-63.

se debió haber dicho es «sin perjuicio de la responsabilidad del supuesto representante …».

En el inciso 2 del proyecto se señala una verdad de Perogrullo, cuando se dice que «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».

Esto es 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 incluye un inciso 3, que establece que la pretensión de ineficacia por parte del representado es 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 prescriptorio de dos años para la acción revocatoria.

Pensamos, entonces, que no habría razón válida para proceder en un sentido distinto.

Artículo 162

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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

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.	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.

El artículo 162 del Código Civil regula el tema de la ratificación del acto jurídico.

El proyecto de modificación de esta norma parte del anteproyecto del año 2005.[28]

El inciso 1 del anteproyecto del 2019, incluye textualmente el primer párrafo del artículo 162 en actual vigencia.

El inciso 2 copia el segundo párrafo del actual artículo 162, pero pensamos que aquí sí debería haberse realizado una modificación importante.

Como señalé ya en 1998,[29] 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.

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

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

---

[28] CASTILLO FREYRE. Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Op. cit*., pp.164-167.

[29] CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit*., tomo I, p. 303.

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

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

Es posible que quien actuó sin facultades de representación o excediéndolas y enmienda el error, resolviendo el acto sin consecuencias perjudiciales, pueda ser demandado por el supuesto representado que no fue informado de ello. ¡El representado podría demandar por el lucro cesante que le ha causado que el representante corrija un exceso (haber ejercido la representación excediendo los alcances del poder, por citar el ejemplo más representativo) sin darle la oportunidad de ratificar el acto celebrado!

Por su parte, la comisión agrega un inciso 4 en el anteproyecto del 2019, el mismo que señala 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); de ahí que el inciso 4 tampoco debería aprobarse.

El inciso 5, que propone la comisión, señala que la facultad de ratificar se transmite a los herederos.

Concordamos con el sentido de lo señalado, pero estimamos que regular este tema resultaría innecesario.

Artículo 167

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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 estamos de acuerdo con la 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.

Esto antes no se entendía así, pero hoy en día lo establece el artículo 10 del Decreto Legislativo 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 debería seguirse la misma línea de pensamiento para el caso del artículo 167 del Código Civil y, así, aprovechar 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).

Título IV

Interpretación del acto jurídico

Artículo 168

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
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 168.- Interpretación de la voluntad declarada 1. El acto jurídico debe ser interpretado sobre la base de lo que se haya expresado en él. 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.

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 propone dividirlo en dos incisos. En el primero, se diría que «El acto jurídico debe ser interpretado sobre la base de lo que se haya interpretado en él», habiéndose eliminado la frase «y según el principio de la buena fe», materia que la comisión pasa 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 justifica, entonces, tal supresión.

En segundo lugar, el grupo de trabajo agrega un inciso 2, que llama 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».

Llama la atención, porque se trata 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 decir «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 parece peligroso, dada la notoria relatividad de esta teoría.[30]

Artículo 168-A

[30] CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La teoría de los actos propios. Op. cit.*

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	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.

La comisión propone adicionar al Código Civil el artículo 168-A, que establecería, bajo la sumilla «Interpretación conforme a la buena fe», que «El acto jurídico recepticio deberá ser interpretado de acuerdo con las reglas de la buena fe».

La exposición de motivos de este artículo señala: «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 solo podrá ser de aplicación en los actos jurídicos de carácter recepticio».

Grave error.

El grupo de trabajo parte 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?

Artículo 169

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
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 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 sustituye la expresión «cláusulas» por el término «disposiciones».

El fundamento del grupo de trabajo se encuentra en la exposición de motivos del artículo, la misma que señala 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 trata 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 propone cambiar, jamás han ocasionado una interpretación distinta a la que se comenta y que resulta, a juicio de la comisión, necesario corregir.

En síntesis, el «problema» en relación al artículo 169 ha sido inventado por el propio grupo de trabajo.

Artículo 170

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.	Artículo 170.- Interpretación funcional Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al propósito del acto.

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».

La comisión propone sustituir la palabra «objeto» del acto por «propósito» del acto.

Esta propuesta se basa 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 trata 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.

Artículo 170-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	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.

La comisión propone introducir un artículo 170-A, que establezca, bajo la sumilla de «Conservación de acto jurídico en la interpretación», lo siguiente: «El acto jurídico o las disposiciones contenidas en él, deben interpretarse en el sentido en el cual (sic) se conserven sus efectos».

Esta norma recogería 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.

Sin embargo, 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.

Artículo 170-B

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	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 grupo de trabajo propone incluir un nuevo artículo 170-B, que regule los que él denomina como «Criterios subsidiarios de interpretación».

El referido artículo señala 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 disentimos del sentido de la norma; pero lo que nos preocupa es que se esté 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 proyectado artículo 170-B, cuando la comisión anota que «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».

Título V

Modalidades del acto jurídico

Artículo 171

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
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.	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.

El actual artículo 171 regula las condiciones impropias y sus efectos en el acto jurídico.

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 considera necesario cambiar la redacción y establecer la nulidad del acto.

En verdad, la modificación es 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 que 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 plantea eliminar lo relativo a «física o jurídicamente» y sólo hacer referencia a la imposibilidad, que abarcaría ambos supuestos.

Entendemos que la redacción actual no ofrece problema alguno y es más clara que la que se propone, pues está haciendo referencia expresa a en qué consisten los supuestos de imposibilidad.

Es evidente, entonces, que no existe la necesidad de modificar ninguno de los extremos del artículo 171.

Artículo 172

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 172.- Es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.	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 plantea el grupo de trabajo en torno al artículo 172, es, 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 considera necesario reemplazar la palabra «deudor» por la expresión «De la parte en cuyo detrimento habría de realizarse».

El fundamento de la propuesta modificatoria se basa en que la expresión «deudor» sólo es aplicable a las obligaciones y no a todos los actos jurídicos.

Eso es cierto, pero la comisión olvida 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.

Artículo 174

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	Artículo 174.- Indivisibilidad de la condición La verificación de la condición es indivisible, salvo pacto en contrario.

Esta norma regula la indivisibilidad de la condición y el grupo de trabajo propone 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», en realidad es más propia esta última, ya que la palabra «verificar» podría 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.

Artículo 185

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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.

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 mantiene el texto del artículo 185, pero lo transforma en el inciso 1 de una norma compuesta por tres incisos.

En el inciso 2 se establece 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 resulta absolutamente 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.

Además, tenemos lo referido a las normas contractuales que tratan sobre el particular.

Adicionalmente, la comisión establece 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.

Título VIII

Vicios de la voluntad

Artículo 203

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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.

El texto del actual artículo 203 regula la cognoscibilidad del error.

La comisión copia el texto del artículo 203, transformándolo en el inciso 1 de la norma; y agrega un inciso 2, donde se señala que «Cuando se trate de acto unilateral no recepticio, no se requiere que el error sea conocible».

La exposición de motivos de la norma señala 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 plantea 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 evidente que, en el supuesto de los actos jurídicos unilaterales no recepticios, el error nunca necesita ser cognoscible por otra persona. De lo contrario, el acto unilateral nunca podría ser anulado por error.

Debemos recordar que esta propuesta se basa en el trabajo de la comisión del 2005, que planteó una norma similar.

Artículo 207

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 207.- La anulación del acto por error no da lugar a indemnización entre las partes.	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».

La norma propuesta sí admite 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 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.

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, aquella que vició su voluntad por error) también habría actuado con algún grado de culpa.

Artículo 214

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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 del nuevo artículo 214 se retira la violencia como causal de anulabilidad del acto.

En ese sentido, como veremos posteriormente, también se modifica 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»).

Estamos de acuerdo con la propuesta de modificación planteada por la comisión.

Éste es un tema que lo veníamos señalando hace tiempo y puede apreciarse nuestra opinión en *Tentaciones académicas*.[31]

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.

Artículo 216

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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 indica lo siguiente en torno a la propuesta para modificar el artículo 216: «La disposición actual enuncia una serie de

[31] CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas*. *La reforma del Código Civil peruano de 1984*. *Op. cit*., tomo I, pp. 323 y 324.

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 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 a la propuesta de artículo 214, que es lo relativo a suprimir la expresión «violencia».

Título IX

Nulidad del acto jurídico

Artículo 219

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 219.- El acto jurídico es nulo: 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente. 2.- Derogado. 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.	Artículo 219.- Causales de nulidad El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del sujeto que celebró el acto. 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.

Como sabemos, el artículo 219 trata sobre las causales de nulidad.

En ese sentido, nuestro análisis se realizará inciso por inciso.

La parte introductoria de la norma es la misma en ambos cuerpos normativos, señalando que «El acto jurídico es nulo».

En el inciso 1 la comisión plantea sustituir la expresión «agente» por «sujeto que celebró el acto».

Se trata 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 ha propuesto 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 las personas con discapacidad del año 2018.

En ese sentido, es de apreciar que el grupo de trabajo omite esta importante referencia, no restituyendo la vigencia de un precepto que siempre fue muy elogiado por su utilidad.

En el inciso 3 permanece 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 plantea efectuar en el artículo 140, se propone sustituir la expresión «Cuando su fin sea ilícito», por «Cuando su causa sea ilícita».

Por su parte, el inciso 5 se mantiene 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 agrega la misma sanción para aquellos actos que no revistan la forma prescrita de manera imperativa.

Ello, en concordancia con lo que propone 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 5 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.

Estamos 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 permanece inalterado, en el sentido de que el acto

jurídico es nulo cuando la ley lo declara nulo.

En tanto que lo propio ocurre 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.

Artículo 221

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
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. 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.	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.

Como sabemos, el artículo 221 regula las causales de anulabilidad.

La comisión propone suprimir el inciso 1, que hoy se refiere a la incapacidad relativa del agente.

Estamos 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»).

No obstante, la comisión estima 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 de los mismos.

La causal de anulación en los casos en los que la ley declara anulable el acto jurídico (actual inciso 4), pasa a ser el inciso 2 del artículo 221 de la propuesta del grupo de trabajo, con texto idéntico.

Artículo 222

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
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	Artículo 222.- Legitimados para solicitar la anulación. Efecto de la declaración 1. La anulación se pronunciará sólo a petición de la

puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.	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.

El actual artículo 222 regula en dos párrafos los efectos de la nulidad.

La comisión propone dividirlo en tres incisos, con algunas modificaciones y algunas semejanzas.

En primer lugar, el inciso 1 establece 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 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 recoge 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 señala que «la declaración de anulación no perjudica al tercero contratante a título oneroso y de buena fe».

En verdad, esta nueva norma propuesta podría resultar positiva, en resguardo de la seguridad jurídica y la protección de los terceros.

Artículo 226

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	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 se basa 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*.[32]

El grupo de trabajo propone en esa línea, que en el artículo 226 se recoja una

[32] 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.

norma similar a la de los anteproyectos anteriores, haciendo referencia a la restricción de capacidad, en vez de la incapacidad, por las modificaciones efectuadas en el Código por la Ley de protección a las personas con discapacidad.

Artículo 228

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 228.- Derogado.	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 realiza la comisión en el anteproyecto del 2019, se basa 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.[33]

El inciso 1 del anteproyecto del 2019 se limita a decir lo que nadie discute, pues siempre se ha entendido como uno de los efectos de la anulación o nulidad, la restitución de las prestaciones o, de no ser posible, su valor actual.

El inciso 2, arrastra el defecto del anteproyecto precedente, presentando un problema en su concepción, pues parece que se ha 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, cantidad que podría llegar a ser altísima.

Libro III

Derecho de familia

Sección Primera

Disposiciones generales

Artículo 233

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 233.- La regulación jurídica de la familia tiene por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los principios y normas proclamados en la Constitución Política del	Artículo 233.- Finalidad de la regulación de la familia La regulación jurídica de la familia y las diversas formas de constituirla tienen por finalidad contribuir a su consolidación y fortalecimiento, en armonía con los

[33] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Op. cit*., pp. 189 y 190.

Perú.	principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú y en los Tratados de Derechos Humanos ratificados por el Estado peruano.

El actual artículo 233 trata sobre cuál es el propósito de regulación del derecho de familia.

Las modificaciones fundamentales propuestas por la comisión del 2019 radican, en primer lugar, en que se agrega la expresión relativa a diversas formas de constituir la familia.

Es una vieja discusión si debe haber una o varias formas de constituir la familia.

El Código Civil de 1984 regula la manera tradicional de constituir la familia, basada en el vínculo entre un hombre y una mujer, ya sea por matrimonio o por unión de hecho.

El anteproyecto propone regular otras formas de constituirla.

No negamos que existen familias constituidas de diversas maneras; sin embargo, aquello que nos hace generar duda es lo relativo a una norma tan amplia en su concepción como aquella que se pretende incluir en el artículo 233.

En ocasiones anteriores, ya nos hemos pronunciado acerca de cuál es el modelo de familia que debería fomentar la legislación nacional.[34]

En la exposición de motivos se señala que «Es necesario que se otorgue tutela jurídica a otras formas familiares como la unión de hecho, que se desarrolla de modo similar a la que sucede (sic) en el matrimonio».

Disentimos de esta afirmación, pues la regulación de la unión de hecho tiene tratamiento no sólo desde el Código Civil de 1984 (artículo 326), sino también desde la Constitución Política de 1979; de modo tal que la modificación del artículo 233 en este extremo, resultaría innecesaria para la unión de hecho; no así para otras formas de fundar una familia, como la ensamblada, la monoparental y otras, a las que hace mención expresa el segundo párrafo de la exposición de motivos de esta propuesta de modificación del artículo 233.

La segunda modificación estriba en que la regulación de la familia no sólo se hace en función a los principios y normas proclamados en la Constitución Política del Perú, sino también en los tratados de derechos humanos ratificados por el Estado peruano.

No existe en la exposición de motivos del anteproyecto una sola línea en torno a cuáles serían los tratados de esta naturaleza a los que se hace referencia.

En muchas ocasiones ocurre que las autoridades suscriben o ratifican tratados que comprometen al Perú y a su legislación interna, pero tales actos son, en la práctica, inconsultos, de modo tal que en realidad la población no conoce a qué se está obligando

[34] CASTILLO FREYRE, Mario. *Entre el derecho civil y el arbitraje (segunda parte)*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 50. CASTILLO FREYRE, Mario. «La familia y la responsabilidad civil. Reflexiones personales a propósito de la presentación de un libro», pp. 37-68; y *Lectio inauguralis*. «El derecho y la familia en el Perú en el siglo XXI», pp. 69-101.

el Perú.

Hubiera sido bueno que la comisión procediera en ese sentido para saber exactamente a qué se refiere.

Artículo 237

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 237.- El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge.	Artículo 237.- Parentesco por afinidad 1. El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. 2. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex-cónyuge. 3. Igual parentesco, en las mismas líneas y grados, surge de las uniones estables que cumplan las condiciones del artículo 326.

El artículo 237 en su texto actual regula el parentesco por afinidad.

En la propuesta de modificación del grupo de trabajo, se plantea recoger lo señalado por la norma actual y extenderlo a las uniones de hecho que cumplan con las condiciones establecidas por el artículo 326 del propio Código.

El primer párrafo del actual artículo 237 pasaría a convertirse en el inciso 1; en tanto el segundo párrafo se convertiría en el inciso 2.

La asimilación del parentesco en las mismas líneas y grados para las uniones de hecho, se plantea regular en el inciso 3.

El primer párrafo de la exposición de motivos señala que «A diferencia de lo preceptuado en el artículo 237, se extiende la afinidad a las relaciones familiares originadas por las uniones de hecho».

En realidad, no estamos de acuerdo con esta propuesta de modificación, pues ya se estaría dando a la unión de hecho efectos muy similares a los del matrimonio; y no hay que olvidar que, si una pareja convive y no se casa, es porque no desea hacerlo y, por tanto, los efectos entre una institución y otra deben seguir teniendo marcadas diferencias y, entre ellas, lo relativo al parentesco.

Lo que llama la atención es que, en el segundo párrafo de la exposición de motivos, se señala que «Se regula también la relación jurídica de los hijos afines que no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, haciendo suyas (sic) las decisiones del Tribunal Constitucional».

Sin embargo, la propuesta del artículo 237 no contiene planteamiento de regulación alguno sobre el particular.

Título I

Capítulo segundo
Impedimentos
Artículo 243

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 243.- No se permite el matrimonio: 1.- Del tutor o del curador con el menor o con la persona con capacidad de ejercicio restringida del artículo 44 numerales 4 al 7 durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública. El tutor que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo. 2.- Del viudo o de la viuda que no acredite haber hecho inventario judicial, con intervención del Ministerio Público, de los bienes que esté administrando pertenecientes a sus hijos o sin que preceda declaración jurada de que no tiene hijos bajo su patria potestad o de que éstos no tienen bienes. La infracción de esta norma acarrea la pérdida del usufructo legal sobre los bienes de dichos hijos. Esta disposición es aplicable al cónyuge cuyo matrimonio hubiese sido invalidado o disuelto por divorcio, así como al padre o a la madre que tenga hijos extramatrimoniales bajo su patria potestad. 3.- De la viuda, en tanto no transcurran por lo menos trescientos días de la muerte de su marido, salvo que diere a luz. Esta disposición es aplicable a la mujer divorciada o cuyo matrimonio hubiera sido invalidado. Se dispensa el plazo si la mujer acredita no hallarse embarazada, mediante certificado médico expedido por autoridad competente. La viuda que contravenga la prohibición contenida en este inciso pierde los bienes que hubiera recibido de su marido a título gratuito. No rige la prohibición para el caso del Artículo 333 (sic) inciso 5. Es de aplicación a los casos a que se refiere este inciso la presunción de paternidad respecto del nuevo marido.	Artículo 243.- Prohibiciones especiales No se permite el matrimonio: 1. Del tutor o del asistente con el menor o la persona sujeta a un régimen de asistencia, durante el ejercicio del cargo, ni antes de que estén judicialmente aprobadas las cuentas de la administración, salvo que el padre o la madre de la persona sujeta a la tutela o régimen de asistencia hubiese autorizado el matrimonio por testamento o escritura pública. El tutor o el asistente que infrinja la prohibición pierde la retribución a que tenga derecho, sin perjuicio de la responsabilidad derivada del desempeño del cargo. [...]

Esta norma regula las prohibiciones especiales para contraer matrimonio.

El inciso 1 del código vigente contempla el caso del tutor o del curador. En ese sentido, al haberse modificado el régimen de representación de las personas con discapacidad, introduciendo las ayudas, la comisión ha sustituido estas referencias en la propuesta de modificatoria del inciso 1 del artículo 243.

No tenemos mayores comentarios que hacer sobre la norma que se propone modificar.

Artículo 244

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 244.- Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento. A falta o por incapacidad absoluta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro. A falta de ambos padres, o si los dos fueran absolutamente incapaces o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento. A falta de abuelos y abuelas o si son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores, respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial. Los hijos extramatrimoniales sólo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna.	Artículo 244.- Requisitos para matrimonio entre menores de edad 1. Los menores de edad, para contraer matrimonio, necesitan del asentimiento expreso de sus padres. La discrepancia entre los padres equivale al asentimiento. 2. A falta o por destitución de uno de los padres del ejercicio de la patria potestad, basta el asentimiento del otro. 3. A falta de ambos padres, o si los dos estuvieran sujetos a un régimen de capacidad de ejercicio restringida o hubieran sido destituidos del ejercicio de la patria potestad, prestarán asentimiento los abuelos y las abuelas. En igualdad de votos contrarios, la discordancia equivale al asentimiento. 4. A falta de abuelos y abuelas o si han sido removidos de la tutela, corresponde al juez de menores (sic) otorgar o negar la licencia supletoria. La misma atribución corresponde al juez de menores (sic), respecto de expósitos o de menores abandonados o que se encuentren bajo jurisdicción especial. 5. Los hijos extramatrimoniales sólo requieren el asentimiento del padre o, en su caso, de los abuelos paternos, cuando aquél los hubiese reconocido voluntariamente. La misma regla se aplica a la madre y los abuelos en línea materna.

El grupo de trabajo no introduce modificación relevante alguna a esta norma. Sólo la sistematiza en cinco incisos.

Debemos anotar que está desfasada la referencia que se hace en el inciso 4 al «juez de menores», cuando —obviamente— debió ser hecha al «juez de familia».

Este precepto regula en la actualidad, los requisitos para el matrimonio entre menores de edad.

Título III

Régimen patrimonial

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 295

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 295.- Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.	Artículo 295.- Elección del régimen patrimonial. 1. Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. 2. Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad. 3. No será necesario otorgar escritura pública cuando los contrayentes lo declaran en el acto de la celebración del matrimonio, lo que deberá constar en el acta. 4. Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal. 5. A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales. 6. Constituida la unión de hecho, cabe la separación de patrimonios formalizada ante Notario Público e inscrita en el registro personal para oponer efectos ante terceros.

La comisión sistematiza el texto del artículo 295 en seis incisos. Lo único relevante aquí, es que el régimen de separación de patrimonios se podría acordar en el propio acto de celebración del matrimonio.

Reiteramos nuestra opinión en el sentido de que se trataría de una ocasión demasiado pública para hacerlo, a menos —claro está— que tal extremo del acta no sea leído en la ceremonia.[35]

Artículo 296

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 296.- Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio son necesarios el otorgamiento de escritura pública y la inscripción en el registro personal. El nuevo régimen tiene vigencia desde la fecha de su inscripción.	Artículo 296.- Sustitución del régimen patrimonial 1. Durante el matrimonio, los cónyuges pueden sustituir un régimen por el otro. Para la validez del convenio es necesario el otorgamiento de escritura pública. 2. Para que surta efecto ante terceros debe inscribirse en el registro personal. 3. Cabe la sustitución del régimen patrimonial por

[35] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 298-300.

	los integrantes de la unión de hecho inscrita, y para que surta efecto ante terceros se debe inscribir en el registro personal.

Lo único relevante de la propuesta de modificación de este artículo, es que se establece que los miembros de la unión de hecho pueden cambiar de régimen patrimonial. Nosotros ya hemos escrito en ese sentido.[36]

Capítulo segundo

Sociedad de gananciales

Artículo 303

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 303.- Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos.	Artículo 303.- Administración de bienes propios. 1. Cada cónyuge conserva la libre administración de sus bienes propios y puede disponer de ellos o gravarlos. 2. Aun tratándose de bien propio ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer del inmueble donde está constituido el hogar conyugal. El juez puede autorizar el acto de disposición por causas justificadas, atendiendo el interés familiar.

El inciso 2 propuesto es atentatorio contra los derechos del cónyuge propietario del inmueble donde se constituye el hogar conyugal. Admitiríamos una solución como ésta en caso ese bien sea el único que posean los dos, pero de ninguna manera si el otro cónyuge también fuese propietario de, al menos, otro inmueble.

Artículo 307

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 307.- Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor.	Artículo 307.- Pago de deudas anteriores al régimen de gananciales. 1. Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con el derecho que el cónyuge deudor tenga sobre determinado bien social, a falta de bienes propios del deudor. 2. En este último supuesto, el acreedor hará efectivo el cobro de la deuda, cuando se proceda a la disolución de la sociedad de gananciales, previa a la liquidación.

La comisión establece en el anteproyecto que si hubiere deudas que hayan sido contraídas por uno de los cónyuges en beneficio del futuro hogar, se pagarán con el derecho que el cónyuge deudor tenga sobre determinado bien social, a falta de bienes

[36] CASTILLO FREYRE, Mario. «Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge». En *Actualidad Civil*. Lima, noviembre 2017, n.° 41, pp. 19-31.

propios del deudor. Hoy en día la norma establece que en este caso estas deudas serán pagadas con bienes sociales, a falta de bienes propios del deudor.

No estamos de acuerdo con la solución que se propone, pues por más que la deuda del futuro cónyuge haya sido contraída sólo por él, lo hizo en beneficio del futuro hogar, lo que en términos patrimoniales significa en beneficio de la futura sociedad de gananciales.

Artículo 311

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 311.- Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes: 1.- Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario. 2.- Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. 3.- Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior.	Artículo 311.- Reglas para calificación de los bienes. Para la calificación de los bienes, rigen las reglas siguientes: 1. Todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario. 2. Los bienes sustituidos o subrogados a otros se reputan de la misma condición de los que sustituyeron o subrogaron. 3. Si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior. 4. Los bienes adquiridos, antes o durante la vigencia de la sociedad de gananciales, mediante precio pagado en parte con fondos sociales y en parte con fondos propios de uno o de ambos cónyuges, se reputan en la misma condición en proporción al valor de los desembolsos respectivos.

La propuesta del grupo de trabajo copia los tres primeros incisos de la norma en vigencia y le agrega un inciso 4, que adopta una solución verdaderamente confusa y de difícil aplicación práctica. Hubiese sido preferible que en este caso los bienes se consideren comunes.

Artículo 315

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 315.- Para disponer de los bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer. Empero, cualquiera de ellos puede ejercitar tal facultad, si tiene poder especial del otro. Lo dispuesto en el párrafo anterior no rige para los actos de adquisición de bienes muebles, los cuales pueden ser efectuados por cualquiera de los cónyuges. Tampoco rige en los casos considerados en las leyes especiales.	Artículo 315.- Disposición de los bienes sociales 1. Si uno de los cónyuges dispone o grava un bien social sin la participación del otro, dicho acto es ineficaz. 2. El cónyuge que no participó en el acto de disposición o gravamen puede ratificarlo, en cuyo caso el acto será considerado eficaz desde el momento de su celebración. 3. Cualquiera de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a realizar actos de disposición o

	gravamen que requieran del asentimiento del otro, cuando existan causas justificadas de necesidad y utilidad, atendiéndose el interés familiar. La pretensión se tramita como proceso sumarísimo.

Nos parece adecuada la norma propuesta como nuevo artículo 315. En ella se brinda —a nuestro entender— razonable solución a tan debatido tema.

Artículo 326

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 326.- La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita. La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales. Tratándose de la unión de hecho que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo producen, respecto de sus miembros, derechos y deberes sucesorios, similares a los del matrimonio, por lo que las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil se aplican al integrante sobreviviente de la unión de hecho en los términos en que se aplicarían al cónyuge.	Artículo 326.- Unión de hecho. 1. La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, sin que haya unión de hecho inscrita por alguno de ellos, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos. 2. La posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal. 3. Las uniones de hecho que reúnan las condiciones señaladas en el numeral 1 producen derechos y deberes sucesorios similares a los del matrimonio, por lo que son de aplicación las disposiciones contenidas en los artículos 725, 727, 730, 731, 732, 822, 823, 824 y 825 del Código Civil. 4. Tratándose de una unión que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento sin causa.

La comisión divide el artículo 326 en tres incisos. En el primero indica que la unión de hecho a que se refiere la norma es aquella en la cual ninguno de los miembros de la pareja tiene una unión de hecho inscrita (con un tercero, se entiende).

Pero, en realidad, el hecho de tener inscrita una unión de hecho con un tercero no debe ser considerado como un obstáculo para que una nueva unión de hecho, que reemplace a la anterior, pueda surtir plenos efectos conforme al 326. Lo único que habría que hacer es liquidar la sociedad de gananciales de la primera (la inscrita), si es que ya se

hubiere configurado el plazo de los dos años de convivencia. Decimos esto, pues el hecho de tener una unión de hecho inscrita, no significa que automáticamente se haya formado el régimen patrimonial de sociedad de gananciales.

Además, la unión de hecho, a diferencia de lo que indica la exposición de motivos, no es de manera alguna un «matrimonio por usucapión».

Si uno convive en unión de hecho, pero no se casa, ello no impide que pueda decidir, cuando lo desee, estar con otra pareja con o sin una nueva unión de hecho.

No hay que olvidar que, si los miembros de una unión de hecho no se casan, es porque no deciden hacerlo o porque deciden no hacerlo. Por una razón o por la otra, la realidad es que no están casados (no hay matrimonio entre ellos).

Por último, el inciso 4 del artículo propuesto por la comisión establece que «tratándose de una unión que no reúna las condiciones señaladas en este artículo, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción por enriquecimiento sin causa».

Éste es un error de la comisión, pues conforme a lo dispuesto por el artículo 1955 del Código Civil (norma sobre la que no se ha propuesto reforma alguna), la acción por enriquecimiento sin causa no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

Y en el caso de los concubinos que no logren cumplir con los requisitos del artículo 326, procedería un reclamo por daños y perjuicios fruto de responsabilidad extracontractual (artículos 1969 y siguientes).

Artículo 326-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 326-A.- Separación de patrimonios. 1. Constituida la unión de hecho, cabe acordar la separación de patrimonios formalizada ante notario e inscrita en el registro personal. 2. Procede la sustitución del régimen patrimonial de la unión de hecho. Para que surta efecto ante terceros se debe inscribir en el registro personal.

A través de este artículo se propone establecer que los miembros de una unión de hecho pueden acordar separación de patrimonios y sustituir el régimen patrimonial.

Nosotros, en un trabajo del año 2017, sostuvimos que ello estaba perfectamente permitido en el derecho peruano,[37] sin necesidad de precepto legal específico. No obstante, concordamos en que no existe unanimidad de criterio sobre el particular y que una norma como la propuesta, podría resultar oportuna.

Artículo 326-B

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 326-B.- Extinción de la unión de hecho.

[37] CASTILLO FREYRE, Mario. «Repensando los efectos de la separación de patrimonios y la sucesión del cónyuge». En: *Actualidad Civil.* Lima, noviembre 2017, n.° 41, pp. 19-31.

	1. La unión de hecho termina por: a) Muerte, b) Ausencia, c) Mutuo acuerdo, d) Decisión unilateral, y e) Matrimonio civil celebrado por alguno de sus miembros en fecha posterior a la inscripción registral de la unión de hecho. 2. En el caso de la decisión unilateral, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de compensación o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales, salvo que se hubiera adoptado el régimen de separación de patrimonios.

A través de esta norma se propone regular los supuestos por los que se extingue la unión de hecho. Los cuatro primeros (literales a, b, c y d) son de evidencia palmaria.

El quinto (literal e) podría llevar a confusión, pues señala: «Matrimonio civil celebrado por alguno de sus miembros en fecha posterior a la inscripción registral de la unión de hecho».

Hay que precisar que la unión de hecho se extinguiría si cualquiera de sus integrantes se casa con un tercero, independientemente de si la unión de hecho estuviera inscrita o no en el registro. Esto es irrelevante.

Además, la comisión no contempla dentro de los supuestos de extinción de la unión de hecho al que tal vez resulte el más evidente, que es el matrimonio entre los miembros de la propia unión de hecho. Aquí la unión de hecho se extingue y nace la relación matrimonial, pero la sociedad de gananciales, si la hubiera, continuará existiendo en el matrimonio. Es evidente que ella no se extingue.

Finalmente, nos parece justa la solución que se brinda en el inciso 2 de la norma propuesta al conviviente abandonado.

Capítulo tercero

Separación de patrimonios

Artículo 327

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 327.- En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes.	Artículo 327.- Régimen de separación de patrimonios. En el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes. La misma regla se extiende a las uniones de hecho que elijan dicho régimen.

Nos parece adecuada la referencia que se agrega con relación a las uniones de hecho, dada la inclusión del artículo 326-A.

Artículo 329

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 329.- Además de los casos a que se refieren los artículos 295 y 296, el régimen de separación es establecido por el juez, a pedido del cónyuge agraviado, cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las providencias concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. La separación surte efecto entre los cónyuges desde la fecha de la notificación con la demanda.	Artículo 329.- Sustitución judicial del régimen. 1. El régimen de separación puede ser establecido por el juez: a) A pedido del cónyuge agraviado cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa. b) Si el otro cónyuge tiene un régimen de asistencia o ha sido condenado por delito doloso. c) Por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continúo (sic). En este caso, la pretensión corresponde únicamente al abandonado. 2. Interpuesta la demanda, puede el juez dictar, a pedido del demandante o de oficio, las medidas concernientes a la seguridad de los intereses de aquél. Dichas medidas, así como la sentencia, deben ser inscritas en el registro personal para que surtan efecto frente a terceros. Entre los cónyuges la sentencia que declara fundada la sustitución del régimen patrimonial surte efecto desde que queda consentida o ejecutoriada.

La comisión propone dividir el artículo 329 en dos incisos, el primero de ellos, con tres literales. En el inciso 1 se establece los casos en que el régimen de separación de patrimonios puede ser establecido por el juez.

El primer caso está constituido por «A pedido del cónyuge agraviado (debería ir una coma aquí) cuando el otro abusa de las facultades que le corresponden o actúa con dolo o culpa». Esta norma también corresponde al artículo 329 en actual vigencia.

El literal b) señala que el régimen de separación de patrimonios puede ser establecido por el juez, «Si el otro cónyuge tiene un régimen de asistencia o ha sido condenado por delito doloso».

Esta norma propone introducir un precepto novedoso en el 329. Pensamos que habría que meditar más sobre el particular, sobre todo, para establecer que los hechos descritos en el literal b) del 329 fueron sobrevenidos a la celebración del matrimonio.

El literal c) señala «Por abandono injustificado del domicilio conyugal por más de un año continuo. En este caso, la pretensión corresponde únicamente al abandonado». Nos parece correcta esta adición normativa.

En el inciso 2 se regula las medidas cautelares y su inscripción en el registro personal para que surtan efecto contra terceros. Pero, entre los cónyuges la sentencia que declara fundada la sustitución del régimen patrimonial, surte efecto desde que queda consentida o ejecutoriada, a diferencia de lo que ocurre hoy en día, que es «desde la fecha de la notificación con la demanda».

Título IV

Decaimiento y disolución del vínculo

Capítulo primero

Separación de cuerpos

Artículo 332

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 332.- La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.	Artículo 332.- Efecto de la separación de cuerpos. 1. El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio. 2. La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial (sic)

Esta norma dispone en el Código vigente, que «La separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial».

La comisión propone que el citado artículo pase a constituir el inciso 2 de la norma y que el inciso 1 diga «El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio». En lo personal, consideramos innecesaria esta norma, en la medida de que se trata de una conclusión o afirmación de algo sobre lo que nadie tiene dudas.

En ese sentido, no vale la pena positivizar conceptos acerca de los cuales no existe debate ni posiciones jurídicas encontradas; sino, más bien, unanimidad de criterio.

Artículo 333

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 333.- Causales Son causas de separación de cuerpos: 1. El adulterio. 2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias. 3. El atentado contra la vida del cónyuge. 4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común. 5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo. 6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común. 7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347. 8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.	Artículo 333.- Causales. 1. Son causas del divorcio o, en su caso, de separación de cuerpos: a) Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos. b) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. c) El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio. 2. El divorcio o separación de cuerpos convencional será judicial, notarial o administrativo municipal.

9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. 10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio. 11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. 12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335. 13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.	

Este artículo es muy conocido, pues regula las causales de separación de cuerpos.

La comisión propone minimizar el divorcio sanción y poner de relieve el divorcio remedio.

Para tal efecto, plantea derogar los once primeros incisos del 333 y subsumirlos en un inciso que diga «Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos».

El primer problema de la norma propuesta es su inmensa amplitud y vaguedad, la misma que podría dar pie a invocar muchas situaciones para hacerlas encuadrar en el precepto.

A entender nuestro, las causales de separación de cuerpos deben ser lo más precisas posibles, a efectos de evitar que se juegue con un tema tan delicado. Mejor es una lista taxativa, como la de los incisos 1 al 11 del artículo 333 en actual vigencia, que una lista infinita de supuestos, como la que consagraría el proyectado inciso 1, literal a) del artículo 333.

Por otra parte, la comisión propone en el artículo 333, inciso 1, literal b), «La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años».

Esta norma deroga la parte del inciso 12, que señala que «Dicho plazo será de cuatro años y si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad».

No estamos de acuerdo con esta supresión, pues la norma en vigencia protege a los hijos menores de edad y brinda una oportunidad mayor para que los cónyuges reflexionen al respecto.

Además, se propone derogar el extremo del inciso 12, que dice «En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335».

Esta norma no debería ser derogada porque ella marca, precisamente, la diferencia entre las normas de divorcio sanción (artículo 333, incisos 1 al 11) y las relativas al divorcio remedio (incisos 12 y 13, en actual vigencia).

Por otra parte, la comisión propone regular un literal c) para el nuevo inciso 1, que diga: «El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio», reduciendo el plazo actual de dos años, a uno.

Tampoco estamos de acuerdo con esta propuesta que reduce las posibilidades de la pareja de tener una adecuada reflexión sobre la posibilidad de mantener o terminar con su matrimonio.

Siguiendo la lógica de la comisión, mejor se podría suprimir el plazo mínimo y permitir que los cónyuges acuerden su separación el mismo día en que se casaron.

Artículo 333-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 333-A.- Propuesta reguladora de los efectos del divorcio y separación de cuerpos. El o los cónyuges que pretendan el divorcio o separación de cuerpos deberán acompañar a la demanda o solicitud una propuesta reguladora de sus efectos personales y patrimoniales en relación con ellos, así como de los hijos menores de edad o con alguna discapacidad. De igual modo lo hará el otro cónyuge, en su caso.

Nos parece interesante el contenido de esta norma, sobre todo para que, sea que se intente la separación de manera unilateral o bilateral, ambos cónyuges expresen por escrito cuáles serían las consecuencias personales del futuro divorcio, con respecto a los hijos y al patrimonio.

Serviría de ilustración para las partes y para el propio juez.

Artículo 333-B

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 333-B.- Contenido de la propuesta reguladora. 1. La propuesta reguladora debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda, distribución de los bienes, eventuales compensaciones económicas entre los cónyuges, el ejercicio de la responsabilidad parental, la comunicación parental, los alimentos y cualquier otro aspecto de interés de los cónyuges o la familia. 2. El juez evaluará la propuesta en la audiencia y resolverá observando el interés familiar.

Complementa el 333-A. En realidad, no hay necesidad de crear dos artículos adicionales. Bastaría con unificarlos en el 333-B.

Por lo demás, estamos de acuerdo con su contenido.

Artículo 334

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil**

	(R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 334.**-** La acción de separación corresponde a los cónyuges. Si alguno es incapaz, por enfermedad mental o ausencia, la acción la puede ejercer cualquiera de sus ascendientes si se funda en causal específica. A falta de ellos el curador especial representa al incapaz.	Artículo 334.- Titulares de la acción de separación de cuerpos. Si alguno de los cónyuges se encuentra en un régimen de capacidad de ejercicio restringida, asistencia o ausencia y no puede ejercer la acción, está autorizado a hacerlo cualquiera de sus ascendientes, descendientes o parientes colaterales por consanguinidad en segundo grado si se funda en la causal de separación de hecho.

Estamos de acuerdo con la propuesta que se formula y su fundamento.

Artículo 335

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 335.- Ninguno de los cónyuges puede fundar la demanda en hecho propio.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Como hemos manifestado al analizar el artículo 333, no estamos de acuerdo con eliminar el divorcio sanción, en la medida de que el mismo constituye, además de una sanción jurídica, una sanción de orden moral; y ello no debe ser ajeno al derecho y menos al matrimonio y a su eventual disolución.

Por estas razones, no somos partidarios de derogar el artículo 335 del Código Civil.

Además, el divorcio sanción permite al cónyuge afectado reclamar los daños y perjuicios sufridos; lo que no ocurre con el divorcio remedio.

Artículo 336

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 336.- No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Por las razones antes expuestas, tampoco estamos de acuerdo con la derogatoria del artículo 336, que propone la comisión.

Artículo 337

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 337.- La injuria grave es apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges.[38]	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

[38] De conformidad a la Sentencia del Tribunal Constitucional n.° 018-96-I-TC, publicada el 13 mayo 1997, se declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por contra el presente artículo, en la medida que la sevicia y la conducta deshonrosa que hace insoportable la vida en común, sean apreciadas por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, disposición que queda

De acuerdo a la sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de mayo de 1997, recaída en el expediente n.° 018-96-I, este artículo ha quedado referido en exclusiva al caso de la injuria grave.

La comisión opta por plantear la derogatoria de la norma, en razón de la regulación que propone basada en el divorcio objetivo y no subjetivo.

Como ya hemos manifestado, no estamos de acuerdo con este proceder, razón por la cual tampoco coincidimos con la idea de derogar el artículo 337 del Código Civil.

Artículo 338

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 338.- No puede invocar la causal a que se refiere el inciso 10 del artículo 333, quien conoció el delito antes de casarse.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

No compartimos el fundamento para derogar este artículo contenido en la exposición de motivos, ni la razón última que llevaría a su derogatoria.

Artículo 339

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 339.- La acción basada en el artículo 333, incisos 1, 3, 9 y 10, caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido y, en todo caso, a los cinco años de producida. La que se funda en los incisos 2 y 4 caduca a los seis meses de producida la causa. En los demás casos, la acción está expedita mientras subsistan los hechos que la motivan.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión también propone derogar el artículo 339, en base a la tesis de suprimir el divorcio sanción y dar prevalencia al divorcio remedio.

Disentimos de este planteamiento.

Artículo 340

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 340.- Los hijos se confían al cónyuge que obtuvo la separación por causa específica, a no ser que el juez determine, por el bienestar de ellos, que se encargue de todos o de alguno el otro cónyuge o, si hay motivo grave, una tercera persona. Esta designación debe recaer por su orden, y siendo posible y conveniente, en alguno de los abuelos, hermanos o tíos. Si ambos cónyuges son culpables, los hijos varones mayores de siete años quedan a cargo del padre y las hijas menores de edad, así como los hijos menores de siete años al cuidado de la madre, a no ser que el	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

derogada; e infundada la demanda en lo referente a la injuria grave, disposición que queda vigente. El presente artículo, en consecuencia, se entenderá referido en adelante exclusivamente a la causal de injuria grave.

juez determine otra cosa. El padre o madre a quien se haya confiado los hijos ejerce la patria potestad respecto de ellos. El otro queda suspendido en el ejercicio, pero lo reasume de pleno derecho si el primero muere o resulta legalmente impedido.	

Por las razones expuestas, no estamos de acuerdo con la propuesta de la comisión para derogar el artículo 340.

Artículo 342

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 342.- El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Por las razones expuestas, no estamos de acuerdo con la propuesta de la comisión para derogar el artículo 342.

Artículo 343

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 343.- El cónyuge separado por culpa suya pierde los derechos hereditarios que le corresponden.	SE PROPONE SU DER.OGACIÓN

Por las razones expuestas, no estamos de acuerdo con la propuesta de la comisión para derogar el artículo 343.

Artículo 344

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 344.- Cuando se solicite la separación convencional cualquiera de las partes puede revocar su consentimiento dentro de los treinta días naturales siguientes a la audiencia.	Artículo 344.- Revocación de consentimiento. Cuando se solicite el divorcio o la separación convencional cualquiera de los cónyuges puede revocar su consentimiento dentro de los diez días naturales siguientes a la audiencia en el proceso judicial, trámite notarial o administrativo.

La propuesta agrega a la eventual solicitud de separación convencional, la solicitud de divorcio; en tanto que reduce el plazo de retractación unilateral o arrepentimiento, de treinta a diez días siguientes a la audiencia.

No estamos de acuerdo con esta propuesta, en la medida de que se trata de un plazo de reflexión, y la prisa es mala consejera.

Artículo 345

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 345.- Patria Potestad y alimentos en separación convencional En caso de separación convencional o de separación	Artículo 345.- Responsabilidad parental y alimentos en el divorcio y separación de cuerpos. 1. En caso de divorcio o separación de cuerpos, el

de hecho, el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la patria potestad, los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido, observando, en cuanto sea conveniente, los intereses de los hijos menores de edad y la familia o lo que ambos cónyuges acuerden. Son aplicables a la separación convencional y a la separación de hecho las disposiciones contenidas en los Artículos 340 (sic) último párrafo y 341.	juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la responsabilidad parental que es ejercida por ambos padres, salvo que en el proceso judicial se haya acreditado que alguno de estos haya incurrido en causal específica de suspensión o pérdida de la misma. El juez dispondrá cuál de los padres ejercerá la tenencia o si esta será compartida. 2. El juez dispondrá las medidas correspondientes para salvaguardar la efectividad del régimen de comunicación entre los padres e hijos, tanto con el padre o madre que no ejerce la tenencia, como cuando sea compartida, a fin de garantizar el derecho del niño y adolescente de mantener una relación fluida y saludable con ambos padres, considerando la opinión del niño o adolescente. 3. La sentencia establecerá además los alimentos de los hijos y los de la mujer o el marido. 4. El juez, considerará lo que ambos cónyuges propongan o consensuen (sic) de acuerdo a sus propuestas reguladoras, siempre que no se perjudique los intereses de los integrantes del grupo familiar, particularmente de los hijos menores de edad o con alguna persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida o asistencia.

Estimamos que la propuesta de modificación es muy reglamentarista.

Por ejemplo, en el inciso 1 se señala que el juez fija el régimen concerniente al ejercicio de la «responsabilidad parental», término que sustituiría al de «patria potestad». Se especifica que la responsabilidad es ejercida por ambos padres (lo que es obvio) y se señala la salvedad consistente en que en el proceso judicial se haya acreditado que alguno de ellos haya incurrido en causal específica de suspensión o pérdida de la misma (lo que también es obvio).

Sobre la tenencia, el inciso 1 también especifica que el juez dispondrá cuál de los padres ejercerá la tenencia o si ésta fuese compartida (lo que también es evidente).

En lo que respecta al inciso 2, se dispone como norma imperativa que «El juez dispondrá las medidas correspondientes para salvaguardar la efectividad del régimen de comunicación entre los padres e hijos, tanto con el padre o madre que no ejerce la tenencia, como cuando sea compartida, a fin de garantizar el derecho del niño y adolescente de mantener una relación fluida y saludable con ambos padres, considerando la opinión del niño o adolescente».

Esto es peligroso, pues tal comunicación no debería producirse en algunos casos, como, por ejemplo, si el padre hubiese perdido la patria potestad por abusar sexualmente del menor en cuestión. En éste y otros casos similares, simplemente no debería haber régimen de comunicación alguno con el padre.

En el inciso 3 se menciona el tema de los alimentos, el mismo que ya se encuentra regulado en la norma en vigencia.

Y, finalmente, el inciso 4 establece que «El juez, (aquí sobra la coma) considerará

lo que ambos cónyuges propongan o consensúen de acuerdo a sus propuestas reguladoras, siempre que no se perjudique los intereses de los integrantes del grupo familiar, particularmente de los hijos menores de edad o con alguna persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida o asistencia».

Este precepto carece de sentido, en la medida de que si el juez «considerará» estas propuestas, tal consideración no es para él obligatoria y, por tanto, resulta inútil toda la especificación final hecha por la norma.

Artículo 345-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 345-A.- Indemnización en caso de perjuicio Para invocar el supuesto del inciso 12 del Artículo 333 el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo. El juez velará por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho, así como la de sus hijos. Deberá señalar una indemnización por daños, incluyendo el daño personal u ordenar la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que le pudiera corresponder. Son aplicables a favor del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, las disposiciones contenidas en los artículos 323, 324, 342, 343, 351 y 352, en cuanto sean pertinentes.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La norma en vigencia resulta de gran utilidad y justicia para el cónyuge perjudicado o que sea víctima de aquél que desea invocar el divorcio unilateral.

Como la comisión pretende suprimir la figura del divorcio sanción y sus diferentes manifestaciones, sustituyéndolo por el divorcio remedio, entonces prescinde del artículo 345-A, lo que determina que alguien podrá invocar y llevar adelante un divorcio remedio con independencia de si está o no al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

Por lo demás, la exposición de motivos no explica el porqué de la derogatoria del 345-A y su no sustitución por algún precepto similar que proteja a los demás miembros de la familia.

Capítulo segundo

Divorcio

Artículo 348

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 348.- El divorcio disuelve el vínculo del	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

matrimonio.	

No entendemos la razón por la cual la comisión propone derogar el artículo 348, que establece que «El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio». Decimos esto, porque en la exposición de motivos se señala que la razón de la derogatoria es porque el Código Civil se adhiere a la tesis divorcista y dentro de ella opta por el divorcio remedio.

En primer término, ello no es así, pues la inmensa mayoría de causales de divorcio están basadas en la tesis del divorcio sanción. Es el grupo de trabajo el que opta por instaurar la tesis del divorcio remedio y no el legislador de 1984.

En segundo lugar, sea cual fuere la tesis divorcista que se adopte, pues en cualquier caso será cierto que «El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio», que es, precisamente el contenido del artículo 348 que la comisión pretende derogar, sin señalar alguna razón valedera para ello.

Artículo 349

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 349.- Causales de divorcio Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar esta norma, en razón de la modificación que plantea para el artículo 333. Por las razones que venimos exponiendo sobre el tema, nos oponemos a esta derogatoria.

Artículo 350

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 350.- Por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre marido y mujer. Si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. El ex-cónyuge puede, por causas graves, pedir la capitalización de la pensión alimenticia y la entrega del capital correspondiente. El indigente debe ser socorrido por su ex-cónyuge aunque hubiese dado motivos para el divorcio. Las obligaciones a que se refiere este artículo cesan automáticamente si el alimentista contrae nuevas nupcias. Cuando desaparece el estado de necesidad, el obligado puede demandar la exoneración y, en su caso, el reembolso.	Artículo 350.- Efectos del divorcio respecto a los cónyuges. 1. Por el divorcio cesa la obligación alimentaria entre marido y mujer, salvo pacto en contrario. 2. Excepcionalmente podrán fijarse alimentos posteriores al divorcio en los siguientes casos: a) a (sic) favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. b) a (sic) favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. No procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 351. 3. En cuanto al divorcio convencional rige la propuesta reguladora de los alimentos aprobada por el juez. Cuando la separación de cuerpos o el divorcio se tramitan ante un notario o autoridad administrativa rigen los acuerdos contenidos en el acta de conciliación extrajudicial.

La modificatoria de esta norma se plantea en razón de la propuesta del grupo

de trabajo, para eliminar la resolución del divorcio sanción en el Código Civil. Por este motivo, somos contrarios al planteamiento modificatorio de este artículo.

Artículo 351

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 351.- Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral.	Artículo 351.- Reparación del cónyuge inocente. 1. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. 2. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

El actual artículo 351 determina que «Si los hechos que han determinado el divorcio comprometen gravemente el legítimo interés personal del cónyuge inocente, el juez podrá concederle una suma de dinero por concepto de reparación del daño moral».

Se trata de una norma muy justa y protectora del cónyuge inocente.

Al suprimir lo relativo al divorcio sanción, el grupo de trabajo propone reformar el artículo 351, pero lo hace muy mal, ya que, si uno lee el inciso 1 que propone para el referido artículo, observará que incluso el cónyuge que en la práctica hubiese sido culpable del divorcio y quien lo promueve, podría pretender para sí aquellos beneficios que especifica la referida norma, cuando señala que: «1. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado».

Artículo 351-B

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 351-B.- Fijación de compensación económica. 1. Los cónyuges propondrán un convenio regulador de la compensación económica. En su defecto, y a pedido de cualquiera de los cónyuges, el juez determinará su procedencia, monto y modo de prestarlo de acuerdo a los siguientes criterios: a) La dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; b) La edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;

	c) La capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; d) La colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; e) La atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio o un inmueble arrendado. Se determinará quien (sic) hará pago de las acreencias de la vivienda familiar; así como de los gastos de arrendamiento y mantenimiento. f) La pérdida eventual de derechos y/o beneficios percibidos en función del matrimonio. 2. La petición de compensación económica se presentará con la demanda de divorcio, en todo caso (sic) el derecho a reclamarla caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

Volvemos a lo mismo con esta norma, que propone regular la compensación económica que podría pretender un cónyuge con respecto al otro, en caso del divorcio remedio.

Si leemos detenidamente el artículo propuesto, advertiremos fácilmente que será posible que el cónyuge que promueva el divorcio remedio (por ejemplo, porque en realidad ella (él) se ha enamorado de otro hombre (otra mujer) con quien ahora desea casarse), reclame a su esposo(a) una compensación económica que cubra todos y cada uno de los rubros señalados en el inciso 1 de la propuesta de artículo 351-B.

No es difícil advertir que la suma resultante (obsérvese que ni siquiera se trata de una pensión o renta mensual, sino de una compensación similar a la indemnización) podría ser millonaria.

Vaya premio por enamorarse de otro(a) y deshacer su matrimonio.

Lo que ocurre con temas como éste, es decir con el divorcio remedio, es que son materias en las que el legislador regula los artículos de manera ascéptica, sin considerar la culpa de alguno de los cónyuges en la configuración de alguna causal de divorcio. Si son así las cosas, obviamente el resultado y las consecuencias de la regulación legislativa también serán amorales, es decir prescindirán de cualquier consideración moral.

Ése no es el código ni la sociedad que queremos.

Artículo 351-C

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 351-C.- Indemnización por el daño producido. El cónyuge que no generó la causal podrá solicitar la

	indemnización de los daños generados en su perjuicio.

En esta norma la comisión no puede más y recurre al tema de la culpa para identificar al culpable del divorcio.

Seguro después de redactar el proyectado artículo 351-B, la comisión entendió que, en materia de compensaciones, en sede de divorcio, hay que encontrar a un culpable. Así, el 351-C establece que «El cónyuge que no generó la causal podrá solicitar la indemnización de los años generados en su perjuicio».

Pero, esta norma peca de un gran defecto, consistente en asumir que será fácil identificar al cónyuge culpable del divorcio.

Si el régimen fuese (como propone el grupo de trabajo) el del divorcio remedio y ya no el del divorcio sanción, en el juicio de divorcio no será materia controvertida la relativa a cuál de los cónyuges fue el culpable del divorcio. Entonces, una vez divorciados, ¿quién podrá solicitar la indemnización contemplada en el artículo 351-C? ¿O es que el 351-C abre la posibilidad de que se ventile el tema indemnizatorio en el juicio de divorcio? Si así fuere, el divorcio remedio de la comisión, se convertiría —en términos probatorios— en un divorcio sanción. Sobre todo, porque habría un reclamo indemnizatorio de por medio.

Además, nos preguntamos si el cónyuge culpable podría resultar beneficiado con una «compensación» en base al artículo 351-B, y si luego podría ser perjudicado, al condenársele al pago de una indemnización, por el 351-C; entonces, se compensaría las sumas hasta el monto de la menor.

¡¿Qué les parece?!

Artículo 352

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 352.- El cónyuge divorciado por su culpa perderá los gananciales que procedan de los bienes del otro.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma regula en la actualidad la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable, en el divorcio sanción.

El grupo de trabajo propone derogarlo, en la medida de que adopta la tesis del divorcio remedio. Otra injusticia más derivada del prurito de modificación y de la implantación, con respecto al régimen del divorcio, de un absurdo dogmatismo.

Artículo 354

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 354.- Plazo de conversión Transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare	Artículo 354.- Plazo de conversión Transcurrido un mes de notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el

disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica.	vínculo del matrimonio.

El artículo 354 regula en la actualidad la conversión de la separación de cuerpos en divorcio, otorgando un plazo de dos meses, como mínimo, para poder solicitarlo luego de notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho.

El grupo de trabajo propone disminuir el plazo a un mínimo de un mes, a la par que adecuar el artículo a la tesis del divorcio remedio, derogando el segundo párrafo de la norma.

En primer lugar, no estamos de acuerdo con que se reduzca el plazo a la mitad, pues se trata de un plazo de reflexión.

En segundo término, tampoco estamos de acuerdo en adecuar la norma a la tesis del divorcio remedio, por las razones que venimos exponiendo.

Artículo 355

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 355.- Son aplicables al divorcio las reglas contenidas en los artículos 334 a 342, en cuanto sean pertinentes.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

En razón de que somos contrarios a derogar la normativa referente al divorcio sanción, también lo somos de derogar el artículo 355.

Artículo 356

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 356.- Durante la tramitación del juicio de divorcio por causal específica, el juez mandará cortar el proceso si los cónyuges se reconcilian. Es aplicable a la reconciliación el último párrafo del artículo 346. Si se trata de la conversión de la separación en divorcio, la reconciliación de los cónyuges, o el desistimiento de quien pidió la conversión, dejan sin efecto esta solicitud.	Artículo 356.- Proceso por reconciliación. Si durante la tramitación del divorcio o separación de cuerpos, los cónyuges se reconcilian o muere uno o ambos, el juez, notario o autoridad administrativa dispondrá se deje sin efecto la demanda o solicitud.

Se propone modificar esta norma de acuerdo a la tesis del divorcio remedio. En ese sentido, llama la atención la crítica que la comisión autora del anteproyecto, hace al Código Civil de 1984, por proteger al matrimonio y la familia: «El Código Civil considera mecanismos más adecuados para la protección del matrimonio y de la familia, lo cual se revela en la gran cantidad de normas referidas a las formalidades para la celebración del matrimonio y también en las disposiciones relacionadas con la conservación del vínculo matrimonial».

El Grupo de Trabajo, entonces, considera negativo que el Código Civil proteja el matrimonio y la familia, tal como acabamos de apreciar de la propia exposición de motivos del anteproyecto del 2019.

Entonces, ahora sí entendemos a plenitud la preferencia absoluta por el divorcio remedio, la derogación del divorcio sanción y la regulación absolutamente amoral de la separación de cuerpos y del divorcio.

Artículo 357

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 357.- El demandante puede, en cualquier estado de la causa, variar su demanda de divorcio convirtiéndola en una de separación.	Artículo 357.- Variación de la demanda de divorcio. La demanda de divorcio puede ser variada a divorcio convencional, en cualquier estado del proceso. En tal caso es de aplicación el artículo 333-A.

Esta propuesta de modificación tiene naturaleza fundamentalmente procesal.

Artículo 358

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 358.- Aunque la demanda o la reconvención tengan por objeto el divorcio, el juez puede declarar la separación, si parece probable que los cónyuges se reconcilien.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

El artículo 358 en vigencia, regula la facultad que tiene el juez para decretar, de oficio, la separación, aunque la demanda o reconvención tengan por objeto el divorcio.

En la exposición de motivos, la comisión señala, expresamente que: «La facultad, de acuerdo con las directrices que inspiran el código, obedece al deseo social de preservar la institución del matrimonio como herramienta para conservar esta institución ha sido puesta en manos del órgano jurisdiccional (sic)».

Ante esta afirmación —en verdad, cierta—, respecto a un Código Civil protector de la familia y del matrimonio, viene nuevamente la simplicidad amoral al respecto, cuando —acto seguido— la comisión señala en la exposición de motivos que: «El grupo de trabajo estima adecuada su derogación, tendiéndose a una regulación en la línea de las consecuencias del divorcio remedio. Nada más ni nada menos. Ninguna consideración de orden moral».

Artículo 359

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 359.- Consulta de la sentencia Si no se apela la sentencia que declara el divorcio, ésta será consultada, con excepción de aquella que declara el divorcio en mérito de la sentencia de separación convencional.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo en razón de su deseo de implantar el divorcio remedio y de eliminar cualquier obstáculo que impida la facilitación del mismo.

En razón de ello, somos contrarios a la propuesta para derogar el artículo 359.

Artículo 360

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil

	(R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 360.- Las disposiciones de la ley sobre el divorcio y la separación de cuerpos no se extienden más allá de sus efectos civiles y dejan íntegros los deberes que la religión impone.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Grave error de la comisión cuando dice[39] que: «El precepto normativo constituye una limitación a la acción de divorcio, consistente en que, a pesar de reconocer el Código Civil el divorcio, los católicos no pueden sentirse exonerados de la obligación religiosa de mantener la indisolubilidad del matrimonio cuando éste ha sido contraído por la Iglesia.— Se considera derogar el presente artículo».

En primer término, el artículo 360 es una norma de orden civil, de manera tal que, en este ámbito, quienes se divorciaron, divorciados estarán.

Lo que hace el 360 es, simplemente, recordar que si la religión impusiera a quienes se divorcian, deberes (y derechos) distintos, pues ellos quedarán incólumes.

Esto podría dar lugar a que una pareja que se hubiese casado por lo civil y también por alguna religión, si se hubiera divorciado, ello no acarreará similar consecuencia para su matrimonio religioso. Ellos seguirán siendo esposos por la religión, lo que es obvio.

No está de más recordar esto, por si acaso.

En segundo lugar, el artículo 360 no menciona a la religión católica, a pesar de que el ponente del Libro de Derecho de Familia del Código Civil de 1984, doctor Héctor Cornejo Chávez y prácticamente la totalidad de los integrantes de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936 y de la Comisión Revisora del proyecto mismo, eran católicos.

La norma sólo hace referencia a «los deberes que la religión impone». Ello es aplicable a cualquier religión.

Por lo demás, en tercer lugar, si los cónyuges divorciados no profesaran religión alguna, pues no tendrían de qué preocuparse.

El artículo 360 nunca ha representado problema práctico alguno (ni lo podría representar), así como no limita derecho alguno de nadie, a diferencia de lo que —sin sustento— sostiene la exposición de motivos de la comisión: «El precepto normativo constituye una limitación a la acción de divorcio, consistente en que, a pesar de reconocer el Código Civil el divorcio, los católicos (no sabemos de dónde saca la comisión lo de "católicos") no pueden sentirse exonerados de la obligación religiosa de mantener la indisolubilidad del matrimonio cuando este ha sido contraído por la Iglesia».

No existe limitación alguna en el orden civil; y si la existiera en el orden religioso, ese ya es un tema personal y privado de cada quién.

Es en razón de todo lo expuesto que nos oponemos a la propuesta para derogar el artículo 360.

Sección tercera

[39] Página 105 del anteproyecto del 2019.

Sociedad paterno-filial

Título II

Filiación extramatrimonial

Capítulo primero

Reconocimiento de los hijos extramatrimoniales

Artículo 389

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 389.- Reconocimiento por los abuelos o abuelas El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando éstos se hallen comprendidos en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, puede reconocer a su hijo. Cuando el padre o la madre se halle comprendido en el artículo 44 (sic) inciso 9, el hijo extramatrimonial puede ser reconocido a través de apoyos designados judicialmente.	Artículo 389.- Reconocimiento por los abuelos El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por los abuelos o abuelas de la respectiva línea, en el caso de muerte del padre o de la madre o cuando estos se hallen comprendidos en los artículos 43 (sic) incisos (sic) 2 o en el artículo 47 o también cuando los padres sean menores de catorce años. En este último supuesto, una vez que el adolescente cumpla los catorce años, podrá reconocer a su hijo.

El grupo de trabajo modifica esta norma en razón del nuevo régimen sobre capacidad, instaurado el año 2018.

Las adecuaciones son pertinentes.

En primer lugar, hay que advertir que la comisión propone modificar el nombre y contenido del Capítulo Tercero, hoy relativo a los hijos alimentistas, por lo referido a la filiación por reproducción asistida, sustituyendo también el actual artículo 415 por los nuevos artículos 415, 415-A, 415-B, 415-C y 415-D.

Veamos.

En primer lugar, se propone derogar lo relativo a los hijos alimentistas, en razón de que «actualmente se puede determinar la paternidad a través de la prueba de ADN».

Estamos de acuerdo con lo expuesto por la comisión, en tanto la calificación de hijos alimentistas constituye un rezago de aquellos casos en que no se podía probar la condición de hijo extramatrimonial, a través de la prueba de los grupos sanguíneos, ciñéndose a aquellos hijos provenientes del periodo en que el padre tuvo relaciones sexuales con la madre.

En verdad, además, el «hijo alimentista» no tiene, en estricto, la calidad de hijo y la calificación es, en sí misma, peyorativa.

Capítulo tercero

Hijos alimentistas/Filiación por reproducción asistida

Artículo 415

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 415.- Derechos del hijo alimentista Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si éstas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo. Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre.	Artículo 415.- Filiación mediante fecundación asistida. 1. Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional. 2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil. 3. El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.

Se señala, en primer lugar, que toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional.

A ello se agrega el inciso 3, en el que se establece que el consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.

Estos dos incisos tienen un contenido verdaderamente obvio. Lo contrario sería inimaginable.

Por su parte, en el inciso 2 se propone que no podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.

Esta precisión sí es adecuada para la preservación de la integridad de los derechos de la persona procreada a través de estas técnicas y así evitar que sea discriminada.

Artículo 415-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 415-A.- Determinación de la filiación matrimonial. 1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el numeral 3. 2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge,

	formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero. 3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que exista asentimiento expreso de aquel y se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido. La misma regulación se aplica a los embriones crio conservados.

El inciso 1 plantea que los hijos se consideren matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida.

Pero, mucho cuidado con el hecho de que no se especifica que tal presunción sólo rige cuando ese material genético del marido sea empleado en su esposa. Si el mismo fuese empleado o implantado en otra mujer, el hijo no debería ser considerado matrimonial, sino extramatrimonial.

Además, se establece la presunción de que la existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida, hace presumir su asentimiento.

Entendemos que el material genético al que se hace referencia podrá ser del marido o de la mujer, o de ambos.

En verdad, nos parece peligroso que aquí se establezca una presunción. Siempre se debería estar ante el requerimiento de una autorización expresa.

El inciso 2 señala que los hijos se consideran matrimoniales cuando exista consentimiento expreso del cónyuge (debemos entender que se trata del cónyuge que no participa activamente del procedimiento médico), formalizado en documento de fecha cierta, para la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.

Debemos entender aquí que el material genético de ese tercero, se va a implantar en la futura madre, junto con material genético de ella o de su esposo.

En cualquier caso, debería existir asentimiento escrito no de uno, sino de los dos cónyuges, para evitar ulteriores problemas.

El inciso 3 también es defectuoso. Se refiere a los casos de reproducción médicamente asistida *post mortem* con material genético del marido.

Para que el hijo sea matrimonial, el proyecto de norma requiere que: i) exista asentimiento expreso del marido, y ii) se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido.

Aquí sólo se debería exigir que haya habido asentimiento del marido. El plazo, además de ser limitativo, carece de sentido, en la medida de que, si el marido autorizó por acto *inter vivos* o por acto *mortis causa*, él sería el padre, con absoluta prescindencia del tiempo que hubiere transcurrido entre su muerte y la fecundación médicamente asistida.

Además, por último, podemos preguntarnos qué pasaría si la viuda se hace fecundar luego de la muerte de su esposo con material genético de este último, pero sin mediar autorización del difunto.

Aquí, ¿acaso el hijo no tendría padre? Por supuesto que sí lo tendría y sería el difunto, no sólo por el principio del interés superior del niño, sino por aplicación de la primacía de la realidad.

El tema de la autorización del marido muerto sería, en buena cuenta, irrelevante.

El proyectado inciso 3 aplica la misma regulación a los embriones crío conservados.

Hacemos de aplicación a este tema las mismas críticas, pero con mayor rigor, pues no se trata de un futuro embrión, sino de uno que ya se encuentra crío conservado. A mayor razón, mayor derecho.

Artículo 415-B

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 415-B.- Impugnación de paternidad. Procede la impugnación de paternidad derivada de la reproducción médicamente asistida de la mujer, realizada sin mediar el asentimiento expreso del marido a que se refiere el numeral 2 o fuera de los requisitos establecidos en el numeral 3 del artículo 415.(sic)-A.

No estamos de acuerdo con la posibilidad de que el marido impugne la paternidad de un hijo que es suyo, pero cuya fecundación no fue autorizada por él.

Éste será un tema que se podría resolver en un reclamo indemnizatorio del marido a su mujer (lo que no dejaría de ser vergonzoso frente al hijo reproducido de esta manera) o frente a los médicos o establecimiento de salud que procedieran de este modo, sin requerir de la autorización expresa del marido; pero de ahí a otorgar una acción para impugnar la paternidad de un niño que es de uno mismo, hay siete abismos.

Esta norma es, simplemente, amoral.

Artículo 415-C

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 415-C.-Determinación de la paternidad extramatrimonial. 1. No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización de material genética(sic), equivale al reconocimiento de la filiación. 2. La utilización de material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales. 3. En la reproducción médicamente asistida post

	mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-B.

El artículo 415-C, propuesto por la comisión, establece en su inciso 1, que «No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierta o testamento para la utilización de material genética (sic), equivale al reconocimiento de la filiación».

Esta norma es defectuosa, en la medida de que pudiera haber habido error en el empleo del material genético, habiéndose empleado el de un tercero o de dos terceros, caso en el cual, por más autorización previa que hubiere habido, el niño tendría otro padre y/o madre.

En el inciso 2, por su parte, se establece que «La utilización de material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales».

Estamos parcialmente de acuerdo con esta norma, en tanto la presencia del tercero pudiere alterar los derechos del padre o de la madre que emplearon esta técnica de reproducción. Sin embargo, en el supuesto en el cual el menor nazca sin el reconocimiento de uno de sus progenitores, se le debería permitir conocer a su verdadero padre o madre.

Los niños deben tener —en la medida en que ello resulte posible— a un padre y a una madre y crecer en compañía de ambos.

El interés superior del niño debe estar por encima de cualquier consideración relativa al anonimato.

Finalmente, el inciso 3 del 415-C, establece que «En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquél siempre que concurra (sic) lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-B (sic)».

En principio, el artículo 415-B, no tiene numerales, razón por la cual entendemos que la comisión se ha querido referir al artículo 415-C, que sí los tiene.

En segundo lugar, la norma es inútil, pues entendemos que este supuesto ya se encuentra cubierto por el artículo 415-B (ello, naturalmente en el esquema propuesto por la comisión).

Pero, nosotros recusamos este proceder, habida cuenta de que el hijo deberá ser de quien conviva con la madre, incluso en el supuesto en que el procedimiento de reproducción médicamente asistida se haya llevado adelante sin el asentimiento de su padre.

Como hemos señalado oportunamente, tal falta de asentimiento no puede ser opuesta al menor, en virtud del interés superior del niño.

Sería algo así como que se permitiera a un hombre —casado o no— impugnar la paternidad ante la falla de un preservativo o porque su pareja, en plena relación sexual,

hizo con su esperma algo que él no hubiera deseado. Esos riesgos no pueden ser asumidos por el hijo, sino por el hombre que mantuvo relaciones sexuales con su madre. Ello siempre ha sido así.

Artículo 415-D

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 415-D.- Determinación de la maternidad. 1. El parto determina la maternidad. 2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros. 3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí. 4. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial (sic)

El anteproyecto del 2006 proponía en su artículo 417-E, inciso 1, que «El parto determina la maternidad. La misma regla se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja».

En el inciso 2 señalaba: «No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro».

Apenas publicado el anteproyecto del 2006, criticamos duramente esta propuesta**.**

Como se puede apreciar del texto del artículo 415-D del anteproyecto del 2019, sin bien su inciso 1 establece que «El parto determina la maternidad», atenúa notablemente la rigidez del principio, cuando en su inciso 2 señala que «La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros».

Esto significa que la comisión atendió nuestras críticas que al respecto formulamos en el año 2006.

No obstante, la propia comisión relativiza notablemente la bondad del inciso 2, cuando en el inciso 3 señala que «En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética».

Queda en evidencia que con el inciso 3, la claridad del inciso 2 se relativiza tanto que —finalmente— cualquiera podría ser declarada como madre del menor.

En un supuesto como el del inciso 2, la solución legal debería ser contundente. El inciso 3, en opinión nuestra, no debería existir.

Finalmente, el inciso 4 del anteproyecto del 2019 tiene como antecedente el artículo 417-E, inciso 2 del anteproyecto del 2006, que establecía que «No son exigibles los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro».

La comisión y el anteproyecto del 2019 no solucionan nada, pues el 415-D, inciso 4, establece una expresión que no aporta nada en realidad, al decir que «Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial».

¿Y esto qué significa? Me parece que la comisión del 2019 ha querido decir, con otras palabras, lo que dijo la comisión del 2006 en el 417-E, inciso 2, en el sentido de que tales acuerdos no son exigibles.

Disentimos de esta solución.

Es obvio que no podrá recurrirse a un cumplimiento forzoso de tales acuerdos, como en cualquier contrato en que se quiera exigir el cumplimiento forzoso por parte del deudor. Aquí el límite estará demarcado por el empleo de violencia contra su persona, lo que está prohibido.

Aún más, al no ser un contrato por lo que propone la comisión en el artículo 415-D, inciso 4, al decir que estos acuerdos no tendrían contenido patrimonial.

Todo bien, pero una vez que nazca el niño, si la mujer que lo gestó con material genético de terceros se arrepiente y no quiere entregar al menor hijo, ¿se podría exigir el cumplimiento forzoso?

Por supuesto que se debería poder, pues esa mujer no es la madre biológica o genética del menor.

Título III

Patria potestad

Capítulo único

Ejercicio, contenido y terminación de la patria potestad

Artículo 418

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 418.- Por la patria potestad los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.	Artículo 418.- Noción de patria potestad. Por la responsabilidad parental los padres tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad.

Este artículo propone sustituir la expresión «patria potestad» por «responsabilidad parental».

La exposición de motivos no indica claramente la justificación del cambio de nomenclatura propuesto.

Además, el término «patria potestad» es de amplio y difundido uso y conocimiento en la sociedad peruana.

Artículo 419

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 419.- La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de disentimiento, resuelve el Juez del Niño y Adolescente, conforme al proceso sumarísimo.	Artículo 419.- Ejercicio conjunto de la patria potestad. El disentimiento respecto al ejercicio de la responsabilidad parental será resuelto por el juez de familia, por la vía del proceso único.

El artículo 419 se adecua al cambio de nomenclatura propuesto («responsabilidad parental»), con lo que no estamos de acuerdo, y con la normativa procesal pertinente.

Artículo 420

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 420.- En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.	Artículo 420.- Ejercicio unilateral de la patria potestad. En caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio, la responsabilidad parental será ejercida por ambos progenitores, independientemente de quien tenga a su cargo la tenencia.

El artículo 419 parte del «pecado» de la comisión de proponer la eliminación del divorcio sanción y sus causales, para ser sustituido por el divorcio remedio.

El divorcio remedio es amoral y parte de la idea de que, al no haber cónyuge culpable, las consecuencias del divorcio no podrán asignar sanciones a alguno de los cónyuges.

Es el caso del 420 propuesto, norma en la que se establece que la responsabilidad parental será ejercida por ambos progenitores, a diferencia del artículo en vigencia, que señala que, en caso de separación de cuerpos, divorcio o invalidación de matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos, quedando el otro, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

Artículo 421

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 421.- La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor. Las normas contenidas en este artículo son de aplicación respecto de la madre (sic) aunque sea menor de edad. No obstante, el juez puede confiar a un curador la guarda de la persona o de los bienes del hijo, si así lo exige el interés de éste, cuando el padre no tenga la patria potestad.	Artículo 421.- Patria potestad de hijos extramatrimoniales. 1. El ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental implica el ejercicio de la tenencia, la que se ejercerá: a) En caso de convivencia del hijo con ambos progenitores, le corresponde a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, salvo que medie expresa oposición. b) En caso de que cese la convivencia del hijo con uno de sus progenitores por: separación de hecho, separación de cuerpos, divorcio o invalidez de matrimonio, la ejercerá quien de

	común acuerdo o por conciliación extrajudicial se determine, o a quien designe el juez de familia. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro en tanto ambos ejercen la responsabilidad parental. c) En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, extinción de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, le corresponde la tenencia al otro. d) En el caso del hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor; e) En el caso del hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno de los progenitores fue declarado como tal judicialmente, el ejercicio de la tenencia le corresponde al otro progenitor. 2. En interés del hijo, los progenitores que no convivan podrán ejercer la tenencia exclusiva o compartida de común acuerdo, por conciliación extrajudicial o por decisión del juez de familia.

La norma legal en vigencia es clara y de aplicación sencilla.

El artículo propuesto en su lugar es excesivamente reglamentarista.

El primer párrafo del inciso 1 señala que «El ejercicio de la patria potestad o responsabilidad parental implica el ejercicio de la tenencia, la que se ejercerá:».

El primer problema es que, si el anteproyecto del 2019 pretende emplear la expresión «responsabilidad parental», aquí la está utilizando como sinónimo de «patria potestad», expresión que plantea dejar en desuso. Aquí se emplean, además los dos términos.

En segundo lugar, si bien la patria potestad implica la tenencia, es necesario resaltar que ello no será siempre así, pues en algunos casos, a pesar de contar con la patria potestad, no se contará con la tenencia del menor.

El literal a) señala: «a) En caso de convivencia del hijo con ambos progenitores, le corresponde a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, salvo que medie expresa oposición».

Más allá de lo innecesario de la modificación del 421, el contenido del proyecto de 421, inciso 1, literal a), es correcto.

El literal b) señala que: «b) En caso de que cese la convivencia del hijo con uno de sus progenitores por: separación de hecho, separación de cuerpos, divorcio o invalidez de matrimonio, la ejercerá quien de común acuerdo o por conciliación extrajudicial se determine, o a quien designe el juez de familia. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro en tanto ambos ejercen la responsabilidad parental».

No tenemos objeciones a este respecto.

Por su parte, el literal c) señala lo siguiente: «En caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, extinción de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, le corresponde la tenencia al otro».

También es correcto.

El literal d) señala que «En el caso del hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor».

También es correcto.

El literal e) indica que: «En el caso del hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno de los progenitores fue declarado como tal judicialmente, el ejercicio de la tenencia le corresponde al otro progenitor».

Opinamos lo mismo del literal e).

En lo que respecta al inciso 2, en él se establece, correctamente, que: « 2. En interés del hijo, los progenitores que no convivan podrán ejercer la tenencia exclusiva o compartida de común acuerdo, por conciliación extrajudicial o por decisión del juez de familia».

Debemos precisar, sin embargo, que disentimos de lo establecido en el segundo párrafo de la exposición de motivos del artículo 421, cuando se señala que: «No es adecuado regular el ejercicio de la patria potestad al origen de la filiación, por cuanto se contraviene la disposición constitucional de no discriminación de los hijos por razón del nacimiento. Las normas deben estar dirigidas a regular el ejercicio de la patria potestad de los padres, con prescindencia de si son o no casados».

El hacer referencia a que como el artículo 421 distingue entre las consecuencias de ser hijo matrimonial o extramatrimonial se trata de un tema de carácter discriminatorio, es incorrecto. Es una terminología asumida tanto por el Código Civil de 1984 como por la propia comisión en el anteproyecto del 2019, que describe una realidad en relación a si los hijos nacieron o no dentro del matrimonio; ello, para asignarles determinadas e ineludibles consecuencias jurídicas.

Artículo 422

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 422.- En todo caso, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias.	Artículo 422.- Relaciones personales con hijos no sujetos a patria potestad Todo progenitor tiene derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su tenencia, las relaciones personales indicadas por las circunstancias.

Ya hemos expresado nuestras reservas sobre este tema con ocasión del análisis de la propuesta de reforma del artículo 345, por lo que hacemos aplicables al 422, *mutatis mutandis*, las críticas vertidas anteriormente.

Artículo 425

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 425.- Están excluidos de la administración	Artículo 425.- Bienes excluidos de la administración

legal los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, bajo la condición de que sus padres no los administren; y los adquiridos por los hijos por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres o entregados a ellos para que ejerzan dichas actividades.	legal. 1. Los progenitores son los administradores legales de los bienes de sus hijos menores de edad. 2. Por la administración, los progenitores tienen el deber de cuidar, rentabilizar, efectuar las mejoras útiles y necesarias diligentemente.

La exposición de motivos no señala las razones por las cuales propone cambiar en su totalidad el texto del artículo 425.

Artículo 426

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 426.- Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar: 1. El importe de los bienes muebles. 2. Las rentas que durante un año rindieron los bienes. 3. Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor. Los incisos 2 y 3 sólo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados.	Artículo 426.- Garantía para la administración legal. 1. Están excluidos de la administración legal los bienes donados o dispuestos vía testamento a los hijos por disposición expresa del donante o testador. 2. También lo están los bienes del menor de edad adquiridos por su trabajo, oficio o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres o entregados a ellos para que ejerzan dichas actividades.

Sin expresión de causa, la comisión propone sustituir el texto del 426 actual por el del 425 en vigencia.

Artículo 427

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 427.- Los padres no están obligados a dar cuenta de su administración sino al terminar ésta, a no ser que el juez, a solicitud del consejo de familia, resuelva otra cosa.	Artículo 427.- Obligación de dar cuenta de la administración legal. 1. Por la autoridad parental el padre y la madre hacen suyos los frutos que generan los bienes propios de sus hijos. 2. Son cargas del usufructo legal los gastos de los hijos comprendidos en el artículo 472.

Tampoco se explica los cambios propuestos para el artículo 427.

Artículo 429

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 429.- El hijo llegado a la mayoría de edad no puede celebrar convenios con sus padres antes de ser aprobada por el juez la cuenta final, salvo dispensa judicial. Tampoco tiene efecto, sin tal requisito, la herencia	Artículo 429.- Prohibición de convenio entre padres e hijos. 1. El padre o la madre no pueden gravar ni disponer de los bienes de sus hijos. Tampoco pueden contraer obligaciones que excedan los límites de

voluntaria o el legado que el hijo deje a favor de sus padres con cargo a su tercio de libre disposición.	la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial y en venta directa. 2. Excepcionalmente, el juez puede disponer que la venta se haga previa tasación y en pública subasta.

El artículo 429 en vigencia establece que «El hijo llegado a la mayoría de edad no puede celebrar convenios con sus padres antes de ser aprobada por el juez la cuenta final, salvo dispensa judicial.— Tampoco tiene efecto, sin tal requisito, la herencia voluntaria o el legado que el hijo deje a favor de sus padres con cargo a su tercio de libre disposición».

La norma propuesta es mucho más categórica que la vigente, pero hay que distinguir que el precepto de 1984 se refiere a los pactos prohibidos para el hijo llegado a la mayoría de edad; y el artículo propuesto, se refiere a actos celebrados por los padres, pero con terceros.

En ese sentido, la comisión comete un error al establecer como sumilla de la norma propuesta «Prohibición de convenio entre padres e hijos», cuando ella hubiese correspondido al artículo en vigencia, pero no al propuesto.

Por lo expuesto, no se debió proponer derogar el contenido actual sino, en todo caso, que la norma propuesta, con otra sumilla, pase a ser el artículo 429-A.

Artículo 461

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 461.- La patria potestad se acaba: 1. Por la muerte de los padres o del hijo. 2. Por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46. 3. Por cumplir el hijo dieciocho años de edad.	Artículo 461.- Causales de extinción de patria potestad Las causales de extinción de la responsabilidad parental las establece el Código de los niños y adolescentes.

La comisión propone que el artículo 461 ya no regule las causales de extinción de la patria potestad, sino que la norma remita al Código de los niños y adolescentes. No estamos de acuerdo con ello.

Por lo demás, el 461 es el segundo artículo en el que la comisión sigue empleando el término «patria potestad» (en este caso, en su sumilla), a pesar de recusarlo y preferir —como ella misma lo ha manifestado— la expresión «responsabilidad parental».

Artículo 461-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 461-A.- Prórroga excepcional de la patria potestad El ejercicio de los deberes y derechos relativos a la patria potestad se prorroga excepcionalmente, en el caso de menores de edad privados de discernimiento, mientras dure la situación de restricción de capacidad,

	salvo disposición judicial diferente.

Entendemos la lógica de la propuesta, en el sentido de prolongar la patria potestad para los menores (error: se entiende que no es para cuando sigan siendo menores, sino para cuando ya cumplan dieciocho años) privados de discernimiento, mientras dure la situación de restricción de capacidad, salvo disposición judicial diferente.

En la lógica de la normativa previa a la reforma operada en el 2018 en el Código Civil respecto a las personas con discapacidad, hubiese correspondido nombrarles un curador.

Es buena la idea del grupo de trabajo, en el sentido de extender la patria potestad más allá de los dieciocho años. Nadie mejor que sus padres para cuidar de ese menor que se halle privado de discernimiento.

Artículo 469

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 469.- Los efectos de la pérdida, la privación, la limitación y la suspensión de la patria potestad, se extenderán a los hijos nacidos después de que ha sido declarada.	Artículo 469.- Consecuencia de la pérdida, privación, limitación y suspensión de patria potestad. Los efectos de la suspensión de la responsabilidad parental, se extenderán a los hijos nacidos después de que ha sido declarada.

Esta propuesta es contradictoria, en tanto da a entender que sólo podría haber suspensión de la patria potestad, cuando el propio artículo 461 que propone la comisión, hace referencia a extinción de la misma.

Artículo 470

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 470.- La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los deberes de los padres con los hijos.	Artículo 470.- Inalterabilidad de los deberes de los padres. Los deberes que subsisten declarada la suspensión de la responsabilidad parental, los establece el Código de los niños y adolescentes.

La propuesta incurre en la misma incongruencia del artículo 469, propuesto y comentado por nosotros.

Título II

Instituciones supletorias de amparo

Capítulo primero

Tutela

Artículo 502

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 502.- Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su persona y bienes.	Artículo 502.- Instituciones supletorias de amparo Son instituciones supletorias de amparo: 1. La tutela, como institución de guarda para menores de dieciocho años que no estén bajo

	patria potestad. 2. La asistencia, como institución para los supuestos establecidos en el artículo 44.

Luego, en la página 116 del anteproyecto se copia el texto en vigencia del artículo 502 del Código Civil, pero no se aborda reforma alguna sobre él.

Artículo 564

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 564.- Personas sujetas a curatela Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 numerales 4, 5, 6, 7 y 8.	

La comisión copia en la página 117 del anteproyecto el texto ya modificado en el año 2018 del artículo 564. No entendemos por qué; como tampoco comprendemos que después no se diga algo más al respecto.

Artículo 565

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 565.- La curatela se instituye para: 1. Derogado. 2. La administración de bienes. 3. Asuntos determinados.	

Lo que hemos señalado en el artículo 564 resulta aplicable al artículo 565.

Artículo 566

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 566.- Requisito indispensable para la curatela No se puede nombrar curador para las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 en los numerales 4 al 7 sin que preceda declaración judicial de interdicción.	

Los comentarios hechos con ocasión de los artículos 564 y 565 los hacemos también en torno al 566.

Artículo 571

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 571.- Derogado.	SE PROPONE DEROGACIÓN

La comisión propone derogar el artículo 571, pero el mismo ya está derogado.

Artículo 502

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 502.- Al menor que no esté bajo la patria potestad se le nombrará tutor que cuide de su	Artículo 502.- Instituciones supletorias de amparo

persona y bienes.	Son instituciones supletorias de amparo: 1. La tutela, como institución de guarda para menores de dieciocho años que no estén bajo patria potestad. 2. La asistencia, como institución para los supuestos establecidos en el artículo 44.

Este artículo se halla dentro del Título II, Instituciones supletorias de amparo, Capítulo Primero, Tutela.

De esta forma, el artículo 502 sólo debería regular la tutela, como lo hace el artículo 502 del Código en vigencia; y no mezclar el tema de la asistencia para los casos del artículo 44, que es una figura diferente.

Artículo 503

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 503.- Tienen facultad de nombrar tutor, en testamento o por escritura pública: 1. El padre o la madre sobreviviente, para los hijos que estén bajo su patria potestad. 2. El abuelo o la abuela, para los nietos que estén sujetos a su tutela legítima. 3. Cualquier testador, para el que instituya heredero o legatario, si éste careciera de tutor nombrado por el padre o la madre y de tutor legítimo y la cuantía de la herencia o del legado bastare para los alimentos del menor.	Artículo 503.- Tutela y asistencia testamentaria o escrituraria. El tutor o el asistente, según corresponda, pueden ser nombrados en testamento o escritura pública por: 1. El cónyuge, respecto del otro, que se encontrara en el caso del numeral 2 del artículo 43. 2. El padre o la madre sobrevivientes o ambos, en su caso, para sus hijos. 3. El abuelo o la abuela, para sus nietos, si los padres no vivieran o estuvieran suspendidos o imposibilitados de hecho de ejercerla (sic) patria potestad. 4. Los hijos respecto de sus padres. 5. Cualquier persona, previendo la privación o limitación al ejercicio de su plena facultad de discernimiento que podría sobrevenirle.

Más allá de que en este capítulo sólo se debería regular la tutela, debemos decir que el tratamiento que se propone para el artículo 503, es pertinente.

Artículo 504

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 504.- Si uno de los padres fuere incapaz, valdrá el nombramiento de tutor que hiciere el otro, aunque éste muera primero.	Artículo 504.- Nombramiento de tutor o asistente Si uno de los padres o abuelos estuviera sujeto al régimen de capacidad de ejercicio restringido, valdrá el nombramiento de tutor o asistente que hiciere el otro, aunque éste muera primero.

El artículo se adecúa a la normativa en vigencia, por lo que el tratamiento del tema es pertinente.

Artículo 505

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 505.- Si fueren nombrados dos o más tutores en testamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado en el orden del nombramiento, salvo disposición contraria. En este último caso, si el instituyente no hubiera establecido el modo de ejercer las atribuciones de la tutela, ésta será mancomunada.	Artículo 505.- Pluralidad de tutores o asistentes Si fueren nombrados dos o más tutores o asistentes en testamento o por escritura pública, el cargo será desempeñado de manera conjunta, salvo disposición distinta.

Preferimos la solución otorgada al tema por el artículo en vigencia. El cargo de tutor o asistente debería ser desempeñado por una sola persona a la vez. La pluralidad de personas complicaría notablemente el ejercicio de la tutela o asistencia.

Artículo 506

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 506.- A falta de tutor nombrado en testamento o por escritura pública, desempeñan el cargo los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose: 1. El más próximo al más remoto. 2. El más idóneo, en igualdad de grado. La preferencia la decide el juez oyendo al consejo de familia.	Artículo 506.- Tutela y asistencia legítima. A falta de tutor o asistente nombrado en testamento o por escritura pública corresponde ejercer el cargo a cualquiera de las siguientes personas en orden excluyente: 1. Al cónyuge no separado judicialmente o el conviviente. 2. A los descendientes, si gozan de capacidad. 3. A los padres. 4. A los hermanos. 5. A los abuelos y demás ascendientes (sic)

La comisión, de manera desordenada, propone un nuevo texto para el artículo 506.

Nos parece positiva la propuesta, en razón de haber explicitado los grados de parentesco (materia de calificación complicada, incluso entre abogados) y de haber colocado en primer lugar al cónyuge no separado judicialmente (quien, en estricto, no es pariente con respecto a su cónyuge) o el conviviente (quien, claro está, con mayor razón carece de cualquier parentesco por ser sólo conviviente).

Artículo 569

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 569.- Derogado	

La comisión copia el texto ya derogado de este artículo, correspondiente a la etapa previa a la Reforma sobre discapacidad operada por Decreto Legislativo n.° 1384, publicado con fecha 4 de septiembre de 2018.

No dice algo más. No entendemos por qué.

Artículo 507

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 507.- La tutela de que trata el artículo 506 no tiene lugar respecto de los hijos	Artículo 507.- Tutela sobre hijos menores de edad. La tutela, de ser el caso, se extiende a los hijos menores

extramatrimoniales si no la confirma el juez.	de edad del sujeto privado de discernimiento, salvo decisión judicial diferente.

La comisión propone sustituir el texto actual, derogándolo, vale decir que quedaría sin efecto lo allí dispuesto («La tutela de que trata el artículo 506 no tiene lugar respecto de los hijos extramatrimoniales si no la confirma el juez»), el que pasaría a tener el siguiente contenido: «La tutela, de ser el caso, se extiende a los hijos menores de edad del sujeto privado de discernimiento, salvo decisión judicial diferente».

Nos parece un cambio positivo.

Artículo 508

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 508.- A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor. El consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.	Artículo 508.- Tutela y asistencia dativa. 1. A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el juez nombrará tutor o asistente dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor de 18 (sic) años, del sujeto privado de discernimiento o del sujeto con capacidad restringida, a pedido de los parientes o del Ministerio Público. 2. Cualquier persona que tome conocimiento de un caso que requiera tutela o asistencia lo comunicará al Ministerio Público para que formule la pretensión pertinente.

Se propone adecuar la norma no sólo a la tutela, sino a la asistencia, como figura supletoria o coadyuvante de amparo, introducida en el Código Civil por la reforma del 2018.

Sin embargo, el inciso 1, que se propone al inicio también debería regular el caso del asistente y no sólo el del tutor.

Artículo 509

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 509.- El tutor dativo será ratificado cada dos años por el consejo de familia, dentro del plazo de treinta días contados a partir del vencimiento del período. La falta de pronunciamiento del consejo dentro de dicho plazo equivale a la ratificación.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión, en la exposición de motivos, explica cuáles son las facultades del consejo de familia con respecto a los tutores dativos; no obstante, no explica el por qué se propone derogar el artículo 509.

Artículo 510

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 510.- Tutela Estatal La tutela de los niños y adolescentes en situación de desprotección familiar se regula por la ley de la	Artículo 510-A.- Directores como tutores o asistentes. Los directores de las instituciones educativas o de amparo son tutores o asistentes de los sujetos a su

materia.	cargo, salvo decisión judicial diferente.

Aquí la comisión propone modificar el artículo 510, pero se equivoca y coloca el número 510-A a la versión que plantea.

El artículo 510 en vigencia es mucho más claro, al referirse a que «Los expósitos están bajo la tutela del Estado o de los particulares que los amparen.— La tutela del Estado se ejerce por los superiores de los respectivos establecimientos».

La norma propuesta empieza refiriéndose a los directores de las instituciones educativas; y éstos no son tutores de cientos o miles de niños. Se trata de las instituciones educativas que tienen por finalidad brindar amparo a los menores faltos del mismo o a personas con capacidad de ejercicio restringida que carezcan de representante. En ese sentido habría que reformar el texto de la norma propuesta.

Artículo 512

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 512.- El tutor tiene la obligación de pedir el discernimiento del cargo. Si no lo hace, el juez debe ordenarlo de oficio, o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.	Artículo 512.- Derecho a discernir el cargo. El tutor y el asistente tienen la obligación de pedir el discernimiento del cargo. Si no lo hace, el juez debe ordenarlo de oficio, o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

El artículo que se propone es pertinente, pues no sólo trata del discernimiento del cargo de tutor, sino también del de asistente.

Artículo 514

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 514.- Mientras no se nombre tutor o no se discierna la tutela, el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor.	Artículo 514.- Medidas cautelares. Mientras no se nombre tutor o asistente o no se discierna el cargo, el juez de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor.

La propuesta amplía el ámbito de aplicación de la norma al asistente (además del tutor), pero en la parte final del artículo propuesto comete el error de referirse únicamente al menor.

Artículo 516

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 516.- Cualquier interesado y el Ministerio Público pueden impugnar el nombramiento de tutor efectuado con infracción del artículo 515. Si la impugnación precediera al discernimiento del cargo, se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Civiles.	Artículo 516.- Impugnación de nombramiento de tutor. Cualquier interesado o el Ministerio Público pueden formular oposición al discernimiento del cargo o impugnar el nombramiento de tutor o asistente que incurra en las causales enumeradas en el artículo anterior. La oposición y la impugnación se tramita como proceso abreviado.

La norma propuesta no sólo se refiere a la impugnación del nombramiento del tutor, sino que extiende sus alcances al del asistente, pero también al discernimiento del cargo.

Se trata de una norma de contenido fundamentalmente procesal.

Artículo 517

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 517.- El cargo de tutor es obligatorio.	Artículo 517.- Obligatoriedad del cargo de tutor. El cargo de tutor no es obligatorio.

El artículo 517 en vigencia establece que el cargo de tutor es obligatorio; la norma propuesta señala lo contrario.

En lo personal, consideramos preferible el precepto en vigencia, dado que el ser nombrado tutor implica un alto grado de responsabilidad con respecto de un menor de edad que carece, precisamente de tutela, de resguardo, de representación en la sociedad. La negativa a aceptar el nombramiento podría repetirse en varias personas y así dilatar la desprotección y falta de representación de un menor de edad.

Por esas razones es que el artículo 517 establece que el cargo de tutor es obligatorio.

Artículo 518

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 518.- Pueden excusarse del cargo de tutor: 1. Los extraños, si hay en el lugar pariente consanguíneo idóneo. 2. Los analfabetos. 3. Los que por enfermedad crónica no pueden cumplir los deberes del cargo. 4. Los mayores de sesenta años. 5. Los que no tienen domicilio fijo, por razón de sus actividades. 6. Los que habitan lejos del lugar donde ha de ejercerse la tutela. 7. Los que tienen más de cuatro hijos bajo su patria potestad. 8. Los que sean o hayan sido tutores o curadores de otra persona. 9. Los que desempeñan función pública que consideren incompatible con el ejercicio de la tutela.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, que hoy regula las causales por las cuales cabe la excusa del cargo de tutor.

Tampoco estamos de acuerdo con esta propuesta del grupo de trabajo.

Artículo 519

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 519.- Plazo para excusar el cargo El tutor debe proponer su excusa dentro del plazo de quince días desde que tuvo noticia del nombramiento o desde que sobrevino la causal si está ejerciendo el cargo. No puede proponerla vencido ese plazo.	Artículo 519.- Plazo para excusar el cargo. 1. En caso de impedimento, siempre y cuando no hubiera otra persona para asumir la tutela o asistencia legítima, el juez puede nombrar un tutor o asistente dativo o designar un asistente para la administración de determinados bienes del sujeto. 2. Podrá igualmente designar un asistente especial: a) Para negocios que exijan un conocimiento especial o una administración separada (sic) b) Para bienes que se adquieran con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general.

El artículo en vigencia concede un plazo de quince días desde que el nombrado como tutor tuvo noticia del nombramiento o desde que sobrevino la causal, si está ejerciendo el cargo. No puede proponerla vencido ese plazo.

La propuesta de nuevo artículo 519 parte del supuesto de modificar el artículo 517, en el sentido de la no obligatoriedad del cargo de tutor.

El precepto también se refiere al asistente, pero no compartimos la base de la que parte, razón por la cual estimamos que el artículo 519 no debería modificarse en este sentido.

Artículo 520

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 520.- Son requisitos previos al ejercicio de la tutela: 1. La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de éste si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito. 2. La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426. 3. El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor.	Artículo 520.- Requisitos previos al ejercicio de la tutela. Son requisitos previos al ejercicio de la tutela: 1. La facción de inventario de los bienes del menor, con intervención de este si tiene doce años cumplidos y no esté privado de discernimiento. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito. 2. La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, no está obligado a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que le juez, a pedido quien tenga legítimo interés, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del sujeto a tutela. En este caso, la garantía debe asegurar el importe de los bienes muebles. 3. El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del sujeto a tutela, así como a declarar si es

	su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor.

El artículo en vigencia señala en su inciso l: «1. La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de éste si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito».

La norma propuesta ya no exige que la facción de inventario sea judicial y rebaja la edad del menor para que intervenga, de dieciséis a doce años, agregando algo que no es necesario, en el sentido de que no esté privado de discernimiento.

El inciso 2 vigente, señala que: «2. La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquéllas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426».

La norma propuesta incurre en error cuando repite la fórmula del inciso 2, sobre la constitución de garantía hipotecaria o prendaria.

Al haber sido sustituida en el 2006 la regulación de la prenda por la garantía mobiliaria, debió hacerse referencia a esta última y no a la prenda.

La norma propuesta varía también lo relativo al tutor legítimo, quien en la actualidad se rige por el 426: «Artículo 426.- Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar: 1. El importe de los bienes muebles.— 2. Las rentas que durante un año rindieron los bienes.— 3. Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor.— Los incisos 2 y 3 sólo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados».

La norma que se propone (inciso 2), restringe la eventual garantía del tutor legítimo, al aseguramiento de los bienes muebles. El precepto, por lo demás, tiene errores en su redacción cuando dice «el juez»; omite el «de» antes de «quien tenga legítimo interés» y sobra una «n» en «constituyan».

El actual inciso 3 del 520 señala lo siguiente: «3.- El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor».

La propuesta de inciso 3 cambia la expresión «menor» por «bienes del sujeto a tutela», en razón de que —como hemos visto— la tutela podría prolongarse sobre los hijos mayores de edad sin capacidad de discernimiento.

Artículo 521

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 521.- Los valores que a juicio del juez no deben estar en poder del tutor, serán depositados en instituciones de crédito a nombre del menor.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar el 521 por encontrarse regulado en el 526.

Artículo 522

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 522.- Es de aplicación al dinero del menor lo dispuesto en el artículo 451.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Lo mismo ocurre con el artículo 522.

Artículo 523

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 523.- Los valores y el dinero a que se refieren los artículos 521 y 522, no pueden ser retirados de las instituciones de crédito sino mediante orden judicial.	SE PROPONE SU DEROGACION

Lo mismo ocurre con el artículo 523.

Artículo 524

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 524.- El dinero del menor, cualquiera sea su procedencia, será invertido conforme a lo dispuesto en el artículo 453.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN.

Lo mismo ocurre con el artículo 524.

Artículo 526

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 526.- El tutor debe alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de éste y proteger y defender su persona. Estos deberes se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia. Cuando el menor carezca de bienes o éstos no sean suficientes, el tutor demandará el pago de una pensión alimenticia.	Artículo 526.- Deberes del tutor. Corresponde al tutor: 1. Alimentar, educar y, en general, cuidar del sujeto a tutela de acuerdo a la condición de este. 2. Representar al sujeto a tutela en todos los actos civiles, excepto en aquellos que por disposición legal pueda ejecutar por sí solo. 3. Administrar los bienes del sujeto a tutela con la diligencia ordinaria. 4. Internar, si fuera el caso (sic) al sujeto a tutela.

La comisión propone reformar esta norma.

El inciso 1 se basa en el primer párrafo de la norma en vigencia.

El inciso 2 es nuevo, y en él se propone señalar: «Representar al sujeto a tutela en todos los actos civiles, excepto en aquellos que por disposición legal pueda ejecutar por sí solo».

Esta norma hoy está en el artículo 527.

En el inciso 3 se propone señalar: «Administrar los bienes del sujeto a tutela con la diligencia ordinaria».

La norma propuesta suprime la referencia actual relativa a que los deberes del

tutor se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia.

Creemos que no se ha evaluado el impacto de esta supresión; más aún cuando esta propuesta concreta carece de mención o sustento alguno en la exposición de motivos del grupo de trabajo.

En la propuesta de inciso 4 se dice que corresponde al tutor «Internar, si fuera el caso (aquí falta una coma) al sujeto de tutela».

Es importante esta inclusión, en la medida de que tal facultad puede facilitar mucho la labor del tutor, en caso fuese necesario proceder en ese sentido.

Para finalizar el 526, observamos que en realidad se debería tener cuidado con la derogación de los artículos 521, 522, 523 y 524, porque no todas esas normas se hallan incluidas en el artículo 526 propuesto.

Artículo 526-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 526-A.- Tutor testamentario o escriturario. Al nombrarse al tutor testamentario o escriturario y al designarse al tutor dativo, o en cualquier caso que resulte de interés para el sujeto a tutela, el juez puede disponer, a petición de cualquier persona o del Ministerio Público, que algunos bienes sean administrados por determinada entidad y que sólo puedan ser retirados por orden judicial. Esta disposición es particularmente procedente para la custodia de dinero y valores.

Nos parece interesante esta propuesta de norma para una mejor administración (de carácter profesional) de parte o todo el patrimonio de la persona sujeta a tutela.

Artículo 527

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 527.- El tutor representa al menor en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, éste puede ejecutar por sí solo.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar el 527, por considerar que se encuentra regulado en el proyectado artículo 526.

Artículo 528

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 528.- La capacidad del menor bajo tutela es la misma que la del menor sometido a la patria potestad.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Se propone lo mismo que para el 527.

Artículo 529

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil**

	(R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 529.- El tutor está obligado a administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Se propone lo mismo que para el 527 y el 528. En efecto, tales disposiciones estarían comprendidas en la propuesta de nuevo artículo 526.

Artículo 530

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 530.- El menor que ha cumplido catorce años y cualquier interesado pueden recurrir al juez contra los actos del tutor.	Artículo 530.- Derecho del adolescente de recurrir al juez. El adolescente y cualquier interesado pueden recurrir al juez contra los actos del tutor.

La comisión adecúa esta norma al Código de los niños y adolescentes. Estamos de acuerdo con ello.

Artículo 530-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 530-A.- Frutos de los bienes del asistido. Los frutos de los bienes del sujeto a tutela se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario (sic) se emplearán también los capitales, con autorización judicial.

Estamos de acuerdo con esta propuesta. Pensamos que sería útil.

Artículo 531

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 531.- Los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor.	Artículo 531.- Prohibición de enajenación del sujeto tutelado. Los bienes del sujeto a tutela no pueden ser enajenados ni gravados salvo por causas justificadas y previa autorización judicial. La venta se realizará a precio de mercado. La resolución autoritativa establece el modo en que se realiza la venta.

La norma propuesta adiciona como causal para enajenar o gravar los bienes del sujeto a tutela, el que existan causas justificadas (además de la previa autorización judicial, naturalmente).

No creemos necesaria la adición que se propone, por obvia, ya que, si el tutor solicita autorización judicial para tales actos, debe haber alguna razón que exponga y someta a evaluación del propio juez.

Tampoco concordamos con aquello que se señala en torno a que la venta del bien se realizará a precio de mercado. Ello, pues si un bien se ofrece en venta en el mercado, evidentemente el vendedor escogerá la mejor oferta. Pero lo que tenemos es que, si se aprobara la norma propuesta, sería muy sencillo cuestionar la venta del bien,

alegando que la misma no se ha efectuado a precio de mercado.

Debemos dejar constancia de que la comisión, por otro lado, copia el texto vigente del artículo 577 y lo comenta dentro de la exposición de motivos del 531, dando a entender que el 577 debería modificarse. Sin embargo, no nos podemos pronunciar sobre el particular, en la medida de que el grupo de trabajo no consigna la norma que propondría como nuevo 577.

Artículo 532

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 532.- El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para: 1.- Practicar los actos indicados en el artículo 448. 2.- Hacer gastos extraordinarios en los predios. 3.- Pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía. 4.- Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457. 5.- Celebrar contrato de locación de servicios. 6.- Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso. 7.- Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios.	Artículo 532.- Actos del tutor que requieren autorización judicial. El tutor necesita también autorización judicial para practicar los siguientes actos: 1. Hacer partición de bienes hereditarios o en copropiedad, en los que el tutor tenga más de una cuarta parte o una cuota igual o superior a la del sujeto a tutela. 2. Allanarse o convenir en la demanda, transigir o someterse a arbitraje. 3. Renunciar herencias, legados o donaciones. 4. Celebrar contrato de sociedad o continuar en la establecida. 5. Liquidar la empresa que forme parte de su patrimonio. 6. Dar o tomar dinero en préstamo. 7. Edificar, excediéndose de las necesidades de la administración, así como realizar cualquier gasto extraordinario en los predios. 8. Aceptar donaciones, legados o herencias con cargo o sin beneficio de inventario. 9. Pagar deudas del sujeto a tutela, a menos que sean de pequeña cuantía. 10. Celebrar contrato de locación de servicios. 11. Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso. 12. Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes o alguno de sus socios. En general, realizar cualquier acto que exceda de la administración ordinaria.

El inciso 1 propuesto carece de antecedente en el 532 en vigencia. Se refiere a que el tutor necesita también autorización judicial para «Hacer partición de bienes hereditarios o en copropiedad, en los que el tutor tenga más de una cuarta parte o una cuota igual o superior a la del sujeto a tutela».

La exposición de motivos no explica esta propuesta, pero ella nos parecería razonable.

En el inciso 2 se hace referencia a «Allanarse o convenir en la demanda, transigir o someterse a arbitraje». Esta norma se basa en los actuales incisos 3 y 10 del 448, mejorando y actualizando su contenido.

En el inciso 3 se reproduce el inciso 4 en actual vigencia del 448.

En el inciso 4 se reproduce el actual inciso 5 del 448.

En el inciso 5 propuesto se reproduce el actual inciso 6 del 448.

Por su parte, en el inciso 6 se reproduce el inciso 7 en vigencia del 448.

El inciso 7 se basa en el actual inciso 8 del 448, relativo a edificar, excediéndose de las necesidades de la administración; a lo que el grupo de trabajo propone agregar: «así como realizar cualquier gasto extraordinario en los predios». Por nuestra parte, creemos que la palabra «extraordinario» indica algo fuera de lo ordinario, y, por ejemplo, invertir en una mejora necesaria es algo extraordinario, independientemente de su cuantía, la misma que puede ser baja. Tal vez hubiese sido conveniente que la palabra «extraordinario» se vincule a la cuantía del gasto. Allí el problema interpretativo estaría zanjado.

En el inciso 8 (basado en el actual inciso 9 del 448), se cambia la expresión «cargos» por «cargo». Me parece indebido, en tanto la palabra «cargos» tiene un significado y alcances mucho más amplios que la segunda.

En este inciso también se especifica que, en caso de herencias deberá tratarse de naturaleza voluntaria y sin beneficio de inventario.

El inciso 9 (basado en el inciso 3 del 532), se refiere a «Pagar deudas del sujeto a tutela, a menos que sean de pequeña cuantía». Esta norma no nos parece adecuada, no sólo por la relatividad del término «pequeña cuantía», sino por el hecho de que el pagar una deuda debe ser considerado como un acto ordinario, tanto como el pagar un crédito. Si se trata de obligaciones que debe cumplir el sujeto de tutela, pues ellas deberán ser cumplidas por su tutor.

Si se quiere poner un límite para que se requiera de autorización judicial, creo que el mismo debería establecerse con carácter objetivo, por ejemplo, en relación a un número determinado de Unidades Impositivas Tributarias.

Por otra parte, el inciso 10 establece el celebrar contrato de locación de servicios (inciso 5 del 532). No entendemos (ni tampoco es explicado por la comisión) el sentido de la norma, pues habrá ocasiones en que resulte necesario el contratar a alguien bajo esta modalidad.

En el inciso 11 (inciso 6 del 532) se indica el celebrar contratos de seguro de vida a título oneroso, lo cual sí estamos de acuerdo en que requiera autorización judicial.

Por su parte, en el inciso 12 (inciso 7 del 532) se propone incluir «Todo acto en que tengan interés el cónyuge del tutor, cualquiera de sus parientes (debería especificarse los grados de consanguinidad y afinidad) o alguno de sus socios». Esta norma, más allá de nuestra observación, resultaría adecuada.

Por último, en la parte final del artículo propuesto se dice «En general, realizar cualquier acto que exceda de la administración ordinaria», lo que nos parece correcto.

Debemos mencionar que el artículo 532 propuesto, no hace referencia al tema contenido en el inciso 4 del actual artículo 532, relativo a «Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio, dentro de los alcances señalados en el artículo 457».

Artículo 533

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 533.- En los casos de los artículos 531 y 532, cuando el menor tenga dieciséis años cumplidos, si fuera posible, el juez deberá oirlo (sic) antes de prestar su autorización.	Artículo 533.- Intervención del menor para actos que requieren autorización judicial. En los casos de los artículos 531 y 532, el juez deberá tener en cuenta la opinión del sujeto a tutela, si fuera posible, antes de prestar su autorización.

Estamos, en principio, de acuerdo con la propuesta, pero tal vez debió considerarse una edad mínima objetiva para tales efectos, como es el caso de doce años.

Artículo 534

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 534.- Es de aplicación a la autorización judicial lo dispuesto en el artículo 449.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión plantea derogarlo por encontrarse el tema regulado en el artículo 531, que propone.

Artículo 535

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 535.- La venta puede hacerse, excepcionalmente, fuera de subasta, con aprobación del juez y previa audiencia del Ministerio Público, cuando lo requiera el interés del menor.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Se propone su derogatoria por idéntica razón.

Artículo 538

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 538.- Se prohíbe a los tutores: 1.- Comprar o tomar en arrendamiento los bienes del menor. 2.- Adquirir cualquier derecho o acción contra el menor. 3.- Disponer de los bienes del menor a título gratuito. 4.- Arrendar por más de tres años los bienes del menor.	Artículo 538.- Actos prohibidos a los tutores. Se prohíbe a los tutores: 1. Celebrar cualquier contrato consigo mismo respecto de bienes o derechos del sujeto a tutela. 2. Disponer de los bienes del sujeto a tutela a título gratuito.

Estamos de acuerdo con esta propuesta, pues el inciso 1 que se plantea, subsana el contenido de los actuales incisos 1, 2 y 4, otorgando, incluso, un campo más amplio de protección al sujeto de tutela.

Artículo 538-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 538-A.- Nulidad de los actos realizados sin autorización. Son nulos los actos realizados sin la previa autorización judicial a que se refieren los artículos 531 y 532 y los que se celebren en violación del artículo 538. El tutor que infrinja esta disposición podrá ser removido y responderá por los daños que pudiera haber causado.

A nuestro entender, resulta pertinente la propuesta de artículo 538-A, la misma que sanciona con nulidad los actos del tutor que contravengan lo dispuesto en los artículos 531, 532 y 538 del Código Civil.

Artículo 538-B

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 538-B.- Plazo de impugnación. El plazo para impugnar judicialmente los actos celebrados por el tutor se cuenta a partir del día en que cesó la declaración judicial de restricción de capacidad.

El grupo de trabajo propone una nueva norma que establezca que «El plazo para impugnar judicialmente los actos celebrados por el tutor se cuenta a partir del día en que cesó la declaración judicial de restricción de capacidad».

Interesante la propuesta, pero innecesaria, en la medida de que los plazos prescriptorios se suspenden entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o tutela (artículo 1994, inciso 4 del Código Civil).

Artículo 539

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 539.- El tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que ha demandado su administración en cada periodo. Nunca excederá dicha retribución del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados.	Artículo 539.- Fijación judicial de la retribución del tutor. El tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del sujeto a tutela y el trabajo que ha demandado su administración en cada período.

La norma propuesta suprime, en lo que respecta a la fijación judicial de la retribución del tutor, el que «Nunca excederá dicha retribución del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados».

Llama la atención que la exposición de motivos describa el tema de la retribución al tutor, pero no explique la modificación propuesta por el grupo de trabajo.

Los límites impuestos por la norma en vigencia nos parecen adecuados.

Artículo 541

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 541.- Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 427 en lo que concierne a la obligación que impone el inciso 1 del artículo 540.	Artículo 541.- Obligación del tutor legítimo de dar cuenta. El tutor legítimo sólo rinde cuentas al cesar en el cargo. No obstante, puede ser requerido judicialmente para rendirlas, en los casos que establece el artículo 542.

Nos parece pertinente la fórmula propuesta para el artículo 541.

Artículo 542

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 542.- La rendición, a solicitud del tutor o del consejo de familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado. La presentación, en audiencia que el Juez señalará al efecto y con presencia del menor si tiene más de catorce años, se hace por escrito, adjuntando copia de los documentos justificantes u ofreciendo otros medios probatorios. En la audiencia, el tutor proporcionará las explicaciones que le sean solicitadas. La demanda de desaprobación se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento.	Artículo 542.- Proceso de rendición y desaprobación de cuentas. 1. Cualquier pariente o el Ministerio Público, pueden (sic) solicitar judicialmente que el tutor rinda cuentas. Dicha pretensión se tramita como proceso abreviado. 2. El juez oirá al sujeto a tutela si tiene más de doce años y fuera posible su asistencia. El juez puede, a petición de parte o de oficio ordenar que se auditen las cuentas. 3. La demanda de desaprobación se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento.

La norma propuesta se basa en la vigente, pero nos parece más clara, porque en el inciso 1 se detalla quiénes pueden solicitar la rendición de cuentas.

En el inciso 2 se establece que el juez deberá oír al sujeto de tutela, si tiene más de diecisiete años y fuera posible su asistencia.

En el inciso 3 se repite la fórmula del último párrafo del artículo 542 en vigencia.

Artículo 543

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 543.- Rendida la cuenta del primer año, el juez podrá resolver que las posteriores se rindan bienal, trienal o quinquenalmente, si la administración no fuera de entidad.	Artículo 543.- Plazo del tutor para rendir cuenta Rendida la cuenta del primer año, el juez podrá resolver que las posteriores se rindan en períodos más amplios.

Prefiero la norma en vigencia, en la medida de que, más allá del tema de la diversa periodicidad que decidirá el juez, tal periodicidad mayor a un año, para la rendición de cuentas, debería seguir teniendo el límite establecido por el 543, que es «si la administración no fuera de entidad».

Artículo 546

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 546.- El menor, llegado a la mayoría, no podrá celebrar convenio alguno con su antiguo	Artículo 546.- Actos prohibidos del pupilo antes de

tutor antes de ser aprobada judicialmente la cuenta final. Las disposiciones testamentarias del menor en favor del tutor tampoco tendrán efecto sin tal requisito, salvo las referentes a la legítima.	rendición. El sujeto a tutela, al término de ésta, no podrá celebrar convenio alguno con su antiguo tutor antes de ser aprobada judicialmente la cuenta final. Las disposiciones testamentarias del sujeto a tutela en favor del tutor tampoco tendrán efecto sin tal requisito, salvo las referentes a la legítima.

La comisión únicamente procede a adecuar el artículo 546 al nuevo ámbito que tendría la tutela. Estamos de acuerdo.

Artículo 547

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 547.- Son aplicables a los intereses del saldo de la cuenta final las disposiciones contenidas en el artículo 430.	Artículo 547.- Interés legal del saldo contra el tutor. Si al concluir la tutela la cuenta arroja un saldo favorable, su entrega deberá ser inmediata. Cualquier demora está sujeta al pago de los intereses máximos permitidos por ley.

La norma propuesta es defectuosa, en la medida de que todos sabemos que cuando deba pagarse intereses y no se hubiere fijado la tasa, regirá la del interés legal.

En ese sentido, la propuesta contenida en el 547 no hace referencia a alguna otra tasa específica, cuando alude a que «cualquier demora está sujeta al pago de los intereses máximos permitidos por ley».

Ocurre que, para casos como éste, no hay varias tasas de interés aplicables, sino exclusivamente la del interés legal.

Nada más.

Artículo 549

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 549.- La tutela se acaba: 1.- Por la muerte del menor. 2.- Por llegar el menor a los dieciocho años. 3.- Por cesar la incapacidad del menor conforme al artículo 46. 4.- Por cesar la incapacidad del padre o de la madre en el caso del artículo 580. 5.- Por ingresar el menor bajo la patria potestad.	Artículo 549.- Fin de la tutela La tutela se acaba: 1. Por la muerte del sujeto a tutela. 2. Por llegar el menor a los dieciocho años. 3. Por ingresar el menor bajo la patria potestad. 4. Por rehabilitación del interdicto o por cesar la causa que priva al sujeto de discernimiento.

Para los supuestos en que acaba la tutela, el proyectado inciso 1 contempla a la muerte, no sólo del menor, sino del sujeto a tutela.

El inciso 2 se mantiene igual.

El inciso 3 se cambia a «Por ingresar el menor bajo la patria potestad», lo que entendemos sería poco probable, en la medida de que si el menor ha ingresado a tutela o es porque carece de padres o es porque éstos han sido privados de la patria potestad. Dicho sea de paso, el grupo de trabajo emplea la terminología que él mismo recusa («patria potestad»).

En el inciso 4 se agrega «Por rehabilitación del interdicto o por cesar la causa que priva al sujeto de discernimiento». Ello es correcto.

Artículo 550

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 550.- El cargo de tutor cesa: 1.- Por muerte del tutor. 2.- Por la aceptación de su renuncia. 3.- Por la declaración de quiebra. 4.- Por la no ratificación. 5.- Por su remoción.	Artículo 550.- Causales de extinción del cargo del (sic) tutor. El cargo de tutor cesa: 1. Por muerte del tutor. 2. Por la aceptación de su renuncia. 3. Por la declaración de quiebra. 4. Por su remoción.

Este artículo suprime una causal de extinción del cargo de tutor; y es la relativa a la no ratificación del mismo (actual inciso 4). El grupo de trabajo no explica el por qué.

Artículo 551

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 551.- Los herederos del tutor, si son capaces, están obligados a continuar la gestión de su causante hasta que se nombre nuevo tutor.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esto es absurdo. La comisión señala en su exposición de motivos (p. 139) que: «Con este artículo se ha deseado prevenir que el menor pueda encontrarse en situación de desprotección, evitando el desamparo del pupilo y ordenando que sean los herederos capaces del tutor fallecido, los obligados a continuar la gestión de su causante hasta que se nombre nuevo tutor.— Cabe precisar que el código no señala, excepto en el caso de que el nuevo tutor sea dativo, hasta cuándo habrán los herederos de continuar con la gestión tutelar.— Se estima necesario derogar este artículo».

Entonces, luego de señalar las razones de la existencia de este precepto y sus supuestas bondades, la comisión se limita a decir: «Se estima necesario derogar este artículo». Nada más.

No entendemos tal proceder, el mismo que pudiere obedecer a que la elaboración de la exposición de motivos del anteproyecto del 2019 no corresponde a la misma autoría que el articulado. Esto ya lo advertimos en su momento.

Artículo 552

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 552.- El tutor dativo que haya desempeñado el cargo seis años puede renunciarlo.	Artículo 552.- Facultad de renuncia del tutor dativo. El tutor dativo que haya desempeñado el cargo tres años puede renunciarlo.

En realidad, las exposiciones de motivos del Libro de Derecho de Familia no explican el porqué de las reformas. Sólo exponer el tema que regula cada uno de los artículos del Código Civil, que se propone reformar, sin dar razón alguna.

Esta norma no es la excepción.

Por nuestra parte, debemos entender que el plazo de seis años es considerado excesivo y que por tal razón se ha reducido a la mitad, pero se trata sólo de una especulación nuestra. Nada más.

Artículo 554

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 554.- Será removido de la tutela: 1.- El que incurra en alguno de los impedimentos del artículo 515, si no renuncia al cargo. 2.- El que cause perjuicio al menor en su persona o intereses.	Artículo 554.- Causales de remoción del tutor. 1. Será removido de la tutela: a) El que incurra en alguno de los impedimentos del artículo 515, si no renuncia al cargo. b) El que incumpla lo dispuesto en los artículos 531, 532, 533 y 538. c) El que cause perjuicio al sujeto a tutela en su persona o intereses. 2. Cualquiera puede denunciar al tutor por causas que den lugar a su remoción.

El grupo de trabajo incluye en esta norma, un inciso que señala que será removido del cargo de tutor, el que incumpla lo dispuesto en los artículos 531, 532, 533 y 538.

Además, agrega un extremo a la norma, que especifica que cualquiera puede denunciar al tutor por causas que den lugar a su remoción.

La exposición de motivos nada dice sobre el particular, a pesar de lo cual nos parecen adecuadas las propuestas.

Artículo 555

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 555.- El juez, después de presentada la demanda de remoción, puede suspender provisionalmente al tutor, si existe peligro en la demora.	Artículo 555.- Suspensión provisional del tutor. 1. La pretensión de remoción se sustancia como proceso abreviado. El juez oirá al sujeto a tutela, si fuere factible. 2. El juez en cualquier estado del proceso, a petición de parte o de oficio y mediante resolución motivada, puede suspender provisionalmente al tutor en el ejercicio de su cargo.

Esta propuesta de reforma la consideramos intranscendente.

Decimos esto, porque su inciso 2 no aporta algo nuevo.

La norma actual hace referencia al momento posterior a la presentación de la demanda de remoción. La norma propuesta alude a «en cualquier estado del proceso». Es claro que el proceso comienza con la interposición de la demanda, no antes.

La norma propuesta alude a petición de parte o de oficio. El artículo en vigencia no distingue ambos supuestos.

En tercer lugar, la norma en vigencia alude al peligro en la demora, lo que es

omitido en la norma propuesta; pero, al fin y al cabo, es lo mismo, ya que debería haber peligro en la demora, pues en caso contrario no cabría proceder de esta forma.

La resolución motivada es una exigencia de orden constitucional, razón por la cual constituye una demasía el que la ley la requiera.

Por lo demás, la exposición de motivos no explica las razones de la propuesta de reforma legislativa.

Artículo 556

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 556.- Contestada la demanda por el tutor testamentario o legítimo, se encargará del menor y de sus bienes, durante el juicio, un tutor legítimo y, a falta de éste, uno dativo.	Artículo 556.- Protección del menor y de sus bienes en el juicio. Ordenada la suspensión, se encargará del sujeto a tutela y de sus bienes un tutor legítimo y, a falta de éste, uno dativo (sic)

La comisión cambia aspectos accesorios de este artículo.

Artículo 557

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 557.- El menor que ha cumplido la edad de catorce años puede pedir al juez la remoción de su tutor.	Artículo 557.- Remoción del tutor a pedido del pupilo. El adolescente puede pedir al juez la remoción de su tutor.

Se rebaja la edad del menor para que pueda pedir la renovación de su tutor. Hoy requiere tener catorce años. Con la modificación sólo requeriría ser adolescente (doce años).

Artículo 558

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 558.- Los parientes del menor y el Ministerio Público están obligados a pedir la remoción del tutor.	Artículo 558.- Obligados a solicitar remoción del tutor. Los parientes del sujeto a tutela y el Ministerio Público están obligados a pedir la remoción del tutor.

En este artículo la comisión adecúa la redacción de la norma al concepto que propone se maneje en torno al sujeto a tutela.

Artículo 560

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 560.- Si el juez tiene conocimiento de algún perjuicio que el tutor cause al menor, convocará de oficio al consejo de familia para que proceda, según las circunstancias, a usar de sus facultades en beneficio de aquél.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Para variar, la comisión no explica el por qué propone derogar el artículo 560.

Artículo 561

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil**

	(R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 561.- Es aplicable a las acciones recíprocas del menor y del tutor lo dispuesto en el artículo 432.	Artículo 561.- Acciones recíprocas del pupilo y tutor. Las pretensiones relativas al ejercicio de la tutela, prescriben a los tres años de aprobada la cuenta. Las relativas al pago del saldo de la cuenta prescriben en el plazo señalado para las acciones personales.

Carece de objeto la modificación del 561. Hoy, por la remisión al 432, la norma dice lo mismo. Sólo habría que variar «del menor» por «del sujeto a tutela».

Artículo 563

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 563.- La persona que se encargue de los negocios de un menor, será responsable como si fuera tutor. Esta responsabilidad puede serle exigida por el Ministerio Público, de oficio o a pedido de cualquier persona. El juez, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que se regularice la tutela. Si ello no fuera posible, dispondrá que el tutor oficioso asuma el cargo como dativo. .	Artículo 563.- Tutor oficioso. 1. La persona que se encargue de la empresa del sujeto a tutela, será responsable como si fuera tutor. Esta responsabilidad puede serle exigida por el Ministerio Público, de oficio o a pedido de cualquier persona. 2. El juez, a solicitud del Ministerio Público, puede ordenar que se regularice la tutela. Si ello no fuera posible, dispondrá que el tutor oficioso asuma el cargo como dativo.

El primer párrafo de la norma en vigencia ha sido tomado como base para el inciso 1, propuesto. A entender nuestro, únicamente hubiere resultado necesario cambiar la expresión «menor» por «sujeto a tutela».

La exposición de motivos no aporta nada.

Capítulo segundo/Capítulo tercero

Curatela/Régimen de asistencia

El grupo de trabajo cambia el nombre de este Capítulo Segundo. Erróneamente lo llama Capítulo Tercero y lo denomina «Régimen de Asistencia».

Artículo 564

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 564.- Personas sujetas a curatela Están sujetas a curatela las personas a que se refiere el artículo 44 (sic) numerales 4, 5, 6, 7 y 8.	Artículo 564.- Personas sujeta (sic) a asistencia. Cuando una persona, debido a una disminución física, psíquica o sensorial, se encuentre en la imposibilidad, incluso temporal, de proveer al cuidado de los propios intereses o de administrar el propio patrimonio, el juez especializado en lo civil de familia de su domicilio, en proceso sumarísimo, procede al nombramiento de un asistente.

La redacción del artículo 564 pretende ser adecuada al régimen del Decreto Legislativo n.° 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018. Sólo que la sumilla no debería decir «Personas», sino «Persona».

Con esta norma se desaparecería el régimen de la curatela y sería reemplazado por el régimen de asistencia. Pero dejamos sentado que consideramos que la curatela

debería seguir existiendo para algunos casos especiales, como los de los incisos 4, 5, 6, 7 y 8 del artículo 44, ya que estas personas requieren de alguien que las represente, más que de alguien que las acompañe; al igual que en otros casos, que veremos más adelante (curatela de bienes o de asuntos determinados) y que en nada colisionan con la reforma sobre discapacidad del año 2018.

Es más, la reforma del 2018 mantuvo la curatela en el artículo 564, precepto que ella misma se encargó de reformar.

Artículo 565

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 565.- La curatela se instituye para: 1.- Derogado. 2.- La administración de bienes. 3.- Asuntos determinados.	Artículo 565.- Fines de la asistencia. 1. El juez, al nombrar al asistente, establece cuales (sic) son los actos, incluso de naturaleza procesal, que este asistente tiene el poder de ejecutar en el interés del beneficiario. 2. Salvo que el juez disponga lo contrario, los actos distintos a la administración ordinaria no pueden ser ejecutados por el asistente sin autorización judicial. En caso de inobservancia, tales actos pueden ser anulados a pedido del Ministerio Público, del sujeto al régimen de asistencia o de sus herederos.

En el inciso 1 se señala que cuando el juez instituya la asistencia establecerá cuáles son los actos, incluso de naturaleza procesal, que este asistente tiene el poder de ejecutar en el interés del beneficiario.

Entendemos que estas precisiones serán importantes en razón de que el grado de participación del asistente dependerá de las necesidades que presente el sujeto auxiliado por tal asistente.

En el inciso 2 se restringe la asistencia a los actos de administración ordinaria, salvo que el juez autorice lo contrario.

Pero dejamos sentado que debería seguir existiendo la curatela para los casos mencionados en nuestros comentarios del artículo 565.

Artículo 566

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 566.- Requisito indispensable para la curatela No se puede nombrar curador para las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 en los numerales 4 al 7 sin que preceda declaración judicial de interdicción.	Artículo 566.- Actos realizados con la intervención del asistente. El juez puede disponer que determinados actos pueden ser efectuados por el sujeto al régimen de asistencia sólo con la intervención del asistente. Si tales actos son efectuados sin la prescrita asistencia pueden ser anulados a pedido del asistente, del Ministerio Público, del sujeto a tal régimen o de sus herederos.

En principio, el sujeto a asistencia puede realizar actos por sí solo, pero esta norma señala que el juez podrá establecer qué actos deberá realizar necesariamente con

la intervención del asistente.

Entendemos que el nombramiento del asistente, así como sus facultades y prerrogativas, así como las facultades de la persona sujeta a asistencia, deberán constar en el registro personal de aquella persona sometida al régimen de asistencia.

Entendemos también que todos los actos que esta persona celebre o realice antes de dicha inscripción, son válidos (porque no se puede presumir la incapacidad), a menos que quien los haya celebrado adolezca de notoria disminución intelectual o de otro orden, que haga presumir que requiera de un asistente.

Complicado tema, por cierto.

Finalmente, reiteramos nuestros comentarios adversos a la idea de derogar la curatela.

Artículo 567

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 567.- El juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional.	Artículo 567.- Cese del régimen de asistencia 1. Cuando el sujeto al régimen de asistencia, el asistente, los familiares o el Ministerio Público, consideran que ya no se verifican los presupuestos establecidos en el artículo (sic) podrán solicitar judicialmente el cese del régimen de asistencia, su sustitución o la modificación. 2. El juez amparará la pretensión solicitada cuando se compruebe, directamente o por medio de un examen pericial, la necesidad del cese o de la sustitución.

En esta norma se regula el cese del régimen de asistencia.

En el inciso 1 se regula los casos en que se solicita tal cese, por ya no requerirse la asistencia o que el régimen sea sustituido o modificado.

El inciso 2 peca por obvio.

Artículo 568

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 568.- Rigen para la curatela las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.	Artículo 568.- Resoluciones judiciales y su inscripción en el registro. Las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos precedentes deben ser inscritas en el Registro de personas naturales.

Este artículo establece que las resoluciones judiciales sobre asistencia deben ser inscritas en el Registro de Personas Naturales, pero no aborda el tema de los actos que fueron celebrados por la persona que requiera de asistencia antes de tal inscripción o, incluso, antes de que se expida la resolución judicial que da lugar a tal inscripción.

Dejamos sentado, una vez más, nuestro parecer adverso a derogar la curatela del régimen civil peruano.

Artículo 569

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 569.- Derogado.	Artículo 569.- Aplicación supletoria de las reglas de la tutela. Rigen para el régimen de asistencia supletoriamente las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo.

Se propone que la norma establezca que «Rigen para el régimen de asistencia supletoriamente las reglas relativas a la tutela, con las modificaciones establecidas en este capítulo».

Esta norma se basa en el actual artículo 568.

Artículo 570

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 570.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 571

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 571.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 572

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 572.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 573

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 573.- A falta de curador legítimo y de curador testamentario o escriturario, la curatela corresponde a la persona que designe el consejo de familia.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. De acuerdo.

Artículo 574

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 574.- Si el curador es el cónyuge, está exento de las obligaciones que imponen los artículos	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

520, inciso 1, y 540, inciso 1.	

La comisión propone derogarlo. De acuerdo.

Artículo 575

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 575.- Cuando la curatela corresponde a los padres se rige por las disposiciones referentes a la patria potestad.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. De acuerdo.

Artículo 576

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 576.- El curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. De acuerdo.

Artículo 577

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 577.- Los frutos de los bienes del incapaz se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. De acuerdo.

Artículo 578

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 578.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 579

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 579.- Los curadores legítimos están exentos de la obligación de garantizar su gestión, salvo lo dispuesto en el artículo 426.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. De acuerdo.

Artículo 580

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 580.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 581

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 581.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 582

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 582.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 583

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 583.- Facultados a solicitar interdicción Pueden pedir la interdicción de la persona con capacidad de ejercicio restringida (sic) según el artículo 44 (sic) numerales del 4 al 7, su cónyuge, sus parientes o el Ministerio Público.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. De acuerdo.

Artículo 584

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 584.- Puede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapida bienes que exceden de su porción disponible.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma se refiere a la declaración de prodigalidad. El supuesto del pródigo no ha sido derogado (artículo 44, inciso 4), razón por la cual esta declaración resultaría necesaria para designarle luego al pródigo a una persona que lo asista.

Artículo 585

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 585.- Restricción de capacidad por mala gestión Puede ser restringida en su capacidad de ejercicio por mala gestión la persona que por esta causa ha perdido más de la mitad de sus bienes, teniendo cónyuge o herederos forzosos. Queda al prudente arbitrio del juez apreciar la mala	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

gestión.	

Hacemos de aplicación a esta norma, referida a la declaración de mal gestor, los comentarios vertidos con ocasión del artículo 584.

Artículo 586

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 586.- Será provisto de un curador quien (sic) por causa de su ebriedad habitual, o del uso de sustancias que puedan generar toxicomanía o de drogas alucinógenas, se exponga o exponga a su familia a caer en la miseria, necesite asistencia permanente o amenace la seguridad ajena.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma se refiere al curador de ebrios y toxicómanos. La norma no debería ser derogada. Hacemos de aplicación al caso los comentarios vertidos con ocasión de los artículos 584 y 585.

Artículo 587

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 587.- Pueden pedir la curatela del pródigo o del mal gestor, sólo su cónyuge, sus herederos forzosos, y, por excepción, el Ministerio Público, de oficio o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma se refiere a la curatela del pródigo o del mal gestor. La norma no debería ser derogada, sino adecuada al nuevo régimen sobre discapacidad.

Artículo 588

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 588.- Sólo pueden pedir la interdicción del ebrio habitual y del toxicómano, su cónyuge, los familiares que dependan de él y, por excepción, el Ministerio Público por sí o a instancia de algún pariente, cuando aquéllos sean menores o estén incapacitados o cuando el incapaz constituya un peligro para la seguridad ajena.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma se refiere a la curatela de ebrios y toxicómanos. La norma no debería ser derogada, sino adecuada al nuevo régimen sobre discapacidad.

Artículo 589

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 589.- Curador dativo La curatela de las personas con capacidad de ejercicio restringida a que se refieren los artículos 584, 585 y 586 corresponde a la persona que designe el juez, oyendo al consejo de familia.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma no debería ser derogada, sino adecuada al nuevo régimen sobre

discapacidad.

Artículo 590

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 590.- El curador del ebrio habitual y del toxicómano debe proveer a la protección de la persona del incapaz, a su tratamiento y eventual rehabilitación conforme a las reglas contenidas en los artículos 576, 577 y 578.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma se refiere a la curatela de ebrios y toxicómanos. La norma no debería ser derogada, sino adecuada al nuevo régimen sobre discapacidad.

Artículo 591

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 591.- El pródigo, el mal gestor, el ebrio habitual y el toxicómano no pueden litigar ni practicar actos que no sean de mera administración de su patrimonio, sin asentimiento especial del curador. El juez, al instituir la curatela, puede limitar también la capacidad del interdicto en cuanto a determinados actos de administración.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma se refiere a la curatela del pródigo, del mal gestor, del ebrio habitual y del toxicómano. La norma no debería ser derogada, sino adecuada al nuevo régimen sobre discapacidad.

Artículo 592

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 592.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 593

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 593.- Los actos del pródigo y del mal gestor anteriores al pedido de interdicción no pueden ser impugnados por esta causa. Los del ebrio habitual y del toxicómano pueden serlo si la causa de la incapacidad hubiese sido notoria.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma es importante. Habría que adecuar su redacción al nuevo régimen sobre discapacidad. En torno a ella, el grupo de trabajo propone su derogatoria. No estamos de acuerdo.

Artículo 594

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)

Artículo 594.- Las personas que pueden promover la declaración de interdicción y el curador pueden demandar la anulación de los actos patrimoniales practicados en contravención del artículo 591.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma es importante. Habría que adecuar su redacción al nuevo régimen de discapacidad. Sobre ella el grupo de trabajo propone su derogatoria. No estamos de acuerdo.

Artículo 595

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 595.- Ejecutoriada la sentencia penal que conlleve la interdicción civil, el fiscal pedirá, dentro de las veinticuatro horas, el nombramiento de curador para el penado. Si no lo hiciera, será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan. También pueden pedir el nombramiento el cónyuge y los parientes del interdicto.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma es importante. Habría que adecuar su redacción al nuevo régimen de discapacidad. Sobre ella el grupo de trabajo propone su derogatoria. No estamos de acuerdo.

Artículo 596

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 596.- La curatela a que se refiere el artículo 595 se discierne por el orden establecido en el artículo 569 y se limita a la administración de los bienes y a la representación en juicio del penado. El curador está también obligado a cuidar de la persona y bienes de los menores o incapaces que se hallaren bajo la autoridad del interdicto hasta que se les provea de tutor o de otro curador.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Esta norma es importante. Habría que adecuar su redacción al nuevo régimen de discapacidad. Sobre ella el grupo de trabajo propone su derogatoria. No estamos de acuerdo.

Artículo 597

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 597.- Cuando una persona se ausenta o ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero según lo establece el artículo 47, se proveerá a la curatela interina de sus bienes, observándose lo dispuesto en los artículos 569 y 573. A falta de las personas llamadas por estos artículos, ejercerá la curatela la que designe el juez.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso sí correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente. Como vemos,

la curatela debería continuar para determinados supuestos en que no se trata de coadyuvar o apoyar en la formación de la voluntad de la persona con discapacidad; sino de representar, propiamente, patrimonios o intereses de quienes no pueden hacerlo.

Artículo 598

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 598.- A pedido de cualquier interesado o del Ministerio Público (sic) los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad. Esta curatela incumbe a la persona designada por el padre para la tutela del hijo o la curatela de sus bienes, y en su defecto, a la persona nombrada por el juez, a no ser que la madre hubiera sido declarada incapaz, caso en el que su curador lo será también de los bienes del concebido.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 599

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 599.- El juez de primera instancia, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona que tenga legítimo interés, deberá proveer a la administración de los bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, e instituir una curatela, especialmente: 1.- Cuando los derechos sucesorios son inciertos. 2.- Cuando por cualquier causa, la asociación o el comité no puedan seguir funcionando, sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo. 3.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 600

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 600.- Cuando el usufructuario no preste las garantías a que está obligado conforme al artículo 1007 el juez, a pedido del propietario, nombrará curador.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 601

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 601.- La curatela a que se refieren los artículos 597 a 600, será instituida por el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes. Pueden ser varios los curadores, si así lo exige la administración de los bienes.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 602

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 602.- El curador de bienes no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 603

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 603.- Corresponde al curador de bienes la representación en juicio. Las personas que tengan créditos contra los bienes podrán reclamarlos del respectivo curador.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 604

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 604.- El curador instituido conforme a los artículos 599, incisos 1 y 2, y 600 está también sujeto a lo que prescribe el Código de Procedimientos Civiles.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 605

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 605.- Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 603 y 604, el juez que nombra al curador	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

puede señalarle sus facultades y obligaciones, regulándolas, según las circunstancias, por lo que está previsto para los tutores.	

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 606

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 606.- Se nombrará curador especial cuando: 1.- Los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad. 2.- Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres. 3.- Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos. 4.- Los intereses de las personas sujetas a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o a las personas con capacidad de ejercicio restringida que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común. 5.- Los menores o las personas con capacidad de ejercicio restringida comprendidas en el artículo 44 (sic) incisos del 1 al 8, que tengan bienes lejos de su domicilio y no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador. 6.- Haya negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquél. 7.- Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general. 8.- El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones. 9.- Una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso, también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 607

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 607.- El padre extramatrimonial puede nombrar curador en testamento o por escritura pública para que administre, con exclusión de la madre o del tutor nombrado por ella, los bienes que deje a sus hijos. Igual facultad tiene la madre extramatrimonial.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, pero en este caso también correspondería nombrar, no un asistente, sino un representante o curador, propiamente.

Artículo 608

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 608.- Los curadores especialmente nombrados para determinados bienes se encargarán de la administración de éstos en el tiempo y forma señalados por el testador o el donante que los designó.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. No estamos de acuerdo.

Artículo 609

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 609.- En los casos de los incisos 1 y 9 del artículo 606, el curador será nombrado por el juez. En los demás casos lo será por el consejo de familia.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. No estamos de acuerdo. Remitimos al lector a nuestros comentarios al artículo 606.

Artículo 610

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 610.- Cese de curatela por rehabilitación La curatela instituida conforme al artículo 44, numerales 4 a 7, cesa por declaración judicial que levanta la interdicción. La rehabilitación puede ser pedida por el curador o por cualquier interesado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. Estamos de acuerdo.

Artículo 611

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 611.- La curatela del condenado a pena que lleva anexa la interdicción civil acaba al mismo tiempo que la privación de la libertad. El liberado condicionalmente continúa bajo curatela.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. Creemos que no corresponde. Sólo habría que actualizar su nomenclatura.

Artículo 612

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 612.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4

de septiembre de 2018.

Artículo 613

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 613.- Rehabilitación del ebrio habitual, pródigo, toxicómano y mal gestor La rehabilitación de la persona declarada con capacidad de ejercicio restringida en los casos a que se refiere el artículo 44, numerales 4 a 7, sólo puede ser solicitada cuando durante más de dos años no ha dado lugar el interdicto a ninguna queja por hechos análogos a los que determinaron la curatela.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. Creemos que no corresponde. Sólo habría que actualizar su nomenclatura.

Artículo 614

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 614.- Derogado.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo, pero este artículo ya está derogado desde el 4 de septiembre de 2018.

Artículo 615

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 615.- La curatela de los bienes cesa por la extinción de éstos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. No estamos de acuerdo.

Artículo 616

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 616.- La curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. No estamos de acuerdo, pues aquí no se requiere de un asistente, sino —como en varios otros casos de estos artículos que venimos observando— de un verdadero curador o representante.

Artículo 617

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 617.- La curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. No estamos de acuerdo, pues aquí no se requiere de un asistente, sino —como en varios otros casos de estos artículos— de un verdadero curador o representante.

Artículo 618

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 618.- La curatela especial se acaba cuando concluyen los asuntos que la determinaron.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogarlo. No estamos de acuerdo, pues aquí no se requiere de un asistente, sino —como en varios otros casos de estos artículos— de un verdadero curador o representante.

Libro IV

Derecho de sucesiones

Sección primera

Sucesión en general

Título I

Transmisión sucesoria

Artículo 660

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 660.- Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores.	Artículo 660.- Trasmisión sucesoria de pleno derecho. Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se trasmiten a sus sucesores de acuerdo a las reglas del presente Libro.

No estamos de acuerdo en torno a la precisión relativa a que la transmisión sucesoria se producirá de acuerdo a las reglas del Libro de Sucesiones. Eso es tan obvio, como que se diga que la transmisión de los créditos se realizará de acuerdo a las reglas del Libro de Derecho de Obligaciones.

Artículo 663-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 663 A.- Protocolo de familia. 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 1405, son válidos los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones en personas jurídicas de cualquier tipo, para la conservación de la integridad patrimonial o de la unidad familiar de la gestión empresarial, la prevención o solución de conflictos u otro objeto de interés familiar. 2. Excepcionalmente, el protocolo familiar puede incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios de terceros y deberá establecer compensaciones en beneficio de los legitimarios no intervinientes. 3. Son nulos los pactos a los que se refiere este

	artículo que afecten la legítima sin mediar compensación, los derechos patrimoniales del cónyuge, conviviente o terceros.

Nos parece interesante la propuesta de regular el protocolo familiar. Los términos en que se plantea su regulación, son adecuados.

Título III

Indignidad

Artículo 667

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 667.- Son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: 1. Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena. 2. Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior. 3. Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de libertad. 4. Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado. 5. Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado. 6. Los que hubieran sido sancionados con sentencia firme en un proceso de violencia familiar en agravio del causante. 7. Es indigno de suceder al hijo, el progenitor que no lo hubiera reconocido voluntariamente durante la minoría de edad o que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme a sus posibilidades económicas, aun cuando haya alcanzado la mayoría de edad, si estuviera imposibilitado de procurarse sus propios recursos económicos. También es indigno de suceder al causante el pariente con vocación hereditaria o el cónyuge que no le haya prestado asistencia y alimentos cuando por ley estuviera obligado a hacerlo y se hubiera planteado como tal en la vía judicial.	Artículo 667.- Causales de exclusión de la sucesión por indignidad 1. Son excluidos de la sucesión, por indignidad, como herederos o legatarios: a) Los autores, cómplices o instigadores de delito doloso, o de su tentativa en agravio del causante o de quienes tengan vocación sucesoria para heredarlo. La causal no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena. b) Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir que el causante otorgue testamento, para obligarle a hacerlo, o para revocar, total o parcialmente, el otorgado. c) Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren, total o parcialmente, el testamento o el protocolo familiar acordado con el sucesor. Igual sanción se extenderá a quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento o protocolo familiar falsificado o alterado. 2. El plazo de prescripción en el supuesto del literal a) se rige por la ley penal. El plazo de prescripción para hacer valer las demás causales de exclusión es de un año desde que el indigno entró en posesión de la herencia o del legado.

El inciso 1 del artículo 667 en vigencia, señala que son excluidos de la sucesión

de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los autores y cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge».

El inciso 1 que propone la comisión presenta como primera modificación el agregar a los instigadores de este delito doloso. Además, se sustituye la mención a determinados parientes del causante, por la expresión «de quienes tengan vocación sucesoria». Esta expresión no es tan clara, pues la vocación sucesoria en potencia no es sino una mera especulación de proyecciones infinitas. Es preferible el texto en vigencia. Además, lo importante es la cercanía con tales personas, no —precisamente— su vocación sucesoria.

El inciso 2 vigente señala que son excluidos de la sucesión, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el inciso anterior».

No conocemos la razón por la cual la comisión propone derogar este inciso. La comisión no la explicita. Pero debemos suponer que es porque el literal 1 a) ya comprendería al actual inciso 2, pues se ha eliminado la expresión «homicidio doloso» por la más amplia de «delito doloso».

El actual inciso 3 establece que son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad».

Este inciso sería derogado. La comisión no expone las razones que la llevan a proceder en ese sentido.

El actual inciso 4 del artículo 667 señala que son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado».

Esta norma constituye la base del literal 1 b) que se propone. El literal que plantea el grupo de trabajo es básicamente la norma en vigencia, con pequeños cambios accesorios.

El artículo 667, inciso 5 del Código en vigencia establece que son excluidos de la sucesión de determinada persona, por indignidad, como herederos o legatarios: «Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testamento falsificado».

La norma propuesta (inciso 1, literal c) agrega que esa afectación puede ser total o parcial (precisión innecesaria). También agrega el protocolo familiar, ajeno al Código Civil de 1984, pero incluido por el anteproyecto del 2019.

El inciso 2 hace mal en señalar que el plazo de prescripción en el supuesto del literal a) se rige por la ley penal. Eso no es correcto, pues de lo que se trata es de que el indigno tendría tal condición desde que exista una sentencia condenatoria en su contra.

En ese sentido, el plazo prescriptorio de un año, que se señala (creo que debería

ser un plazo bastante mayor) debería regir para todos los supuestos; y, en lo que respecta al inciso 1, debería computarse desde la fecha en que fue notificada la sentencia o la fecha en la cual el futuro causante tomó conocimiento de la misma.

Artículo 668

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 668.- La exclusión por indignidad del heredero o legatario debe ser declarada por sentencia, en juicio que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. La acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado.	Artículo 668.- Exclusión por indignidad. 1. La exclusión por indignidad del heredero o legatario se produce de pleno derecho: a) En mérito de la sentencia penal firme que hubiese determinado la comisión de la causal contenida en el literal a) del artículo 667. b) En mérito de la sentencia civil firme, en proceso que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él, por la comisión de alguna de las causales contenida (sic) en los literales b) y c) del artículo 667.

El proyectado artículo 668 establece que la exclusión por indignidad del heredero o legatario se produce de pleno derecho en dos supuestos.

El primero, en mérito de la sentencia penal firme que hubiese determinado la comisión de la causal contenida en el propuesto literal a) del artículo 667.

Esta norma, si bien representaría un avance en lo que respecta a la rapidez con la que se va a producir la firmeza de la exclusión, no considera un aspecto tradicional en este tema, consistente en la capacidad de perdonar la causal, por parte del futuro causante. Pero este elemento está incluido en el artículo 668-A, que comentaremos seguidamente.

El segundo caso sí requiere de una sentencia civil firme, en los supuestos de los proyectados literales a) y b) del artículo 668 del Código Civil.

Esto significa que en estos dos supuestos resulta ineludible el demandar judicialmente al indigno. Obviamente en estos dos casos, al igual que en el regulado en el inciso 1, literal a), cabría el perdón del futuro causante.

Artículo 668-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 668.A.- Perdón del indigno 1. La exclusión por indignidad del heredero o legatario a que se refiere el artículo 668 queda sin efecto por perdón del causante. 2. El testamento en que se beneficia al indigno, posterior a los hechos de indignidad, comporta el perdón, excepto que se pruebe el desconocimiento de tales hechos por el testador.

Esta norma regula el perdón en los casos de indignidad. Como decíamos al comentar el artículo precedente, el futuro causante y agraviado con los actos del indigno siempre tendrá la facultad de perdonarlo.

Artículo 671

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 671.- Declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666.	Artículo 671.- Efectos de la exclusión por indignidad. Producida la exclusión por indignidad conforme al artículo 668, el indigno queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes o derechos que recibió pertenecientes a la masa sucesoria, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 y el resarcimiento a que está obligado por la segunda parte del artículo 666.

La norma propuesta no sólo se refiere al reintegro de los bienes. También comprende el supuesto en que no sólo hubiese enajenado bienes, sino también derechos que hubiera recibido pertenecientes a la masa sucesoria.

Título IV

Aceptación y renuncia de la herencia

Artículo 673

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 673.- 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.	Artículo 673.- Plazo de aceptación. 1. La herencia se presume aceptada si, a falta de aceptación expresa, el llamado a heredar no la ha renunciado dentro de los siguientes plazos, lo que ocurra primero: a) Seis meses de inscritos en el Registro Público el testamento o la resolución firme de declaración de sucesión legal; b) Tres años de la muerte del causante. 2. Los plazos a que se refiere el inciso 1 son de prescripción.

El esquema para la aceptación de la herencia se sigue rigiendo en base a la no renuncia de la herencia, sólo que se establece reglas distintas.

En el inciso 1 se señala que la herencia se presume aceptada si, a falta de aceptación expresa, el llamado a heredar no la ha renunciado dentro de los siguientes plazos, lo que ocurra primero: a) Seis meses de inscritos (sic, debería ser en singular, porque viene una disyunción) en el Registro Público el testamento o la resolución firme de declaración de sucesión legal; b) Tres años de la muerte del causante.

Estos plazos son muy largos, sobre todo si se considera el segundo supuesto, que regirá en defecto de inscripción registral.

La herencia no debe permanecer en la incertidumbre respecto a quién o quiénes son sus titulares; no sólo por el hecho de que se requiere de alguien que se ocupe de la masa hereditaria, sino también por el hecho de que los terceros, acreedores o deudores de la masa hereditaria requerirán de interlocutores válidos para hacer efectivos sus derechos.

Y, aún más, el artículo 673 que propone la comisión, plantea en su inciso 2, que los plazos a que se refiere el inciso 1 sean de prescripción, con lo cual cabe sobre ellos interrupción y suspensión. Hubiese sido preferible, entonces, que fueran de caducidad.

Artículo 680

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 680.- Los actos de administración provisional y de conservación de los bienes de la herencia practicados por el heredero mientras no haya vencido el plazo del artículo 673, no importan aceptación ni impiden la renuncia.	Artículo 680.- Actos provisionales. 1. Sin perjuicio de los deberes del albacea, los que se consideren llamados como sucesores pueden realizar en interés de la sucesión: a) Los actos de conservación temporal y administración provisional, incluyendo el cobro de créditos y cumplimiento de obligaciones indispensables, y ejercer acciones posesorias de los bienes hereditarios; b) Vender los bienes de difícil o costosa conservación, o que estén expuestos a grave deterioro. En caso de desacuerdo, la solicitud se tramita como proceso sumarísimo. (sic) c) El reparto de efectos estrictamente personales del causante que no tengan valor económico significativo. 2. Los actos realizados conforme al numeral precedente no significan aceptación ni impiden la renuncia. En caso de renuncia, el renunciante tendrá derecho a que con cargo a la herencia se le reembolsen los gastos en que hubiera incurrido. 3. Siendo varios los llamados, en caso de discrepancia se estará a lo que resuelva la mayoría, contada por cuotas. 4. Cesa la facultad de realizar los actos a que se refiere este artículo cuando se ha designado albacea dativo.

Siempre nos hemos manifestado contrarios a que el Código Civil contenga normas de corte reglamentarista. Es el caso del artículo 680 propuesto por el grupo de trabajo, con el que se pretende sustituir una norma tan clara y precisa como el artículo 680 en vigencia.

Título I

Disposiciones generales

Artículo 690-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 690-A.- Interpretación de los actos testamentarios. 1. La interpretación del testamento tiene por

	finalidad determinar la voluntad real del testador. 2. La interpretación no se limitará al sentido literal de las palabras o a la comprensión de la declaración de voluntad del causante que tenga el sucesor. 3. El intérprete puede recurrir a documentos no testamentarios, siempre que sean de fecha cierta o que el testador se hubiera remitido a ellos, y a las costumbres del testador.

Ésta es una norma inútil. En primer lugar, porque los testamentos son actos jurídicos, los mismos que contienen reglas de interpretación.

En segundo lugar, porque no se puede proponer, para regular la interpretación de los testamentos, un inciso 1 que establezca precisamente, la verdad de Perogrullo de que «La interpretación del testamento tiene por finalidad determinar la voluntad real del testador». Nos preguntamos: ¿y qué otra finalidad puede tener?

El inciso 2 es reiterativo de otra propuesta de la comisión para la interpretación de los actos jurídicos (168 inciso 2).

Y el inciso 3 no aporta nada nuevo, pues es propio de cualquier labor interpretativa de cualquier acto jurídico.

Título II

Formalidades de los testamentos

Capítulo segundo

Testamento en escritura pública

Artículo 696

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 696.- Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son: 1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. 2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener. 3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas. 4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario. 5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el	Artículo 696.- Formalidades esenciales. Las formalidades esenciales del testamento por escritura pública son: 1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y un testigo en el caso del artículo 697. 2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con la asistencia de apoyos, si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener. 3. SE PROPONE SU DEROGACIÓN. 4. SE PROPONE SU DEROGACIÓN. 5. Que el testamento sea leído de forma fidedigna por el notario, el testador o el testigo testamentario en el caso del artículo 697. 6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la

testigo testamentario que éste elija. 6.- Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera. 7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido. 8.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto. 9. Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.	expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente o a través de intérpretes o apoyos. 7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido. 8. Que el testador, el notario y, en el caso del artículo 697, el testigo, firmen la escritura pública en el mismo acto.

Este artículo regula las formalidades esenciales para el otorgamiento de testamento por escritura pública.

Pasemos revista a las modificaciones que propone el grupo de trabajo.

El actual inciso 1 establece «Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles». La propuesta elimina lo relativo a los testigos testamentarios a ruego (artículo 697), caso para el cual sólo exige un testigo. No estamos de acuerdo con esta liberalización de la formalidad, por cuanto el testamento por escritura pública debe constituir un acto no sólo solemne, sino que esté revestido de todas las seguridades del caso.

El inciso 2 en vigencia establece «Que el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener».

La norma propuesta adecua el tema a los casos de las personas con discapacidad que requieran apoyos. Sin duda, el testamento por escritura pública pondría a prueba no sólo el funcionamiento de los apoyos, sino también cómo en casos como éstos debe quedar claro que la voluntad testamentaria debe ser la de la persona con discapacidad y, de ninguna manera, la de su apoyo.

En el inciso 3 vigente se dice «Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas». La comisión, recogiendo un viejo clamor del medio jurídico, propone derogar esta norma, que dificulta la labor del notario para el otorgamiento de testamentos por escritura pública.

El inciso 4 en vigencia establece «Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario». La comisión propone derogar esta norma. No estamos de acuerdo, porque ella otorga las seguridades del caso al documento (escritura pública) que constituye el testamento.

El inciso 5 en vigencia establece «Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija». No estamos de acuerdo con la propuesta, en la medida de que no es necesario decir que la

lectura deba hacerse «de forma fidedigna». Es obvio que, si no se lee de forma fidedigna, no se estará leyendo; se estará inventando textos.

El inciso 6 establece «Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera».

El texto propuesto es básicamente el que se halla en vigencia.

El inciso 7 en vigencia establece «Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que hubiere incurrido».

La norma propuesta por la comisión es idéntica.

El inciso 8 en vigencia señala «Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto».

La propuesta de la comisión se basa fidedignamente en este inciso.

En la actualidad, la norma vigente contiene un inciso 9, que dice «Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.»

Esta norma no ha sido replicada en el anteproyecto y no se señala el por qué. Ahora bien, no queda claro el momento de la intervención judicial, pero entendemos que ella debería ser previa al acto de otorgamiento del testamento.

Título IV

Institución y sustitución de herederos y legatarios

Artículo 735

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 735.- La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota parte de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición.	Artículo 735.- Calidades sucesorias. 1. Es heredero el que por testamento o por ley, o por ambos títulos, sucede a título universal en la totalidad o en una cuota de la masa sucesoria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 852. Tiene la calidad de heredero quien sucede en el remanente sobre el cual no hubiera disposición testamentaria, y en lo que quede después de cumplidos los legados. 2. La sucesión a título hereditario puede ser legitimaria, legal no legitimaria o voluntaria. 3. Es legatario el que sucede al testador en bienes o derechos determinados o determinables, o en una cuota de ellos. También se considera legatario a aquel en cuyo favor el testador ha dispuesto que reciba un bien, derecho o prestación a cargo de un heredero o de otro legatario. El usufructuario es considerado como legatario aunque su derecho recaiga sobre toda la materia de la sucesión siempre que no exceda la cuota de libre

	disposición del causante. 4. Es indiferente la denominación con que el testador instituya a sus sucesores, y las calidades y derechos de éstos se sujetan a la naturaleza de la institución más acorde con la voluntad del testador.

La comisión propone modificar el artículo 735, relativo a las calidades sucesorias. La norma vigente es escueta y técnicamente correcta. La comisión no objeta el precepto vigente, sino que lo quiere hacer más didáctico y, entendemos que, por ello, explicita diversos conceptos.

En primer lugar (inciso 1), detalla quién es heredero. Así, lo es quien por testamento o por ley, o por ambos títulos, sucede a título universal en la totalidad o en una cuota de la masa sucesoria.

La comisión, en su propuesta del artículo 735, inciso 1, agrega que también tiene la calidad de heredero, quien sucede en el remanente sobre el cual no hubiera disposición testamentaria, y en lo que quede después de cumplidos los legados.

La comisión hace la salvedad del artículo 852. Esta norma señala que no hay lugar a partición cuando el testador la ha dejado hecha en el testamento, pudiendo pedirse, en este caso, sólo la reducción en la parte que excede la permitida por la ley.

Agrega el artículo 852 que, no obstante lo señalado, no cabe en ningún supuesto la partición en tanto permanezca vigente el procedimiento concursal al que se encuentra sometida la sucesión indivisa, de ser el caso que ello ocurra.

La comisión, en su propuesta del artículo 735, inciso 1, agrega que también tiene la calidad de heredero quien sucede en el remanente sobre el cual no hubiera disposición testamentaria, y en lo que quede después de cumplidos los legados.

A entender nuestro, esta norma resulta innecesaria, ya que la misma constituye más que todo, un desarrollo de lo que es el heredero. Esto es más propio de un manual de derecho que de un Código Civil.

En el inciso 2 se propone establecer las tres clases de sucesión a título hereditario. Impropio, también.

En el inciso 3, la comisión plantea decir quién es legatario. Señala que es el que sucede al testador en bienes o derechos determinados o determinables, o en una cuota de ellos. Agrega que también se considera legatario a aquel en cuyo favor el testador ha dispuesto que se reciba un bien, derecho o prestación a cargo de un heredero o de otro legatario.

Señala, además, que el usufructuario es considerado como legatario aunque su derecho recaiga sobre toda la materia de la sucesión del causante.

¿Es necesario regular todos estos conceptos propios de la calidad de legatario? En un Código Civil, no.

Finalmente, en el inciso 3 la comisión señala algo obvio: que es indiferente la denominación con que el testador instituya a sus sucesores, y las calidades y derechos de éstas se sujetan a la naturaleza de la institución más acorde con la voluntad del testador.

Si se siguiere este criterio, el Código Civil debería contener decenas de artículos en los que establezca cuestiones similares con respecto a una serie de figuras o instituciones jurídicas.

Artículo 735-B

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 735-B.- Aptitud sucesoria. 1. Tienen aptitud para suceder las personas físicas ya nacidas o concebidas en el momento de la apertura de la sucesión que no estén impedidas conforme a este Título o disposiciones especiales, y el Estado en los casos del artículo 830. Salvo prueba en contrario, y de lo indicado en el numeral 3, se presume ya concebido en el momento de la apertura de la sucesión a quien ha nacido dentro de los trescientos días contados desde la muerte de la persona de cuya sucesión se trata. 2. En la sucesión testamentaria también tienen aptitud sucesoria: a) los (sic) hijos o demás descendientes del testador o de una persona determinada por él que esté viva en el momento de la muerte del testador, aunque aún no estuvieran concebidos en ese momento y siempre que nazcan dentro del plazo que establezca el testador, pero que no podrá ser después de los diez años de su deceso; b) las (sic) entidades o personas jurídicas inscritas o que hubiesen presentado solicitud de inscripción en el Registro Público pertinente al momento de apertura de la sucesión; c) las (sic) fundaciones constituidas por el testamento. 3. Tienen también aptitud sucesoria como legitimarios los nacidos por la aplicación de una técnica de reproducción asistida a condición de que nazcan dentro de los cuatro años del fallecimiento del causante. A tal efecto, tal persona debe: a) adquirir (sic) la calidad de embrión crio-conservado antes del deceso del causante; o b) ser concebida con gametos de titularidad del causante. 4. En ambos casos, el uso post mortem del embrión o de los gametos debió haber sido expresamente permitido por el causante. Dentro de los treinta días calendario de la apertura de la sucesión, la pareja autorizada a utilizar el embrión o los gametos informará por comunicación notarial a

	los sucesores del causante sobre tal derecho a fin de que se resguarde la cuota del futuro heredero. 5. Salvo disposición legal en contrario, la aptitud sucesoria se establece al momento de la apertura de la sucesión. En los casos de institución bajo condición suspensiva y de sustitución, la aptitud se determina al momento de verificación de la condición o de ocurrido el supuesto para la sustitución, a menos que otra cosa resulte del testamento.

La comisión propone un nuevo artículo, el 735-B, para regular la aptitud sucesoria. No nos convence regular este tema, pero abordaremos la materia, en la medida de que la comisión trata acerca de una serie de rubros de interés.

En primer término, en el inciso 1 se señala que tienen aptitud para suceder las personas físicas ya nacidas o concebidas en el momento de la apertura de la sucesión que no estén impedidas conforme a este título o disposiciones especiales, y el Estado en los casos del artículo 830 (relativo a la sucesión del Estado y de la Beneficencia Pública).

Sobre esto no hay mucho que decir. Es más, ni habría que ponerlo en un Código Civil, en la medida de que nada de lo señalado constituye materia controversial en Derecho.

Luego, en el inciso 1 agrega que, salvo prueba en contrario, y de lo indicado en el numeral 3, se presume ya concebido en el momento de la apertura de la sucesión a quien ha nacido dentro de los trescientos días contados desde la muerte de la persona de cuya sucesión se trata.

En relación a este tema, ya hay disposiciones en el propio Código Civil, que establecen ese plazo, pero para que el hijo sea considerado matrimonial, no deben haber transcurrido más de 300 días, desde la muerte del marido. Entendemos que esta norma bien podría ser interpretada por analogía al caso de la sucesión, pero admitimos que el tema es discutible.

En el inciso 2, el grupo de trabajo propone (literal a) que se señale que en la sucesión testamentaria también tienen aptitud sucesoria los hijos o demás descendientes del testador o de una persona determinada por él que esté viva en el momento de la muerte del testador, aunque aún no estuvieran concebidos en ese momento y siempre que nazcan dentro del plazo que establezca el testador, pero que no podría ser después de los diez años de su deceso.

Interesante propuesta, pues con la procreación asistida, podrían presentarse este tipo de casos. No obstante, el mantener una sucesión indivisa por tanto tiempo sería muy negativo.

En esos casos, lo ideal es que el testador que disponga su procreación *post mortem* disponga en el testamento cómo se dividirá su herencia.

Con todo, cinco años serían suficientes, salvo que exista litigio en torno a la sucesión, caso en el cual sí se podría establecer un plazo de diez años desde la muerte del testador.

Por otra parte, en el inciso 2, b) se propone que tengan aptitud sucesoria en la

sucesión testamentaria, las entidades o personas jurídicas inscritas o que hubiesen presentado solicitud de inscripción en el Registro Público pertinente al momento de la apertura de la sucesión.

Creemos que la norma peca por amplia, pues las personas jurídicas se constituyen a través de su inscripción en el registro (artículo 77 del Código Civil vigente). Este precepto sucesorio no debería siquiera existir.

En el inciso 3, la comisión propone que se señale que tienen también aptitud sucesoria como legitimarios los nacidos por la aplicación de una técnica de reproducción asistida a condición de que nazcan dentro de los cuatro años del fallecimiento del causante; a cuyo efecto, tal persona debe: a) adquirir la calidad de embrión, crio-conservado antes del deceso del causante; o b) ser concebido con gametos de titularidad del causante.

El inciso 4 señala que, en ambos casos, el uso *post mortem* del embrión o de los gametos debió haber sido expresamente permitido por el causante.

El inciso 3 debió tratarse de manera conjunta con el inciso 2, pues versan sobre lo mismo, sólo que en el primer caso se señala la existencia de una autorización vía disposición testamentaria, en tanto que, en el segundo caso, la referencia (inciso 4) es una autorización en general que, por lo que se señala después, pareciera que no es testamentaria. El inciso 4, en ese sentido, agrega que dentro de los treinta días calendario de la apertura de la sucesión, la pareja autorizada a utilizar el embrión o los gametos informará por comunicación notarial a los sucesores del causante sobre tal derecho, a fin de que se resguarde la cuota del futuro heredero.

Insistimos, el inciso 2 a) y los incisos 3 y 4, debieron ser una sola norma.

Finalmente, el inciso 5 trata acerca de los casos de institución bajo condición suspensiva y de sustitución, sobre los cuales no es necesario tratar en el Código Civil, por remisión a las normas generales sobre cargo o plazo.

Artículo 735-C

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 735-C.- Inaptitud sucesoria. Carecen de aptitud para suceder y, en su caso, se tiene por no puesta la respectiva disposición testamentaria, las siguientes personas: 1. Los declarados indignos. 2. Los que el testador haya desheredado o excluido de la legítima, respecto de ésta. 3. El notario y los testigos que intervengan en el testamento con infracción legal, así como sus cónyuges y parientes dentro del tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 4. Los tutores o curadores instituidos en testamento hecho dentro de los noventa días de cesada la incapacidad, cuando la sucesión se abra dentro de los ciento ochenta días de la fecha del testamento. El impedimento no afecta al ascendiente,

	descendiente, o cónyuge del testador. 5. El cónyuge o conviviente separado por culpa propia. En los casos que al abrirse la sucesión exista proceso judicial de separación, el llamamiento sucesorio respecto del supérstite queda supeditado al resultado del proceso. Sin embargo, si fue instituido en testamento posterior al inicio del proceso judicial, se admitirá la institución testamentaria. 6. El cónyuge separado legalmente, cuando de conformidad con el artículo 354 el causante hubiera solicitado el divorcio. El llamamiento sucesorio respecto del cónyuge supérstite queda supeditado al resultado del proceso. Sin embargo, si el cónyuge fue instituido en testamento posterior al inicio del proceso, se admitirá la institución testamentaria. 7. En la sucesión legal, el viudo en el caso del artículo 826. 8. La persona con quien el testador casado hubiera cometido adulterio, salvo que a la fecha de apertura de la sucesión los cónyuges ya estuvieran divorciados o judicialmente separados de cuerpos y bienes. 9. En los casos de los artículos 398 y 1366. 10. En el caso previsto en el artículo 71 de la Constitución, salvo que dentro de los doce meses de la inscripción de la declaración de sucesión legal o de la inscripción del testamento, el sucesor opte por la conmutación del bien o derecho con otro contenido en la masa sucesoria, o por la transferencia. 11. La pretensión de exclusión por inaptitud sucesoria prescribe a los dos años de inscrita la declaración de sucesión legal o de la inscripción del testamento y, en todo caso, antes de la participación, salvo lo dispuesto en el artículo 677. La demanda se tramita como proceso abreviado.

Este precepto está destinado a regular la denominada inaptitud sucesoria.

Los incisos 1, 2 y 3 no resultan necesarios, pues ya existen normas que conducen a los mismos puertos.

El inciso 4 parte de consideraciones prejuiciosas y carece de sustento, en la medida de que quien estuvo sujeto a tutela o asistencia (nótese que el anteproyecto sigue empleando en este caso, a pesar de recusarlo, el término «curador»), ya cesó en tal capacidad de ejercicio disminuida. Y si tiene plena capacidad, pues, por él mismo podría disponer en testamento lo que guste en beneficio de un extutor, excurador o exasistente.

Por lo demás, la fecha de la muerte del testador es irrelevante. La muerte, salvo casos de excepción, ocurre en un momento fortuito.

El inciso 5 señala al cónyuge o conviviente separado por culpa propia. Es decir, la comisión que tantas veces recusa el divorcio sanción, sí sanciona al cónyuge culpable, colocándolo en inaptitud sucesoria. Esto está bien; lo que demuestra que sí debe importar por culpa de quién se rompe el matrimonio, lo que no va de la mano —claro está— con la implantación absoluta del divorcio remedio y la derogatoria que se plantea del divorcio sanción.

Para tales casos, el inciso 5 exige que al abrirse la sucesión exista proceso judicial de separación.

El inciso 6, por su parte, contempla el caso del cónyuge separado legalmente, cuando de conformidad con el artículo 354, el causante hubiera solicitado el divorcio.

El inciso 7 regula el caso del viudo (artículo 826), en la sucesión legal. Se trata del que se casa enfermo y muere al poco tiempo. Esta regulación sería inútil, pues el tema ya se halla tratado en el referido artículo 826.

Otro caso en el cual a la comisión le vuelven a interesar los culpables, es el del inciso 8, pues propone declarar inapto para suceder, a la persona con quien el testador casado hubiera cometido adulterio, salvo que a la fecha de apertura de la sucesión los cónyuges ya estuvieran divorciados o judicialmente separados de cuerpos y bienes.

Este inciso constituye una novedad y representa una sanción moral contra la persona que actúa de esta forma. Ahora bien, queda claro que lo que se lograría con esta norma es que esa persona no se beneficie más de lo que —probablemente— ya se benefició con la relación adúltera.

En el inciso 9 se propone regular el caso del hijo mayor de edad que sea reconocido. Pero tal regulación sería inútil, pues el artículo 398 no confiere al reconociente, derechos sucesorios ni alimenticios.

El inciso 9 también hace referencia al artículo 1366, relativo a las personas prohibidas de adquirir derechos reales por contrato, legado o subasta.

Pero, esta referencia también es inútil, pues ellos ya carecen de aptitud sucesoria por el propio artículo 1366.

En el inciso 10, la comisión propone el caso previsto en el artículo 71 de la Constitución, salvo que dentro de los doce meses de la inscripción de la declaración de sucesión legal o de la inscripción del testamento, el sucesor opte por la conmutación del bien o derecho con otro contenido en la masa sucesoria o por la transferencia.

Finalmente, el anteproyecto señala en el inciso 11 del artículo 735-C, que «La pretensión de exclusión por inaptitud sucesoria prescribe a los dos años de inscrita la declaración de sucesión legal o de la inscripción del testamento y, en todo caso, antes de la participación (sic, debe ser partición), salvo lo dispuesto en el artículo 667. La demanda se tramita como proceso abreviado.»

En la actualidad la pretensión de inaptitud sucesoria carece de un plazo expreso, razón por la cual le correspondería uno de diez años, por tratarse de una acción personal (artículo 2001, inciso 1).

Título VI

Legados

Artículo 758

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 758.- Es válido el legado de un bien mueble indeterminado, aunque no lo haya en la herencia. La elección, salvo disposición diversa del testador, corresponde al encargado de pagar el legado, quien cumplirá con dar un bien que no sea de calidad inferior ni superior a aquél, debiendo tener en consideración la parte disponible de la herencia y las necesidades del legatario.	Artículo 758.- Legado de elemento patrimonial incierto. 1. Es válido el legado de bien determinado sólo en el género, aunque ninguno de dicho género existiese en el patrimonio del testador al tiempo del testamento o en el momento de la muerte, salvo que el testador hiciese la declaración a que se refiere el artículo siguiente. 2. Salvo que el testador hubiese deferido la elección al legatario o a un tercero, corresponde hacerla al albacea y, no habiéndolo, al heredero o al legatario afectados con el deber de cumplimiento. El obligado al cumplimiento debe dar cosas de calidad no inferior a la media, pero si en el patrimonio hereditario hay una sola de las cosas pertenecientes al género indicado el obligado no puede ser exigido a que dé otra, salvo expresa disposición del testador. Si la elección se deja por el testador al legatario o a un tercero, éste debe elegir una cosa de calidad media; pero si cosas del género indicado se encuentran en la masa hereditaria, el legatario puede elegir la mejor. 3. Si la elección se ha deferido a un tercero, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 690.1 (c). Si el tercero no puede o no quiere hacer la elección, la hará el albacea y a falta de éste el heredero.

Este artículo regula el legado de un bien mueble indeterminado. La norma propuesta lo extiende a inmuebles, pero hace una inútil y extensa regulación en torno a la elección y a la calidad del bien.

Para estos efectos, bastaría con aplicar, *mutatis mutandis*, los preceptos relativos a las obligaciones de dar bienes inciertos (artículos 1142 a 1147 del Código Civil).

Por tales consideraciones nos oponemos a la norma propuesta por el grupo de trabajo.

Además, debemos dejar constancia de que la comisión ha consignado dos exposiciones de motivos diferentes del precepto (página 165 y página 166, primer párrafo).

Artículo 771

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 771.- Si el testador que tiene la libre disposición de sus bienes instituye herederos voluntarios y legatarios, la parte que corresponde a aquéllos no será menor de la cuarta parte de la	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

herencia, con cuyo objeto serán reducidos a prorrata los legados, si fuere necesario.	

Como sabemos, el artículo 771 del Código Civil regula la figura denominada como «cuarta falcidia». La comisión propone derogar la norma debido a su falta de uso.

Nosotros estamos de acuerdo, pero por un motivo distinto, y es que no hallamos una razón valedera para el hecho de que cuando el testador que tiene la libre disposición de sus bienes instituye herederos voluntarios y legatarios, la parte que corresponde a aquéllos (los herederos voluntarios) no sea menor de la cuarta parte de la herencia, con cuyo objeto serán reducidos a prorrata los legados, si fuere necesario.

Decimos que no encontramos razón para ello, en la medida de que tratándose de alguien que tiene la libre disposición de su patrimonio, debería poder hacer con él lo que quisiera y, en ese sentido, se le debería permitir instituir herederos voluntarios en porcentajes mayores al 25% de la herencia.

Título VIII

Albaceas

Artículo 788

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 788.- Los albaceas no son representantes de la testamentaría para demandar ni responder en juicio, sino tratándose de los encargos del testador, de la administración que les corresponde y del caso del artículo 787, inciso 10.	Artículo 788.- Intervención procesal. 1. El albacea tiene legitimación para intervenir en representación de la sucesión indivisa como demandante, demandado, litisconsorte o coadyuvante, según corresponda, en todos los procesos de los que el causante fue parte y en todos los procesos relativos a la sucesión o masa sucesoria. 2. Si el albaceazgo fuera conjunto, bastará la intervención de cualquiera de ellos, salvo para los actos de allanamiento, transacción o desistimiento.

El artículo 788 en actual vigencia restringe la representación del albacea, cuando señala que los albaceas no son representantes de la testamentaría para demandar ni responder en juicio, sino tratándose de los encargos del testador, de la administración que les corresponde y del caso del artículo 787, inciso 10 (norma que lo obliga a sostener la validez del testamento en el juicio de impugnación que se promueva, sin perjuicio del apercibimiento que, en tal caso, corresponde a los herederos).

La comisión propone ampliar las facultades del albacea, lo que nos parece bien, dentro de los alcances del proyectado inciso 1 del artículo 788.

Lo establecido en el inciso 2 facilita la defensa en juicio de la sucesión, pero habría que ver que ello no colisione con disposición testamentaria en sentido contrario. Pero, aun así, consideramos que debería primar lo que se propone establecer en este inciso 2, pues la defensa de la sucesión sería un tema que interesa al orden público. Tal vez no estaría de más que este inciso 2 termine con la frase: «sin que valga disposición en contrario».

Finalmente, la propuesta de nuevo artículo 788 se basa en el trabajo de la comisión del año 2006.

Artículo 793

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 793.- El cargo de albacea es remunerado, salvo que el testador disponga su gratuidad. La remuneración no será mayor del cuatro por ciento de la masa líquida. En defecto de la determinación de la remuneración por el testador, lo hará el juez, quien también señalará la del albacea dativo.	Artículo 793.- Remuneración. 1. El albacea es remunerado con cargo a la masa sucesoria, salvo que el testador disponga expresamente su gratuidad. 2. Las disposiciones testamentarias en favor del albacea no se imputan a su remuneración, salvo disposición explícita en contrario del testador. La falta de aceptación del cargo de albacea o su renuncia, no perjudican las disposiciones en su favor, salvo disposición explícita en contrario del testador. 3. Si el testador no hubiera establecido la remuneración ni dispuesta gratuidad y en los casos de albacea dativo, a falta de acuerdo entre el albacea y los sucesores el Juez fijará una retribución periódica atendiendo al número de albaceas en ejercicio del cargo, el valor de los activos de la masa, a la complejidad de las funciones y teniendo en consideración las tarifas usuales del albacea si éste es un profesional. El Juez, en caso necesario, solicitará la opinión del Colegio que corresponda a la profesión del albacea.

El artículo 793 aborda el tema de la remuneración del albacea.

En el inciso 1 de la propuesta se recoge el mismo concepto del primer párrafo en vigencia, precisando que es remunerado con cargo a la masa sucesoria. Se trata de una precisión innecesaria.

El inciso 2 tampoco tiene sentido cuando estima necesario precisar que las disposiciones testamentarias en favor del albacea no se imputan a su remuneración. Esto es obvio, pues se trata de dos temas totalmente diferentes, a saber: los beneficios que perciba el albacea por el testamento del causante, sea como heredero o legatario; y la remuneración que deba percibir por el desempeño del cargo de albacea. Imposible confundirlos.

En caso el testador no hubiera establecido la remuneración ni dispuesto la gratuidad en los casos de albacea dativo, el inciso 3 de la propuesta establece que tal remuneración sea establecida por el juez, conforme a determinados criterios. En verdad, estimamos que el inciso 3 del anteproyecto resulta innecesario, considerando que el tercer y último párrafo del artículo 793 en vigencia ya dispone en ese sentido y los criterios que se propone para valorar la remuneración del albacea, son de evidencia palmaria.

Capítulo tercero

Nulidad

Artículo 808

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 808.- Nulidad y anulabilidad de testamento Es nulo el testamento otorgado por menores de edad. Es anulable el de las demás personas comprendidas en el artículo 687.	Artículo 808.- Nulidad de testamento. Es nulo el testamento otorgado por persona que, al momento de testar, carece de capacidad de discernimiento.

Este artículo dispone que «Es nulo el testamento otorgado por menores de edad. Es anulable el de las demás personas comprendidas en el artículo 687».

Debemos dejar sentado que la comisión no parte del artículo en vigencia, sino del texto que ya se encuentra modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.° 1384.

La norma propuesta por el grupo de trabajo es altamente defectuosa, pues plantea que sea nulo el testamento otorgado por persona que, al momento de testar, carece de capacidad de discernimiento.

Es defectuosa, en primer término, porque no hace referencia a los casos del artículo 687, que comprenden (inciso 1) a los menores de edad, salvo lo previsto en el artículo 46 (relativo a la capacidad adquirida por matrimonio o título oficial), lo que significaría que los menores de edad, en la lógica del anteproyecto, estarían imposibilitados de otorgar testamento, pero si lo otorgasen (y tuvieren discernimiento, naturalmente), tal testamento no sería nulo. Lo propio ocurriría con el testamento de los ebrios habituales, los toxicómanos y el de las personas que se encuentren en estado de coma (aplicación del artículo 44, incisos 6, 7 y 9, por remisión del artículo 687).

Debemos dejar sentado que debería eliminarse, eso sí, la remisión al 687, inciso 9, por razones obvias, pues quien se halla en estado de coma no puede otorgar testamento, no por el hecho de que una norma legal se lo impida, sino porque su estado no se lo permite.

Es obvio que, si otorga testamento, es porque ya salió del estado de coma.

En conclusión, creemos que la norma (artículo 808) en vigencia es adecuada, no hay necesidad de modificarla; menos aún en el sentido que propone el grupo de trabajo.

Artículo 809

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 809.- Es anulable el testamento obtenido por la violencia, la intimidación o el dolo. También son anulables las disposiciones testamentarias debidas a error esencial de hecho o de derecho del testador, cuando el error aparece en el testamento y es el único motivo que ha determinado al testador a disponer.	Artículo 809.- Anulabilidad de testamento por vicios de voluntad. Es anulable el testamento obtenido por la intimidación, el dolo o la captación. Son anulables las disposiciones testamentarias motivadas por error esencial de hecho o de derecho del testador.

La comisión plantea hacer un desarrollo mayor de las causales de anulabilidad del testamento. Estimo innecesaria la modificación, en la medida de que no aporta nada

nuevo, salvo el incluir a la «captación» como causal de anulabilidad del testamento. El problema es que la «captación» i) no es causal de anulación de los actos jurídicos ni en el Código Civil vigente, ni en el anteproyecto; y ii) la «captación» es un término cuyos alcances pueden estar deferidos a la doctrina, pero que no es precisado en el Código Civil vigente, ni en el anteproyecto (incluida su exposición de motivos).

La norma en vigencia resulta suficiente y no ofrece problemas prácticos, que es lo fundamental que debió valorar la comisión.

Sección cuarta

Masa hereditaria

Título I

Colación

Artículo 833

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 833.- La colación de los bienes se hace a elección de quien colaciona, devolviendo el bien a la masa hereditaria o reintegrando a ésta su valor. Si el bien hubiese sido enajenado o hipotecado, la colación se hará también por su valor. En ambos casos, el valor del bien es el que tenga en el momento de la apertura de la sucesión.	Artículo 833.- Manera de colacionar. 1. La colación se hace incluyendo el valor de la liberalidad en la masa distribuible entre los legitimarios, para recalcular las cuotas a fin de que el colacionante tome de menos en la partición un tanto igual al valor de la liberalidad actualizado a la fecha de partición. 2. En caso la liberalidad importe bienes, se autoriza al obligado a colacionar a descontar los gastos e inversiones que hubiere realizado para mantener el bien o incrementar su valor.

La comisión anterior también propuso modificar el artículo 833.[40]

En verdad consideramos que el artículo propuesto es muy explicativo (propio de un manual de derecho, especialmente su inciso 1).

Con respecto a la propuesta de inciso 2, estimamos que se trata de una norma de contenido altamente discutible, en la medida de que dispone que «En caso la liberalidad importe bienes, se autoriza al obligado a colacionar a descontar los gastos e inversiones que hubiere realizado para mantener el bien o incrementar su valor». Decimos que es discutible, pues no olvidemos que el que hoy está obligado a colacionar hizo esos gastos en el bien para conservarlo y disfrutarlo para sí, en exclusiva, lo que tal vez ocurrió durante un lapso apreciable de tiempo.

Entiendo que los gastos de conservación le deberían ser reembolsados, al igual que las mejoras necesarias, a menos que sean de fecha inmediata anterior a la colación.

En cuanto al reembolso de las mejoras útiles y de recreo que hubiere hecho en el bien, si bien ellas beneficiarían a toda la sucesión, el tema seguiría siendo discutible, pues —a lo mejor— tales mejoras sólo son de interés de ese heredero y no de los demás.

[40] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Ver nuestros comentarios en *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit*., pp. 356 a 358.

Tema complejo, sin duda, sobre el cual creo que sería preferible no legislar y dejarlo al camino que siga la jurisprudencia.

Artículo 836

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 836.- No son colacionables los bienes que por causas no imputables al heredero, hubieren perecido antes de la apertura de la sucesión.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, en razón de que se considera inadecuado que la norma dispense al legitimario un tratamiento diverso del que se confiere a terceros cuyo bien hubiera perecido, porque para este caso no hay norma alguna que diga que la donación a terceros del bien perecido no debe computarse para la legítima y que no está expuesta a reducción por inoficiosa, cuando correspondiera, por lo que —a decir del grupo de trabajo— correspondería su derogación.

Coincidimos con la comisión, pues donde hay la misma razón, hay el mismo derecho.

Título II

Indivisión y partición

Capítulo primero

Indivisión

Artículo 845

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 845.- El estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en lo que no estuviera previsto en este capítulo.	Artículo 845.- Régimen de indivisión. 1. La masa sucesoria indivisa constituye un patrimonio autónomo. Los derechos de los partícipes sobre el patrimonio indiviso no se confunden con los derechos u obligaciones que, por título diferente, los partícipes tengan respecto de dicho patrimonio o los elementos que lo componen. 2. En defecto de albacea u otro administrador de bienes, cualquiera de los partícipes puede realizar los actos a que se refiere el artículo 680, numeral 1.

La comisión propone modificar el artículo 845, en razón de un supuesto error de él mismo. En la exposición de motivos se señala que: « El vigente artículo 845 establece, erradamente, que el derecho herencial del heredero se puede asimilar al derecho de cuota del copropietario en el derecho de propiedad. Debe tenerse presente que el Código Civil no distingue la comunidad de la copropiedad, por lo que debe entenderse para todos los efectos que el código intenta aplicar las mismas reglas de la copropiedad a la comunidad hereditaria, en atención a la nota común de presentarse un estado de indivisión, en ambos casos. En la propuesta se plantea diferenciar ambos conceptos

claramente».[41]

La norma en vigencia no dice que el derecho de un heredero sea lo mismo que el derecho de un copropietario. Es clave la diferencia, en la medida en que el copropietario es dueño de una alícuota de un bien, en tanto el coheredero es dueño de una alícuota de una masa hereditaria, integrada por un conjunto de bienes, créditos y deudas.

En ese sentido, resulta muy importante el artículo 845 en actual vigencia, que establece que «El estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en lo que no estuviera previsto en este capítulo».

El desarrollo que se hace en el inciso 1, propuesto, es teoría; en tanto lo señalado en el inciso 2 que propone la comisión, precisamente resulta innecesario con el artículo 845 en actual vigencia.

Artículo 846

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 846.- El testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades. Tratándose de explotaciones agrícolas y ganaderas se estará a lo dispuesto por la ley de la materia. Asimismo, a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada.	Artículo 846.- Indivisión testamentaria y legal. 1. El testador puede establecer la indivisión forzosa de todo o parte de la herencia, hasta por un plazo máximo de diez años. Salvo disposición distinta del testador, los copartícipes podrán distribuirse los beneficios que resulten, sin perjuicio de los derechos de los acreedores de la masa sucesoria. 2. La indivisión a que se refiere el numeral 1 solamente podrá quedar sin efecto por acuerdo unánime de todos los herederos capaces o en el caso del artículo 850. 3. Lo dispuesto en los numerales 1 y 2 es sin perjuicio de lo estipulado en el pacto de familia conforme al artículo 663-A. 4. La sucesión también permanecerá indivisa a partir de la publicación del sometimiento de la sucesión indivisa a cualquiera de los procedimientos concursales.

A entender nuestro, la comisión se equivoca al proponer que los alcances del actual artículo 846, que permite que el testador pueda establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia hasta por un plazo de cuatro años, se extienda a todo o parte de la herencia, hasta por un máximo de diez años.

Y se equivoca por varias razones.

En primer lugar, porque la norma actual restringe la indivisión a una empresa, en el entendido de que el negocio requiere de unidad para su desarrollo y no admitir la posibilidad de que el mismo sea sometido a división o partición. Tenemos aquí el clásico ejemplo de un ingenio azucarero. Nótese, además, la cautela del legislador de 1984 y de la reforma del precepto en el año 2002, en el sentido de mantener el plazo máximo de

[41] Exposición de motivos del anteproyecto del 2019, p. 169.

cuatro años.

Extender esta posibilidad de que el testador disponga esta indivisión sobre todo o parte de la herencia y hasta por diez años, resulta atentatorio contra el derecho de propiedad y la natural disposición que sobre la herencia deben tener los herederos. Sería algo así como una herencia a recibir diez años después de la apertura de la sucesión, con las consiguientes innumerables dificultades que acarrea el estado de indivisión, no sobre una empresa en particular, sino sobre todo o una parte de la herencia. En muchos casos una situación de esta naturaleza sería equivalente al caos, más allá de que en el lapso de diez años es muy probable que mueran algunos herederos y pasen a ser miembros de la sucesión sus hijos, cónyuges o demás familiares.

Por lo demás, el artículo 846 propuesto en el anteproyecto del 2019 se basa en el artículo del mismo número que propuso la antigua comisión el 2006 y sobre el cual ya opinamos en contra en su momento.[42]

En el inciso 2 se propone una norma que, por obvia, carece de sentido; a saber, que «La indivisión a que se refiere el numeral 1 solamente podrá quedar sin efecto por acuerdo unánime de todos los herederos capaces o en el caso del artículo 850 (referido a la partición judicial antes del plazo)».

La norma propuesta ya está cubierta por el artículo 845, que la comisión busca modificar, precepto que señala que el estado de indivisión hereditaria se rige por las disposiciones relativas a la copropiedad, en lo que no estuviera previsto en este capítulo (el de indivisión hereditaria).

En lo que respecta a la remisión al 850, ella es innecesaria. El 850 se aplica por sí mismo.

Por otra parte, la comisión propone un inciso 3 para el artículo 846, que establece que «Lo dispuesto en los numerales 1 y 2 es sin perjuicio de lo estipulado en el pacto de familia conforme al artículo 663-A».

La comisión se equivoca con el nombre de esta figura, pues ella misma la denomina en el 663-A, que propone, como «protocolo de familia».

Además, esta figura, si bien se propone legislar en el Libro de Derecho de Sucesiones, es un pacto típicamente contractual.

Finalmente, la comisión plantea incluir un inciso 4 al 846, que establezca que: «La sucesión también permanecerá indivisa a partir de la publicación del sometimiento de la sucesión indivisa a cualquiera de los procedimientos concursales».

Esta norma reproduce textualmente el último párrafo del 846 en vigencia, que fuera introducido por la Primera Disposición Modificatoria de la Ley n.° 27809, publicada el 8 de agosto de 2002 y que entró en vigencia a los sesenta días siguientes de su publicación.

En síntesis, no creemos que convenga modificar el artículo 846 en actual vigencia, menos aún en los términos propuestos por el grupo de trabajo en el

---

[42] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 363 y 364.

anteproyecto del 2019.

Por lo demás, el 846 propuesto en el 2019 se basa en el artículo del mismo número que propuso la antigua comisión del 2006 y sobre el cual ya opinamos en contra en su momento.[43]

Capítulo segundo

Partición

Artículo 852-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 852-A.- Liquidación de deudas y cargas antes de la división y partición 1. Los herederos y, de ser el caso, el albacea serán responsables de la liquidación de deudas y cargas de la herencia antes de proceder a la división y partición. 2. En caso se pruebe que los herederos y, de ser el caso, del albacea han realizado actos de disposición de la masa hereditaria por razones distintas a la liquidación de deudas y cargas de la herencia, o no incluidas en el artículo 680, asumirán la responsabilidad de los daños que ellos ocasionen a sus co-herederos, legatarios o los acreedores de estos. 3. Con excepción de los pactos de indivisión, la masa hereditaria deberá ser dividida en el plazo máximo de dos años de inscrita la sucesión. 4. Si los herederos, y de ser el caso el albacea, no llevan adelante la liquidación de deudas y cargas, división y partición de la masa hereditaria asumirán de manera solidaria, la responsabilidad que el retraso genere en terceros.

La comisión propone incluir este artículo con la finalidad de regular la liquidación de deudas y cargas antes de la división y partición, dado que el Código Civil no contiene una norma que regule el particular.

En el inciso 1 se propone que «Los herederos y, de ser el caso, el albacea (falta una coma) serán responsables de la liquidación de deudas y cargas de la herencia antes de proceder a la división y partición».

En el plano conceptual, el precepto señalado es inobjetable. En lo personal, les hubiera asignado responsabilidad de carácter solidario.

En el inciso 2 se propone señalar «En caso se pruebe que los herederos y de ser el caso, el del (sic: debería decir «el») albacea han realizado actos de disposición de la masa hereditaria, por razones distintas a la liquidación de deudas y cargas de la herencia, o no incluidas en el artículo 680, asumirán la responsabilidad de los daños que ellos ocasionen

[43] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 363 y 364.

a sus co-herederos (sic: la palabra se escribe junta), legatarios o los acreedores de éstos.

La idea es correcta. En lo personal, también les habría asignado responsabilidad de carácter solidario.

El inciso 3 señala que «Con excepción de los pactos de indivisión, la masa hereditaria deberá ser dividida en el plazo máximo de dos años de inscrita la sucesión».

Esta norma no corresponde, dado que ella forma parte de las buenas intenciones, pues la fecha en que los herederos harán división y partición de la herencia dependerá de ellos mismos. Ninguna norma los podría obligar a hacerlo en un plazo determinado, porque son ellos los que disponen de sus tiempos y porque la división y partición pasa por un acuerdo de todos los coherederos, el mismo que no necesariamente se producirá dentro de los dos años contados desde que se inscriba la sucesión.

Es por ello, que la comisión más allá del buen deseo expresado en la propuesta de artículo bajo comentario, no establece (ni podría hacerlo) sanción alguna ante el incumplimiento del plazo.

Finalmente, el inciso 4 propuesto por el grupo de trabajo, establece que «Si los herederos, y de ser el caso el albacea, no llevan adelante la liquidación de deudas y cargas, división y partición de la masa hereditaria asumirán (sic: no se entiende la redacción) de manera solidaria, la (sic: la coma está de más) responsabilidad que el retraso genere en terceros.

Disentimos de la norma propuesta en este inciso, pues el llevar a cabo la división y partición de la masa hereditaria es un acto que responde a la libre voluntad de los herederos. Ellos podrían hacerlo o no.

En segundo lugar, tal división y partición es absolutamente independiente del cumplimiento de las deudas y cargas que la sucesión deba cumplir con determinadas personas, lo que se tendría que hacer de todas maneras, más allá de si los herederos realicen la división y partición de la herencia.

De este modo, la responsabilidad solidaria de que trata el artículo 852-A, propuesto por la comisión, sólo puede referirse al incumplimiento en el pago o liquidación de las deudas y cargas de la herencia, mas no de la ausencia de división y partición de la misma.

Libro V

Derechos reales

Sección primera

Disposiciones generales

Artículo 882

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 882.- No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.	Artículo 882.- Prohibición de disponer o gravar 1. Salvo disposición legal distinta, mediante acto jurídico se puede establecer la prohibición de disponer o gravar hasta por el plazo máximo de treinta años.

	2. El plazo mencionado en el numeral anterior es renovable a su vencimiento, siempre que exista un nuevo acuerdo. 3. Todo plazo establecido en exceso se entenderá reducido al plazo indicado en el numeral 1.

La comisión propone que se flexibilice la prohibición, pudiendo pactarse la prohibición de enajenar o gravar por un plazo de treinta años.

La norma nos parece acertada. Para estos efectos, remitimos al lector a nuestros trabajos anteriores.[44]

Las propuestas de reforma al Libro de Derechos Reales se inician con el artículo 882, en el cual la Comisión recoge los comentarios que se han vertido sobre el tema en los últimos años.

Así, en principio, la Comisión ha recogido la propuesta que formulamos en el año de 1998 en *Tentaciones académicas*.[45] Allí expresamos que se debía flexibilizar el contenido del artículo 882 para que no constituya obstáculo al tráfico comercial y a la contratación contemporánea.

Señalamos en esa oportunidad que no debía negarse la posibilidad de prohibir, vía pacto, la enajenación o el gravamen de un bien; no obstante, advertimos que esa facultad de prohibir no debería ser ilimitada, pues una situación de ese tipo desnaturalizaría el derecho de propiedad.

Cabe resaltar, asimismo, que en *Analizando el análisis*[46] desarrollamos con mayor profundidad el tema en el capítulo VII, titulado *Indulgencias y Ave Marías ajenas,* por lo que remitimos al lector a lo allí señalado.

En *Tentaciones académicas* propusimos un plazo de veinte años.

Sección tercera

Derechos reales principales

Título I

Posesión

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 898

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

[44] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Tratado de las obligaciones*. Lima: Palestra Editores, tomo II, p. 301. CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Op. cit.*, pp. 191 y 192. CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 366 y 367.

[45] CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984. Op. cit.*, tomo II, p. 601.

[46] CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

Artículo 898.- El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le trasmitió válidamente el bien.	Artículo 898.- Suma de plazos posesorios 1. El poseedor puede adicionar a su plazo posesorio el de aquel que le trasmitió el bien conforme a ley. 2. Asimismo, el heredero puede adicionar la posesión de su causante siempre que, luego del fallecimiento, tome la posesión en forma inmediata o conserve la que venía ejerciendo.

Esta propuesta de reforma no tiene antecedentes en los proyectos del 2005 y 2006.

Se plantea dividir el artículo en tres incisos. En el primero, se cambia la expresión «válidamente» por «conforme a ley». El grupo de trabajo no señala algo sobre esta propuesta en su exposición de motivos.

Entendemos que se ha estimado más precisa la segunda expresión que la primera. No estamos de acuerdo con esto, en la medida de que la palabra «válidamente», implica que la transmisión posesoria haya sido conforme a ley. De lo contrario, es obvio, sería inválida y contraria a derecho.

Se propone también un inciso 2, que señale que: «2. Asimismo, el heredero puede adicionar la posesión de su causante siempre que, luego del fallecimiento, tome la posesión en forma inmediata o conserve la que venía ejerciendo».

El problema de esta norma es la expresión «inmediata», la misma que puede ser mal interpretada.

Digo esto, pues cuando muere una persona, se deberá hacer una declaratoria de herederos, la misma que concluirá señalando qué personas tienen esa condición.

En tal sentido, puede que la toma de posesión del bien por parte de alguno o algunos de los herederos, no necesariamente sea inmediata.

Además, la norma propuesta no toma en cuenta lo relativo a la división y partición que puedan realizar los herederos. En este caso, recién después de que ella se produzca, los coherederos autorizarán a alguno o a algunos de ellos a tomar posesión de ese bien, cuyo derecho de posesión integra la masa hereditaria.

Capítulo sexto

Defensa posesoria

Artículo 920

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 920.- El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra él o el bien y recobrarlo, si fuere desposeído. La acción se realiza dentro de los quince (15) días siguientes a que tome conocimiento de la desposesión. En cualquier caso, debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias. El propietario de un inmueble que no tenga edificación o esta se encuentre en dicho proceso, puede invocar también la defensa señalada en el párrafo anterior en caso de que su inmueble fuera ocupado por un poseedor precario. En ningún caso procede la defensa posesoria si el poseedor precario ha usufructuado el bien como propietario por lo menos diez (10) años. La Policía Nacional del Perú (sic) así como las Municipalidades respectivas, en el marco de sus competencias previstas en la Ley Orgánica de Municipalidades, deben prestar el apoyo necesario a efectos de garantizar el estricto cumplimiento del presente artículo, bajo responsabilidad. En ningún caso procede la defensa posesoria contra el propietario de un inmueble, salvo que haya operado la prescripción, regulada en el artículo 950 de este Código.	Artículo 920.- Defensa posesoria extrajudicial El poseedor puede repeler la fuerza que se emplee contra su posesión y recobrar el bien, sin intervalo de tiempo, si fuere desposeído, pero en ambos casos debe abstenerse de las vías de hecho no justificadas por las circunstancias.

La comisión propone volver a la concepción original del artículo 920, señalando que los actos de defensa posesoria deben ser ejercidos necesariamente con inmediatez.

No estamos de acuerdo con ello. Como los expresamos en su oportunidad, la modificación que en el año 2014 se realizó al artículo 920, otorga mayores derechos al propietario desposeído. La solución podría estar en alguna precisión necesaria al Código Penal, para especificar que en los supuestos del artículo 920 no se configura el delito de usurpación.

Título II

Propiedad

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 923

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 923.- La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.	Artículo 923.- Noción y Protección (sic) 1. La propiedad es el derecho que permite usar, disfrutar y disponer un bien. Debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley. 2. La propiedad se protege mediante la acción reivindicatoria, la declarativa y cualquier otro mecanismo reconocido por la ley.

La comisión plantea que el artículo 923 sea dividido en dos incisos. En el inciso

1 se propone sustituir la expresión «interés social» por «bien común», para emplear la misma terminología que la Constitución de 1993.

Estimamos esta propuesta como innecesaria, pues: i) Si la Constitución ya lo dice, la modificación sería inútil y ii) Si hoy en día el Código Civil se refiere al interés social, ello significa que la propiedad debe ser ejercida en función de ambos criterios y no sólo de uno. Esto otorga una mayor armonía al ejercicio de este derecho con relación a la comunidad.

El inciso 2 propuesto contempla regular las acciones (pretensiones) por las que se protege el derecho de propiedad (reivindicatoria, declarativa y cualquier otro mecanismo conocido por la ley).

Entendemos que ello es innecesario, porque el artículo 927 ya regula la pretensión reivindicatoria. Luego, la pretensión declarativa de propiedad forma parte del conjunto de pretensiones de esta naturaleza que tienen base legal en la ley procesal.

Y, finalmente, resulta obvio que si alguna ley general o especial, regulara algún otro mecanismo adicional (pretensión u otro de naturaleza diferente), éste podría ser ejercido por el propietario perjudicado.

Artículo 927

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 927.- La acción reivindicatoria es imprescriptible. No procede contra aquél que adquirió el bien por prescripción.	Artículo 927.- Mecanismos de tutela de la propiedad La acción reivindicatoria y cualquier otro medio de tutela de la propiedad son imprescriptibles. Ninguna de ellas (sic) procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción, la cual se puede oponer en vía de acción o de excepción.

La imprescriptibilidad es una característica muy excepcional, que la ley otorga o concede con esa calidad a determinadas pretensiones, en este caso, a la acción reivindicatoria, dada su enorme importancia, para que el propietario no poseedor pueda recuperar la posesión del bien que se encuentra en poder del poseedor no propietario.

Esta característica privilegiada no se concede hoy en día a las demás pretensiones de tutela de la propiedad, como es el caso de la pretensión declarativa, para cuyo efecto debe entenderse aplicable la norma de prescripción contenida en el artículo 2001, inciso 1 (diez años), correspondiente a la acción real. Entendemos que el referido plazo sería suficiente para que quien tenga interés en ser declarado propietario de un bien, proceda a requerirlo en los tribunales.

Por lo demás, incluso la imprescriptibilidad de la pretensión reivindicatoria es en extremo relativa, habida cuenta de la existencia de la prescripción adquisitiva.

En ese sentido, hace bien el grupo de trabajo en precisar que las acciones de tutela de la propiedad no proceden contra aquel que adquirió el bien por prescripción, quien puede oponerla en vía de acción o de excepción.

Capítulo segundo

Adquisición de la propiedad

Sub-Capítulo IV

Transmisión de la propiedad

Artículo 949

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 949.- La sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.	Artículo 949.- Transferencia de propiedad de bien inmueble El consentimiento libremente manifestado transfiere la propiedad de un bien inmueble determinado, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario.

Es bizantino lo que se propone hacer con el artículo 949, con el afán de precisar que la propiedad se transfiere con el consentimiento y no con la sola obligación de enajenar, como establece en la actualidad el artículo bajo comentario.

Se trata de una discusión teórica improcedente, entre quienes sostienen que el contrato tiene efectos reales y quienes sostenemos que la obligación tiene la capacidad de transferir propiedad.

Esto lo hemos explicado en detalle con ocasión de varios trabajos anteriores.[47]

En la exposición de motivos, el grupo de trabajo hace referencia a la discrepancia del profesor Carlos Cárdenas, quien considera que los bienes deberían clasificarse en registrados y no registrados (conforme al anteproyecto del 2005) y que la transferencia de propiedad de los registrados debería producirse con la inscripción en el registro; y la de las no registrados con la entrega.

Este planteamiento correspondió en teoría al profesor Jorge Avendaño Valdez, quien lo expuso durante varios años en el medio jurídico nacional.

Sobre los problemas que planteaba dicha teoría nos pronunciamos en ocasión anterior, en un trabajo escrito con Verónica Rosas Berastain, titulado *Doce razones para pensarlo bien.*[48]

Artículo 950

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 950.- La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.	Artículo 950.- Requisitos de la prescripción de bien inmueble 1. La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe. 2. Cuando el inmueble es objeto de coposesión, la prescripción adquisitiva favorece a todos los

[47] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «El tema fundamental de las obligaciones de medios y de resultados frente a la responsabilidad civil». En *Derecho*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.° 53, pp. 475-512. Lima, diciembre del 2000; entre muchos otros.

[48] CASTILLO FREYRE, Mario y Verónica ROSAS BERASTAIN. *Cuatro temas de hoy. Op. cit*., pp. 65-89.

	coposeedores. 3. Cuando el inmueble es objeto de copropiedad y lo posee (sic) alguno o algunos de los copropietarios no hay prescripción.

El grupo de trabajo propone ampliar los alcances del artículo 950 en vigencia, cuyo primer párrafo pasaría a constituir el inciso 1.

En el inciso 2 se propone señalar algo obvio, pues resulta evidente que, si el inmueble es objeto de coposesión, la prescripción adquisitiva favorecería a todos los coposeedores. ¿Acaso la solución práctica en la actualidad podría ser distinta?

Y se plantea, en un inciso 3, establecer que no procede la prescripción adquisitiva en favor de algún o de algunos copropietarios en perjuicio de los otros. Esto es evidente y no habría necesidad de que sea regulado, a pesar de ya estar legislada la materia en el artículo 985, en la medida de que los copropietarios que poseen el bien ya tienen la condición de propietarios del mismo, razón por la cual, al no ser sólo coposeedores del bien, mal podría pensarse aplicable al caso la prescripción «adquisitiva».

Además, es usual que, si una sucesión tiene varios herederos, algunos de ellos —con todo derecho— posean unos bienes y otros herederos posean otros bienes distintos.

Capítulo quinto

Copropiedad

Sub-Capítulo I

Disposiciones generales

Artículo 971

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 971.- Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por: 1.- Unanimidad, para disponer, gravar o arrendar el bien, darlo en comodato o introducir modificaciones en él. 2.- Mayoría absoluta, para los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas. En caso de empate, decide el juez por la vía incidental.	Artículo 971.- Decisiones sobre el bien común Las decisiones sobre el bien común se adoptarán por: 1. Unanimidad, para enajenar o gravar el bien. 2. Mayoría absoluta, para la toma de las demás decisiones, incluidas las referidas a los actos de administración ordinaria. Los votos se computan por el valor de las cuotas.

La comisión propone modificar el artículo 971, en un planteamiento que se basa en los anteproyectos del 2005 y del 2006.

En aquellas ocasiones[49] criticamos el contenido de normas muy similares a la que ahora se propone.

Hoy nos retractamos. Creemos que todo aquello que haga más viable el llevar

[49] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la participación de Verónica Rosas Berastain. *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso*. *Op. cit*., pp. 228 y 229. CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil*. *Op. cit*., pp. 374 y 375.

adelante la situación de copropiedad no deseada (derivada, fundamentalmente, de la herencia), debería auspiciarse.

Nos parece correcto el que no se exija unanimidad para arrendar el bien, ni para aquellos otros actos que no impliquen enajenar el bien (inciso 1 propuesto).

Es más, hasta nos atrevemos a decir que las decisiones para enajenar o gravar incluso también podrían ser adoptadas por mayoría simple (si se quiere, calificada), pues en la vida real, muchos bienes en copropiedad permanecen inmóviles y en deterioro por la oposición de una minoría de copropietarios.

En el inciso 2 se propone la mayoría absoluta para la toma de las demás decisiones, incluidas las referidas a los actos de administración ordinaria.

No obstante, no se hace referencia a cuál sería la solución en caso de empate (hoy es la judicial, en la vía incidental). Los anteproyectos del 2005 y 2006 establecían el sorteo como solución. En ese entonces lo criticamos, pero hoy también nos retractamos.

Era una buena solución práctica que debió recoger el anteproyecto del 2019, agregando, tal vez «en presencia de notario público».

En ese sentido, la comisión se equivoca al decir que, por requerirse una mayoría absoluta, no puede haber empate y esto no requiere de una solución. Es evidente que en estos casos el sorteo sería ideal.

Artículo 972

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 972.- La administración judicial de los bienes comunes se rige por el Código de Procedimientos Civiles.	Artículo 972.- Clases de administración de los bienes comunes 1. La designación del administrados convencional se efectuará por unanimidad y por escrito, bajo sanción de nulidad. 2. La designación del administrador judicial se rige por el Código Procesal Civil. 3. Cualquiera de los copropietarios puede asumir la administración y emprender los trabajos para la explotación normal del bien, si no está establecida la administración convencional o judicial. Sus servicios serán retribuidos con una parte de la utilidad, fijada por el juez.

A través de esta propuesta se busca detallar los diversos regímenes de administración que puede tener el bien común, dado que el precepto en vigencia sólo alude a la administración judicial.

Sin embargo, la propuesta regula materias de obvia solución.

En el inciso 1 se trata acerca de la administración convencional, para lo que se requiere de acuerdo unánime. Creemos que ésta sería una buena ocasión para que el acuerdo pueda ser adoptado por mayoría calificada.

En el inciso 2 se plantea regular la administración judicial, es decir, el actual contenido del artículo 972.

En el inciso 3 se reconoce que cualquiera de los copropietarios podría ejercer actos de administración, con cargo a reembolso a ser pagado de las utilidades del bien, conforme decisión judicial.

Es evidente lo que se señala, pues cada copropietario tendría derecho a proteger el bien que le pertenece, en caso no se hubiere acordado la administración o no se hubiese establecido la judicial. Ahora bien, es claro que las actividades de administración que ejerza un copropietario deberían tener mínimos patrones de referencia, a efectos de que no resulten contradictorias o que colisionen con las de los demás copropietarios.

Artículo 978

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 978.- Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto sólo será válido desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto.	Artículo 978.- Eficacia de los actos de propiedad exclusiva 1. Si un copropietario practica sobre todo o parte de un bien, acto que importe el ejercicio de propiedad exclusiva, dicho acto será eficaz solo desde el momento en que se adjudica el bien o la parte a quien practicó el acto. 2. En caso de compraventa serán de aplicación los artículos 1539 y 1540.

Mucho hemos escrito en torno a la contratación sobre bienes ajenos.[50] Como hemos explicado en esas ocasiones, los contratos sobre bienes ajenos reciben en el Código Civil un tratamiento que parte por considerarlos válidos.

Ejemplos son la venta de bien ajeno (artículos 1539 y 1540), la donación de bien ajeno (artículo 1627) y arrendamiento de bien ajeno (artículo 1671).

El caso de la venta de bien ajeno resulta particularmente ilustrativo, pues establece que el contrato es rescindible por parte del comprador, si éste desconocía el carácter ajeno del bien.

Pero, esta solución no es excluyente, pues el contrato también podría ser anulado por error, o por dolo (por el contratante que haya viciado su voluntad); o, ser declarado nulo por fin ilícito, por parte del propietario perjudicado; o, finalmente, podría ser válido, en caso no perjudique a nadie.

El artículo 1540, regula la venta de un bien parcialmente ajeno, y su validez no está sujeta a la condición de que se adjudique el bien a la parte que practicó el referido acto.

Coincidimos con la comisión en el sentido de que el acto sólo surtirá efecto si es que el vendedor adquiere plenamente la propiedad de las alícuotas que no eran suyas al momento en que celebra el contrato de venta de bien ajeno.

---

[50] CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: Concytec, 1990; CASTILLO FREYRE, Mario. *El bien materia de la venta*. «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992, vol. XIII; CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Palestra Editores, 2010, vol. XVI, 1.ª y 2.ª edición.

En ese sentido, es correcta la modificación que se propone introducir cambiando la palabra «válido» por «eficaz».

Pero, al hacer esta modificación carece de absoluto sentido el inciso 2. Primero, porque el artículo 1539 no se refiere a la venta de un bien parcialmente ajeno, sino a la venta de bien ajeno; y, en segundo lugar, porque con la modificación del término «válido» por «eficaz», el artículo 978 ya se encontraría en plena armonía con el artículo 1539 del Código Civil.

Artículo 983

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 983.- Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican.	Artículo 983.- Noción 1. Por la partición permutan los copropietarios, cediendo cada uno el derecho que tiene sobre los bienes que no se le adjudiquen, a cambio del derecho que le ceden en los que se le adjudican. 2. Si los copropietarios convienen por unanimidad y por escrito de fecha cierta en la partición del bien, pero no en la forma de hacerlo o en la determinación del valor de venta, dicho acuerdo tendrá el valor de título de ejecución.

La comisión propone que el texto del artículo 983 en vigencia, pase a constituir el inciso 1 de la norma.

Y como inciso 2 se plantea establecer que: «1. Si los copropietarios convienen por unanimidad y por escrito de fecha cierta en la partición del bien, pero no en la forma de hacerlo o en la determinación del valor de venta, dicho acuerdo tendrá el valor de título de ejecución».

Concordamos con la utilidad de la norma propuesta.

Artículo 985

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 985.- La acción de partición es imprescriptible y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes.	Artículo 985.- Imprescriptibilidad La acción de partición es imprescriptible.

Sobre esta propuesta no tenemos nada que decir.

Artículo 989

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 989.- Los copropietarios tienen el derecho de preferencia para evitar la subasta de que trata el artículo 988 y adquirir su propiedad, pagando en dinero el precio de la tasación en las partes que correspondan a los demás copartícipes.	Artículo 989.- Derecho de preferencia del copropietario 1. Los copropietarios tienen el derecho de preferencia para evitar el remate derivado de la partición judicial o de la ejecución del convenio de partición a que se refiere el numeral 2 del artículo 983 y adquirir su propiedad, consignando

	el precio fijado en la tasación en las partes que correspondan a los demás copropietarios. 2. Si más de un copropietario ha realizado la consignación del numeral anterior, el Juez dispondrá una audiencia especial de remate entre dichos copropietarios.

Estimamos que las precisiones que se realizan en el inciso 1 propuesto del artículo 989, no deberían restringir el derecho de preferencia a estos casos. No vemos impedimento alguno para que tal derecho de preferencia se haga extensivo a una eventual subasta pública acordada por los copropietarios del bien; a menos, naturalmente, que, en el acuerdo de tal subasta, los firmantes hubiesen renunciado al ejercicio de preferencia. En cambio, sí nos parece interesante la solución que se ha incluido en el propuesto inciso 2, cuando se establece que «Si más de un copropietario ha realizado la consignación del numeral anterior, el juez dispondrá una audiencia especial de remate entre dichos copropietarios».

Sin embargo, en lo personal, hubiese preferido que se contemplara una solución de carácter extrajudicial, por ser más expedita. En ese sentido, la subasta podría hacerse ante notario público. Ello sería ideal.

Título III

Usufructo

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 1001

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1001.- El usufructo es temporal. El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a éste. Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de éstas podrá tener un plazo máximo de noventinueve años.	Artículo 1001.- Plazo del usufructo 1. El usufructo es temporal. El plazo máximo es de noventa y nueve años. 2. El plazo mencionado en el numeral anterior es renovable a su vencimiento, siempre que exista un nuevo acuerdo. 3. Todo plazo establecido en exceso se entenderá reducido al plazo indicado en el numeral 1. 4. El usufructo a favor de personas naturales puede ser vitalicio o a plazo determinado. En este último caso, a la muerte del usufructuario, el derecho se transmite a los herederos hasta el cumplimiento del plazo pactado.

No concordamos con la extensión del plazo máximo del usufructo a noventa y nueve años (de los treinta que tiene en la actualidad). Este plazo funciona perfectamente en el tema de los centros comerciales (*retails*).

En estos momentos nos vienen a la mente varios ejemplos de esta clase de negocios, con plazo de treinta años.

El tema es simple. El propietario del terreno da en usufructo el mismo a una

empresa que desea desarrollar un centro comercial, a efectos de que construya el inmueble en el que desarrollará sus actividades ese centro comercial.

Se establece que la propiedad del inmueble construido será, desde siempre, del usufructuante, propietario del terreno y que el usufructuario gozaría del usufructo del bien hasta que se cumpla el plazo de treinta años, fecha en la cual deberá devolver el bien al propietario; es decir, cuando concluya el usufructo, el mismo propietario consolidará todos los atributos de la propiedad del bien a su favor.

No obstante que todos los temas relativos a plazos máximos son opinables, la realidad peruana y el despegue de los centros comerciales en el Perú a partir del usufructo y su plazo máximo de treinta años, son la mejor prueba de que ese plazo máximo ha funcionado muy bien.

Así, opinamos en contra de la creación de los incisos 1, 2 y 3 de proyectado artículo 1001 del Código Civil.

El contenido que se propone para el proyectado inciso 4, señala que el usufructo en favor de personas naturales puede ser vitalicio (siguiendo la misma lógica del contrato de renta vitalicia, artículos 1923 a 1941 del Código Civil); y que, si fuera a plazo determinado, se transmita a los herederos por el plazo restante. No concordamos con este último extremo de la norma, dado que el usufructo es personal; naturalmente, salvo pacto en contrario.

La lógica impone, sin embargo, que estas operaciones deberían estar restringidas a casas habitación y similares, para que a través de esta excepción no se viole el plazo máximo de 30 años que establece la ley para el usufructo.

Capítulo segundo

Deberes y derechos del usufructuario

Artículo 1006

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1006.- Al entrar en posesión, el usufructuario hará inventario y tasación de los bienes muebles, salvo que haya sido expresamente eximido de esa obligación por el propietario que no tenga heredero forzoso. El inventario y la tasación serán judiciales cuando se trata del usufructo legal y del testamentario.	Artículo 1006.- Inventario y tasación de los bienes Al entrar en posesión, el usufructuario hará inventario y tasación de los bienes muebles, salvo que haya sido expresamente eximido de esa obligación por el propietario. En el usufructo testamentario, el propietario no podrá eximir al usufructuario de realizar el inventario y la tasación correspondiente.

El texto en vigencia del artículo 1006 establece que «Al entrar en posesión, el usufructuario hará inventario y tasación de los bienes muebles, salvo que haya sido expresamente eximido de esa obligación por el propietario que no tenga heredero forzoso. El inventario y la tasación serán judiciales cuando se trata del usufructo legal y del testamentario».

El anteproyecto plantea suprimir la obligación de que el usufructuario haga inventario y tasación de los bienes cuando haya sido eximido por el propietario «que no tenga heredero forzoso».

Estimamos que esta norma protege los derechos expectaticios de los potenciales herederos del usufructuante, en caso se deba hacer inventario de los bienes muebles que contenga el inmueble. No olvidemos que podría tratarse de muebles de gran valor que resulta necesario preservar en el patrimonio del usufructuante.

En conclusión, sí nos parece apropiado el planteamiento contenido en el segundo párrafo de la norma propuesta; ello, debido a que cuando se conozca el contenido del testamento, ya no hablaremos de expectativas hereditarias de terceros, sino de derechos de propiedad de los herederos (hoy propietarios) del causante (expropietario de los bienes).

Artículo 1009

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1009.- El usufructuario no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso.	Artículo 1009.- Modificaciones del bien usufructuado El usufructuario no debe hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso, salvo pacto en contrario.

La propuesta de modificación resulta innecesaria, habida cuenta de que nadie duda de que el artículo 1009 es una norma de carácter dispositivo y, obviamente, cabe pacto en contrario.

Artículo 1013

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1013.- El usufructuario está obligado a efectuar las reparaciones ordinarias y, si por su culpa se necesitan obras extraordinarias, debe hacerlas a su costo.	Artículo 1013.- Reparaciones ordinarias y extraordinarias El usufructuario está obligado a efectuar a su costo las reparaciones ordinarias y extraordinarias, salvo pacto en contrario.

Concordamos con la propuesta de modificación de este precepto. No se justifica en el usufructo, por regla general y por la usual extensión de su plazo, que el usufructuante (propietario del bien) realice reparación alguna (sea de la clase que fuere); ello, naturalmente, salvo pacto en contrario.

Capítulo cuarto

Extinción y modificación del usufructo

Artículo 1021

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1021.- El usufructo se extingue por: 1. Cumplimiento de los plazos máximos que prevé el artículo 1001 o del establecido en el acto constitutivo. 2. Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años. 3. Consolidación.	Artículo 1021.- Causales de extinción El usufructo se extingue por: 1. Cumplimiento de los plazos máximos que prevé el artículo 1001 o del establecido en el acto constitutivo. 2. Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años.

4. Muerte o renuncia del usufructuario. 5. Destrucción o pérdida total del bien. 6. Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara la extinción.	3. Consolidación. 4. Renuncia del usufructuario. 5. Muerte del usufructuario en el caso del usufructo vitalicio. 6. Destrucción o pérdida total del bien, salvo lo previsto en el artículo 1023. 7. Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias y extraordinarias. En este caso el juez declara la extinción.

El anteproyecto plantea modificar los incisos 4, 5 y 6 y adicionar un inciso 7 en este artículo. Veamos.

En el inciso 4 se propone regular únicamente la extinción del usufructo por renuncia del usufructuario.

Lo relativo a la extinción por muerte pasaría a estar regulado en el inciso 5 y se le vincula al usufructo vitalicio.

No estamos de acuerdo, pues el usufructo es *intuitu personae*, de modo tal que no necesariamente los herederos del usufructuario gozarán de la confianza del usufructuante. Por ello, entendemos que el usufructo debería extinguirse a la muerte del usufructuario, no sólo en el caso del usufructo vitalicio, sino en cualquier otro; ello, naturalmente, salvo pacto distinto.

Título IV

Uso y habitación

Artículo 1029

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1029.- Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.	Artículo 1029. Carácter personal de los derechos de uso y habitación Los derechos de uso y habitación no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación. La muerte determina necesariamente su extinción.

El grupo de trabajo propone establecer que, en atención al carácter personalísimo de los derechos de uso y habitación, la muerte del beneficiario determina su extinción.

Estamos de acuerdo con ello. Sin embargo, hubiese sido adecuado que la comisión procediese igual con el usufructo a plazo determinado, en cuya virtud ha determinado que el mismo pasa a los herederos del usufructuario si aún estuviese vigente el plazo (propuesta de modificación del artículo 1001, inciso 4 y artículo 1021, inciso 5).

Título III

Hipoteca

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 1097

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1097.- Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.	Artículo 1097.- Noción 1. Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero. 2. La garantía no determina la desposesión y otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y ejecución del bien hipotecado.

La comisión propone dividir el actual artículo 1097 en dos incisos. En el primero se reproduce el primer párrafo de la norma actual; en el segundo se modifica la expresión «venta judicial» por «ejecución» del bien hipotecado.

Se deduce de la exposición de motivos que la comisión no desarrolló este tema en el anteproyecto; señalando que el mismo se encuentra «pendiente».

Pero, habiéndose cumplido la finalidad para la que fue creada la comisión, ésta carece de otra oportunidad para completar su tarea.

En verdad, no lo entendemos.

Artículo 1098

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1098.- La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.	Artículo 1098.- Requisitos de validez Son requisitos de validez del contrato de hipoteca: 1. Que recaiga sobre inmuebles específicamente determinados. 2. Que asegure el cumplimiento de una obligación presente, futura, eventual, determinada o determinable. 3. Que el monto del gravamen, en tanto límite de la responsabilidad hipotecaria, sea de cantidad determinada. A falta de pacto, el monto del gravamen será equivalente al monto de la obligación principal. 4. Que conste por escrito, bajo sanción de nulidad, salvo disposición diferente de la ley.

La norma en vigencia relativa a los requisitos de la hipoteca es muy escueta, limitándose a señalar que ella se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley.

La comisión propone una norma extensa, compuesta por cuatro incisos.

En el inciso 1 se establece que debe recaer sobre inmuebles «específicamente determinados». Esta expresión es redundante, pues el hecho de que un bien esté determinado determina que el mismo ya está especificado dentro de la especie que integra. Es la lógica de la regulación de los bienes ciertos (determinados) e inciertos dentro del Código Civil.

En ese sentido, para guardar coherencia con lo dispuesto en los artículos 1142 y siguientes del propio Código, tal vez hubiese sido mejor emplear en este inciso 1 del propuesto artículo 1098, la expresión «inmueble cierto»; así, en singular.

En el inciso 2 se señala «que asegure el cumplimiento de una obligación presente, futura o eventual, determinada o determinable».

Entendemos que con obligación «presente» se quiso decir obligación «existente»; obligación futura es aquella que aún no tiene existencia, pero que la podría tener en el futuro; obligación eventual es lo mismo que obligación futura, porque nadie tiene la certeza de que una obligación que hoy no tiene existencia, la tendría en el futuro, por lo que uno de los dos términos está sobrando (creemos que sobra «futura»).

En lo que respecta a la expresión «determinado o determinable», entendemos que ellos vuelven sobre una eventual vaguedad de la obligación cuyo cumplimiento se quiere asegurar con la hipoteca. Podría ser el caso de la hipoteca sábana, por ejemplo.

En el inciso 3 se señala «Que el monto del gravamen, en tanto límite de la responsabilidad hipotecaria, sea de cantidad determinada». Esto es correcto, pues la hipoteca siempre garantiza un monto específico de la deuda o deudas que se contraiga. El precepto propuesto señala que «a falta de pacto, el monto del gravamen será equivalente al monto de la obligación principal». Entiendo, sin embargo, que hubiese sido preferible que se incluya a los intereses pactados.

Por último, el inciso 4 propone se establezca «Que conste por escrito, bajo sanción de nulidad, salvo disposición diferente de la ley».

Disentimos de esta propuesta, que implica reducir las formalidades de constitución de la hipoteca, para cuyo efecto hoy se requiere de escritura pública. No entendemos el sentido de la propuesta (tampoco se explica en la exposición de motivos), sobre todo en un país con alta tasa de informalidad, falsificaciones de documentos y demás.

Artículo 1099

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1099.- Son requisitos para la validez de la hipoteca: 1.- Que afecte el bien el propietario o quien esté autorizado para ese efecto conforme a ley. 2.- Que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable. 3.- Que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.	Artículo 1099.- Hipoteca unilateral 1. La hipoteca también puede constituirse por acto unilateral. 2. La revocación del acto constitutivo de la hipoteca unilateral solo es posible hasta antes de la constitución del derecho real de hipoteca conforme al artículo 1100.

Con la supresión del contenido del inciso 1 del artículo 1099 en vigencia, se elimina el requisito de que el constituyente de la hipoteca sea el propietario o quien esté autorizado para ese efecto, conforme a ley.

No lo entendemos, ¿acaso un no propietario podría hipotecar el bien de un tercero?, ¿sería válida la hipoteca de bien ajeno? Por supuesto que no.

Se elimina el actual inciso 2, porque ese aseguramiento de una obligación determinada o determinable ha sido incluido en el artículo 1098, ya analizado, que regularía los requisitos de validez de la hipoteca.

El inciso 3 actual, en lo que respecta al extremo de que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable, ya está incluido en el artículo 1098 que propone el grupo de trabajo.

La comisión también suprime lo relativo a la inscripción de la hipoteca en el registro de la propiedad inmueble como requisito de validez de la hipoteca, trasladándolo al artículo 1100, como requisito para la constitución del derecho real de hipoteca. Una sutileza de escuela, por cierto.

El artículo 1099 también plantea regular la hipoteca unilateral, cuya revocación sólo sería posible hasta antes de la inscripción registral (propuesta de artículo 1100, constitución del derecho real).

Si bien concordamos con la propuesta de crear hipotecas de manera unilateral, disentimos del régimen que se plantea para su retractación. Creemos que debería seguirse el mismo esquema que establece el artículo 1458 con respecto al contrato en favor de tercero.

Para la hipoteca, sería que el derecho del acreedor garantizado surgiría directa e inmediatamente después de la constitución de la hipoteca unilateral. Empero, sería necesario que el acreedor haga conocer al constituyente de la hipoteca y al deudor garantizado con la misma (si fuese otra persona, naturalmente) su voluntad de hacer uso de ese derecho, para que sea exigible, operando la declaración retroactivamente.

Artículo 1100

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1100.- La hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados.	Artículo 1100.- Constitución de la hipoteca El derecho real de hipoteca se constituye con su inscripción en el registro de la propiedad inmueble.

La norma en vigencia establece que la hipoteca debe recaer sobre inmuebles específicamente determinados; tema que la comisión propone regular en el artículo 1098, precepto que ya comentamos.

En su lugar, en un nuevo artículo 1100 se propone señalar que el derecho real de hipoteca se constituye con su inscripción en el registro de la propiedad inmueble, materia que también fue objeto de nuestros comentarios.

Artículo 1101

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1101.- La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.	Artículo 1101.- Extensión de la hipoteca La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado y a sus accesorios, incluyendo dentro de estos, las construcciones, mejoras, accesiones y a todo inmueble con el que se acumule; así como al importe de las indemnizaciones de los

	seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto.

Esta norma regula la extensión de la hipoteca. Estoy de acuerdo con la propuesta de la comisión a este respecto. Solucionaría un problema práctico y teórico importante.

Artículo 1102

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1102.- La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados.	Artículo 1102.- Indivisibilidad de la hipoteca La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados. Subsiste la indivisibilidad de la hipoteca cuando se produce la división del bien objeto de ella.

La norma en actual vigencia establece que «La hipoteca es indivisible y subsiste por entero sobre todos los bienes hipotecados».

No creemos necesaria la adición del segundo párrafo que se propone, en el sentido de que «subsiste la indivisibilidad de la hipoteca cuando se produce la división del bien objeto de ella».

Y es innecesario porque si la hipoteca es indivisible cuando recae sobre varios bienes (texto actual), con igual razón lo será cuando recaiga sobre un solo bien que luego se divida. Esa decisión resultará irrelevante a efectos de la hipoteca, dado que en caso contrario sería la vía perfecta para burlar los derechos del acreedor hipotecario. Por lo demás, esto no constituye materia controvertida en derecho. La propia exposición de motivos reconoce que existe opinión unánime al respecto.

Entonces, si ello es así, ¿qué necesidad existe de regular el tema?

Artículo 1104

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1104.- La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión plantea derogar el artículo 1104, en razón de que el tema ya fue incorporado por ella en el propuesto artículo 1098.

Ya emitimos opinión sobre el particular.

Capítulo segundo

Rango de las hipotecas

Artículo 1112

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1112.- Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango.	Artículo 1112.- Preferencia 1. Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango. 2. Si se ejecuta una hipoteca con rango posterior, es

	obligación notificar a los acreedores preferentes con la demanda.

La comisión propone pasar como inciso 1 el texto actual del artículo 1112, que establece que «Las hipotecas tendrán preferencia por razón de su antigüedad conforme a la fecha de registro, salvo cuando se ceda su rango».

Y plantea adicionar un inciso 2 que señale que «Si se ejecuta una hipoteca con rango posterior, es obligación notificar a los acreedores preferentes con la demanda».

La exposición de motivos señala lo siguiente: «El propósito de esta modificación es corregir interpretaciones judiciales que han originado ejecuciones de hipotecas no preferentes liberando al inmueble de cargas y gravámenes.— Esta situación ha perjudicado a los acreedores hipotecarios preferentes, quienes no han sido tenidos en cuenta bajo el argumento de que estos estarían enterados por las publicaciones del remate».

Pensamos que el problema que se propone abordar es real, pero no creemos que el mismo se solucione con esta norma.

En primer término, debería establecerse la prohibición de ejecutar una hipoteca con rango posterior sin notificar al domicilio contractual a los acreedores hipotecarios de rangos preferentes, a efectos de que puedan hacer valer sus derechos.

Además, debería establecerse sanción de nulidad a la ejecución de garantía hipotecaria que contravenga esta disposición.

Capítulo quinto

Hipotecas legales

Artículo 1119

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1119.- Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen de pleno derecho y se inscriben de oficio, bajo responsabilidad del registrador, simultáneamente con los contratos de los cuales emanan. En los demás casos, el derecho del acreedor surge de la inscripción de las hipotecas legales en el registro. Las personas en cuyo favor se reconocen dichas hipotecas, pueden exigir el otorgamiento de los instrumentos necesarios para su inscripción.	Artículo 1119.- Constitución Las hipotecas legales a que se refiere el artículo 1118 se constituyen con la inscripción de los contratos de los cuales emanan, sin perjuicio de la obligación del registrador de inscribir de oficio dicho gravamen, bajo responsabilidad.

La comisión propone variar el texto del artículo 1119, con una norma algo confusa, pues establece que las hipotecas legales se constituyen con la inscripción de los contratos de los cuales emanan y ya no de oficio con la celebración de tales contratos, como establece el artículo en la actualidad. Es decir, se propone que no bastaría con la celebración del contrato, sino con la inscripción del mismo en registros públicos.

La hipoteca legal surge *inter partes*, en términos contractuales, cuando se celebra el respectivo contrato y no con la inscripción del mismo en registros públicos. Entendemos que desde este momento la hipoteca resultaría oponible a terceros, pero esto no significa que recién en ese momento se constituya.

Coincidimos en que todo esto se complementa con la obligación del registrador de inscribir de oficio el gravamen, evidentemente, bajo responsabilidad.

Artículo 1122

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1122.- La hipoteca se acaba por: 1.- Extinción de la obligación que garantiza. 2.- Anulación, rescisión o resolución de dicha obligación. 3. Renuncia escrita del acreedor. 4. Destrucción total del inmueble. 5. Consolidación.	Artículo 1122.- Extinción La hipoteca fenece por: 1. Extinción de la obligación que garantiza. 2. Anulación, rescisión, resolución o receso del título de la obligación. 3. Renuncia escrita del acreedor. 4. Destrucción total del inmueble. 5. Consolidación.

Ésta es la norma referida a la extinción de la hipoteca.

La comisión plantea sustituir la expresión «la hipoteca se acaba», por «la hipoteca fenece por». En realidad, creo que la expresión más apropiada hubiese sido la hipoteca «se extingue por».

Más allá de esto, en el inciso 2 se agrega el receso y se modifica lo relativo a la obligación, por el título de la misma.

Nadie entendió que esto no comprendiese al receso como causa de extinción de la obligación, en tanto al no haber obligaciones que garantizar, es lógico que se extinga no sólo la hipoteca, sino cualquier garantía.

No obstante, existe un error en la exposición de motivos, donde se hace referencia a que «Se incluye, como causal de extinción de la hipoteca, el pacto que otorgue el derecho de desistirse unilateralmente de la hipoteca».

Esta alusión al receso no es para desistirse unilateralmente de la hipoteca sino del título que genera la obligación garantizada por ella.

Libro VI

Las obligaciones

Sección primera

Las obligaciones y sus modalidades

Artículo 1135

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1135.- Cuando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.	Artículo 1135.- Concurrencia de derechos de goce Cuando respecto de un bien concurren diversos titulares de un derecho de goce, se prefiere a quien de buena fe: 1. Primeramente haya inscrito su derecho. 2. En defecto de inscripción, a quien haya empezado a poseer el bien. 3. Si ninguno ha empezado a poseerlo se preferirá a

	aquel cuyo título sea de fecha anterior. 4. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.

La comisión propone unificar en un nuevo artículo 1135, todo lo relativo a la concurrencia de acreedores, sea de bien inmueble o de bien mueble.

Para tal efecto establece como supuesto la concurrencia de diversos titulares de un derecho de goce. La expresión «goce» es ambigua y la comisión no precisa en su exposición de motivos cuál es el alcance que otorga a esta palabra.

Uno no sólo es acreedor del derecho de goce, sino del bien que va a permitir ejercer sobre él ese derecho de goce, precisamente.

Además, ¿qué es goce? el acreedor de un bien que lo ha comprado, busca usarlo y disfrutarlo (gozar de él); lo mismo el arrendatario, el donatario; etc.

En segundo lugar, la comisión se preocupa de analizar y subrayar que los acreedores concurrentes deben ser de buena fe. Esto nunca ha estado en discusión, además de que tanto los artículos 1135 y 1136 en actual vigencia, subrayan este requisito.

Más allá de esos problemas conceptuales, a efectos de la aplicación del proyectado artículo 1135, nos referiremos a los supuestos de prelación para que opere la preferencia.

En primer término, se prefería (inciso 1) a aquél que primero haya inscrito su derecho.

Ésta es hoy la regla para los bienes inmuebles y el grupo de trabajo propone extenderla también a todos los bienes muebles, lo que es contrario a la práctica y encarecería enormemente los costos de transacción. Decimos esto, pues ello no sería novedad para los bienes muebles registrables, pero sí para los no registrables (que son la inmensa mayoría), para los cuales se tendría que realizar una inscripción del contrato en el registro mobiliario de contratos.

Este trámite hoy no es necesario, dado que en la concurrencia de acreedores de bienes muebles se prefiere a aquel a quien se hizo entrega del bien.

Esto nos lleva a decir que incluso para el caso de los muebles registrables (como es el caso de los vehículos automotores), resultaría un premio para aquel acreedor que, si bien tiene la diligencia de inscribir su derecho en registros, no ha sido lo suficientemente diligente como para hacer que le entreguen el bien.

En segundo lugar y en defecto de inscripción, el proyectado artículo 1135 establece la preferencia para el acreedor que haya empezado a poseer el bien.

Este segundo orden de prelación no nos desagrada, en la medida de que aquel acreedor que hace que le entreguen el bien, podría ser considerado como más diligente; incluso por sobre aquél que tenga título de fecha anterior (inciso 3); o, en este último caso, aquél que tenga título que conste de documento de fecha cierta más antigua (inciso 4).

Artículo 1136

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil

	(R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1136.- Si el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar esta norma, porque como ya hemos expresado, la concurrencia de acreedores de bien mueble también se regiría por el artículo 1135 del Código Civil.

Por lo expresado no estamos de acuerdo en que el acreedor preferido en la concurrencia de bien mueble, sea aquel que inscribió su derecho en registros públicos. Más simple resulta la norma actual (el 1136).

Tal vez ésta haya sido la gran oportunidad de ordenar el tema —harto discutido, por cierto— de la concurrencia de acreedores. Creo que se ha desperdiciado.

Artículo 1138

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1138.- En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes: 1. Si el bien se pierde por culpa del deudor, su obligación queda resuelta; pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización. Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes. 2. Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por resolver la obligación, o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia, el acreedor puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.	Artículo 1138.- Teoría del riesgo en las obligaciones de dar bien cierto En las obligaciones de dar bienes ciertos se observan, hasta su entrega, las reglas siguientes: 1. Si el bien se pierde por culpa del deudor, queda liberado de la prestación a su cargo, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización. Si como consecuencia de la pérdida, el deudor obtiene una indemnización o adquiere un derecho contra tercero en sustitución de la prestación debida, el acreedor puede exigirle la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero. En estos casos, la indemnización de daños y perjuicios se reduce en los montos correspondientes. 2. Si el bien se deteriora por culpa del deudor, el acreedor puede optar por quedar liberado de la prestación original a su cargo o por recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere, y el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, siendo de aplicación, en este caso, lo dispuesto en el segundo párrafo del inciso 1. Si el deterioro es de escasa importancia,

3. Si el bien se pierde por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.	el acreedor solo puede exigir la reducción de la contraprestación, en su caso.
4. Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.	3. Si el bien se pierde por culpa del acreedor, el deudor queda liberado de la prestación original a su cargo, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Si el deudor obtiene algún beneficio con la liberación de la prestación original a su cargo, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.
5. Si el bien se pierde sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.	4. Si el bien se deteriora por culpa del acreedor, éste tiene la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere.
6. Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación. En tal caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.	5. Si el bien se pierde sin culpa de las partes, el deudor queda liberado de la prestación original a su cargo, con pérdida del derecho a la contraprestación, si la hubiere. En este caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.
	6. Si el bien se deteriora sin culpa de las partes, el deudor sufre las consecuencias del deterioro, efectuándose una reducción proporcional de la contraprestación si la hubiere. El acreedor puede optar por dejar sin efecto la obligación, con pérdida del derecho a la contraprestación si la hubiere. En cualquier caso, corresponden al deudor los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien.

Como sabemos, el artículo 1138 regula el tema de la teoría del riesgo.

La comisión plantea modificar las expresiones relativas a la resolución de la obligación, por otras que hacen referencia a que el deudor queda liberado de la prestación a su cargo.

Éstas son precisiones semánticas que no aportan algo positivo al Código Civil. Siempre se ha entendido que cuando el artículo 1138 hace mención a que queda resuelta la obligación, a lo que se está refiriendo es a que la obligación queda sin efecto. Esto, porque las obligaciones no se resuelven, a diferencia de las relaciones contractuales.

En lo que respecta a temas de fondo, en lo que atañe al deterioro de escasa importancia (inciso 2), la comisión ha optado por negar al acreedor la opción que hoy tiene, entre dejar sin efecto la obligación y exigir la reducción de la contraprestación. La comisión sólo le concede el derecho de exigir la reducción de la contraprestación.

No estamos de acuerdo con esta propuesta, porque no olvidemos que se trata del supuesto en que el deterioro del bien se ha producido por culpa del deudor; y aquí cabe la posibilidad de que el acreedor haya perdido interés en el bien, por el deterioro sufrido, a pesar de que el mismo sea de escasa importancia.

Por otra parte, en el caso en que el deterioro del bien se produzca sin culpa de las partes (inciso 6), la comisión propone agregar que el acreedor tiene derecho a dejar sin efecto la obligación; pero aquí hay un error, en la medida de que se indica «con pérdida del derecho a la contraprestación si la hubiere». Esto es absurdo, en la medida de que la

contraprestación que debe recibir el acreedor es, precisamente, aquello que está dejando sin efecto. Lo que se quiso decir seguramente, es que el propio acreedor no tendrá que ejecutar la prestación a que se hubiere obligado.

Si la norma se redactara así, tendría sentido y no sería una mala solución al problema. Sin embargo, el legislador del Código Civil de 1984 ha querido que, en el caso del deterioro sin culpa de las partes, en cierta forma ambos contratantes asuman algunos riesgos. En el caso del acreedor, el de recibir el bien deteriorado, con reducción de la contraprestación que hubiere tenido que ejecutar.

Título II

Obligaciones de hacer

Artículo 1150

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1150.- El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. 2.- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste. 3.- Dejar sin efecto la obligación.	Artículo 1150.- Mecanismos de tutela del acreedor ante incumplimiento culpable de obligación de hacer El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. 2. Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste. 3. Negarse a recibir la prestación original a cargo del deudor; y, de ser el caso, dejar sin efecto la obligación.

Esta norma regula los derechos del acreedor frente al incumplimiento del deudor en las obligaciones de hacer.

La comisión indica que el inciso 3, que señala «Dejar sin efecto la obligación» genera, en la práctica, diversos problemas.

En lo personal consideramos que tales problemas, si existieran, resultan de fácil solución, en la medida de que el negarse a recibir la prestación original a cargo del deudor puede formar parte de cualquiera de los mecanismos establecidos por el Código Civil para los contratos con prestaciones recíprocas; a saber: excepción de incumplimiento (artículo 1426), excepción de caducidad de término (artículo 1427) o resolución, en sus diversas modalidades (artículos 1428, 1429 y 1430).

Debe quedar claro que los dos primeros mecanismos permiten negarse a cumplir la prestación que el acreedor perjudicado por el incumplimiento de la parte contraria quiere proteger; en tanto los mecanismos resolutorios son los que buscan dejar sin efecto la obligación.

Pero, ninguno de estos mecanismos de defensa del acreedor permite que se niegue a recibir la prestación a cargo del deudor.

Ello sólo podrá producirse si es que el deudor quisiera «cumplir» con infracción

de alguno de los requisitos del pago, cuyo ejemplo más notorio lo tenemos en el artículo 1132, norma que establece que «El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor».

Pero, aun así, la propuesta es defectuosa, en la medida de que se refiere a «negarse a recibir la prestación original a cargo del deudor». Nos preguntamos, ¿cuál es la prestación original y cuál es la no original?

Es evidente que la propuesta de modificación del artículo 1150 es inútil y defectuosa, además de generar confusión en un tema donde el derecho de obligaciones y contratos en el propio Código Civil, tiene las cosas claras.

Artículo 1154

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1154.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, su obligación queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda. La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.	Artículo 1154.- Imposibilidad de la prestación de hacer por culpa del deudor Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, este queda liberado de la prestación original a su cargo, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, sin perjuicio de su derecho de exigirle el pago de la indemnización que corresponda. La misma regla se aplica si la imposibilidad de la prestación sobreviene después de la constitución en mora del deudor.

Con esta norma, el grupo de trabajo plantea similar modificación terminológica que aquélla que propone en el artículo 1138, cambiando lo relativo a la resolución de la obligación, por dejarla sin efecto («queda liberado de la prestación original a su cargo»).

Una propuesta intrascendente, por cierto. Ella no soluciona problema práctico alguno.

Artículo 1155

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1155.- Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.	Artículo 1155.- Imposibilidad de la prestación de hacer por culpa del acreedor Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, el deudor queda liberado de la prestación original a su cargo, pero este conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere. Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora. Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor (sic)

El grupo de trabajo realiza una propuesta terminológica similar a la que efectúa para los artículos 1138 y 1154, ya comentados; en tal sentido, no tenemos algo que agregar al respecto.

Artículo 1156

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1156.- Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, la obligación del deudor queda resuelta. El deudor debe devolver en este caso al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.	Artículo 1156.- Imposibilidad de la prestación de hacer sin culpa de las partes Si la prestación resulta imposible sin culpa de las partes, el deudor queda liberado de la prestación original a su cargo. En este caso, el deudor debe devolver al acreedor lo que por razón de la obligación haya recibido, correspondiéndole los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos a la prestación no cumplida.

Aquí se plantea idéntica propuesta que para artículos 1138, 1154 y 1155.

Título III

Obligaciones de no hacer

Artículo 1158

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1158.- El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1.- Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. 2.- Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor. 3.- Dejar sin efecto la obligación.	Artículo 1158.- Mecanismos de tutela del acreedor ante incumplimiento culpable de obligación de hacer El incumplimiento por culpa del deudor de la obligación de no hacer, autoriza al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas: 1. Exigir la ejecución forzada, a no ser que fuese necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor. 2. Exigir la destrucción de lo ejecutado o destruirlo por cuenta del deudor. 3. Negarse a la prestación original a cargo del deudor; y, de ser el caso, dejar sin efecto la obligación.

En este artículo, la comisión propone una modificación al inciso 3, de similar contenido que aquella que plantea en el artículo 1150; razón por la cual hacemos aplicables al 1158, *mutatis mutandis*, los comentarios vertidos en esa oportunidad.

Artículo 1160

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1160.- Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, primer párrafo, 1155, 1156 y 1157.	Artículo 1160.- Normas aplicables a las obligaciones de no hacer. Mora Son aplicables a las obligaciones de no hacer las disposiciones de los artículos 1154, 1155, 1156 y 1157.

En los años ochenta, a raíz de la entrada en vigencia del Código Civil de 1984 se produjo un muy valioso e interesante intercambio de ideas acerca de la posible existencia o no de la mora del deudor en las obligaciones de no hacer.

Es evidente que ella no podrá producirse en aquellas obligaciones de no hacer cuyo incumplimiento determine la inejecución total de la obligación, como sería el caso de revelar un secreto que se debía guardar.

Pero, sin duda, sí cabe la constitución en mora en las obligaciones que impliquen una ejecución duradera en el tiempo, en cuyo caso la mora determinará la posibilidad de que el deudor empiece o continúe su cumplimiento. Sería el supuesto, por ejemplo, en que el deudor se hubiera obligado a no suministrar unos productos a la competencia de su acreedor.

Si incumpliera y fuese constituido en mora, cabe que empiece a cumplir, aunque sea de manera tardía, a diferencia del ejemplo del secreto, en cuyo caso el haberlo revelado determinará la inejecución total de la obligación.

Es en razón de ello que la comisión propone que se suprima la mención relativa al primer párrafo del artículo 1154, que se hace en el 1160, excluyendo el segundo párrafo que se refiere, precisamente, a la mora.

Estaría de acuerdo con la modificación, pero si se agregara, después de mencionar el artículo 1154, la frase «en lo que corresponda». Ello, para que el usuario del Código Civil no se confunda y pueda creer que siempre podría haber mora en las obligaciones de no hacer, lo que —como hemos explicado— no es así.

Título IV

Obligaciones alternativas y facultativas

Artículo 1171

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1171.- En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por facultativa.	Artículo 1171.- Presunción de obligación alternativa En caso de duda sobre si la obligación es alternativa o facultativa, se la tiene por alternativa (sic)

Ya habíamos expuesto en nuestro *Tratado de derecho de las obligaciones*,[51] que la norma del artículo 1171 resulta incoherente, pues si se llegara a la duda insoluble acerca de si una obligación era alternativa o facultativa, esto era, precisamente, porque no resultaba posible identificar la existencia de una prestación principal y de otra accesoria.

En ese sentido, correspondía que la norma (el artículo 1171) concluyera en que la obligación era alternativa.

La comisión del 2019 ha coincidido con nuestro parecer.

No obstante, debemos expresar que el tema, más allá de ser interesante discusión en el terreno teórico, no ofrece inconveniente práctico alguno, lo que conduce a que esta propuesta de modificación legislativa devenga en innecesaria.

Título V

Obligaciones divisibles e indivisibles

Artículo 1174

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

[51] OSTERLING PARODI Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. Lima: ECB Ediciones, 2014, vol. I, pp. 357 y ss.

Artículo 1174.- El beneficio de la división no puede ser opuesto por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación, por quien se encuentre en posesión de la cosa debida o por quien adquiere el bien que garantiza la obligación.	Artículo 1174.- Inoponibilidad del beneficio de la división El beneficio de la división no puede ser opuesto: 1. Por el heredero del deudor encargado de cumplir la prestación; o 2. Por el codeudor que se encuentre en posesión del bien materia de la prestación.

No estamos de acuerdo con la propuesta de modificación del artículo 1174. Nos explicamos.

Estimamos que el precepto no requería ser modificado, por las siguientes razones:

En primer término, porque cuando el deudor muere y deja más de un heredero, existe una sucesión indivisa y ella debe afrontar las deudas antes de poder efectuar una división y partición de la herencia.

Si fuese el caso, la herencia permaneciere indivisa y los herederos hubiesen encargado a uno de ellos el cumplir con la prestación, es claro que él no podría alegar el beneficio de la división, porque él tiene el bien con el que le han encargado efectuar el pago. Nótese que ese beneficio de la división —como hemos señalado— tampoco puede ser alegado por la sucesión indivisa.

El segundo supuesto es aquél referido a que el beneficio de la división no puede ser alegado por quien se encuentre en posesión de la cosa debida.

La comisión entiende que esta persona tiene que ser un «codeudor». No sabemos por qué. En primer lugar, porque en el caso de la herencia, no hay codeudores, ya que el único deudor es la sucesión indivisa (patrimonio autónomo).

Por esa razón es que el Grupo de Trabajo incurre en error cuando señala (inciso 2) «al "codeudor" que se encuentra en posesión del bien materia de la prestación».

El texto en vigencia del artículo 1174, simplemente menciona a «quien se encuentre en posesión de la cosa debida», sea heredero o no lo sea. Esto es irrelevante.

Si fuera heredero, debe cumplir, pues la obligación es de la sucesión de la que forma parte; y si lo tuviese un tercero sin título vigente alguno que lo autorice a seguir poseyendo ese bien, de igual manera debería hacerlo por indicación de los herederos integrantes de la sucesión indivisa.

Finalmente, el artículo 1174 en actual vigencia, también menciona a «quien adquiere el bien que garantiza la obligación».

Se entiende que es el bien que garantiza el cumplimiento de una obligación indivisible.

En este caso, si el bien es adquirido por un tercero, la garantía le será oponible a ese tercero, siempre y cuando haya adquirido a sabiendas de su condición, lo que incluye los supuestos en que la garantía estuviese inscrita en un registro.

Es verdad que este tercer supuesto bien podría no estar referido a una obligación indivisible, sino a una de otra naturaleza y la solución jurídica debería ser exactamente la misma; por lo que su presencia en el texto del artículo 1174 no es

indispensable.

Sin embargo, no existe razón práctica alguna para suprimir este extremo de una norma que no ha venido generando problemas prácticos.

Título VI

Obligaciones mancomunadas y solidarias

Artículo 1183

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1183.- La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.	Artículo 1183.- Presunción de solidaridad 1. Se presume la solidaridad en toda obligación en que concurran dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación. 2. Entre acreedores habrá solidaridad solo cuando la ley o el título de la obligación así lo determinen expresamente.

La comisión propone variar parcialmente la regla vigente de no presunción de solidaridad.

Para los casos de solidaridad pasiva (propuesta de inciso 1), se presumiría la solidaridad.

Para los casos de solidaridad activa (propuesta de inciso 2), ella no se presumirá.

La exposición de motivos señala lo siguiente: «En la actualidad se establece una regla general de presunción para la constitución de una obligación parciaria (mancomunada), de modo que solo cuando los acreedores, los deudores o ambos, así lo establezcan, la obligación podrá ser considerada como solidaria.— En este caso, el Grupo ha considerado apropiada la propuesta formulada, en su momento, por la Comisión constituida en el año 2006, por lo que coincide con esta cuando indicó lo siguiente: «En la práctica comercial es absolutamente infrecuente que, mediando una pluralidad de deudores, no se pacte, en interés del acreedor, la solidaridad de ellos. En ese orden de ideas, el proyecto plantea establecer como regla la solidaridad cuando medie la concurrencia de dos o más deudores.— A lo indicado previamente habría que añadir que, es igualmente infrecuente, que se encuentre pactos en los cuales se establezca la solidaridad entre los acreedores, siendo entonces la situación regular aquella en la cual los acreedores son parciarios y los deudores solidarios. La propuesta, lo que está estableciendo, es reconocer legislativamente la situación que se presenta en la práctica transaccional vigente».

Por nuestra parte, en primer término, debemos resaltar que la comisión no regula el caso de la solidaridad mixta, supuesto por el cual se daría la paradoja (de aplicar las normas del anteproyecto) en que los codeudores estarían obligados solidariamente, en tanto los coacreedores lo estarían de manera mancomunada. Entonces la pregunta sería ¿cómo se pagaría y cómo se cobraría en esa obligación?

En segundo lugar, no nos vamos a ocupar de la solidaridad activa, por: i) ser un supuesto de rara presencia práctica y ii) por el hecho de que aquí la comisión no varía la

regla del artículo 1183 en actual vigencia.

En tercer lugar, debemos decir que no se trata de una propuesta novedosa, pues ella, en idéntico texto, ya estuvo contenida en el anteproyecto del 2006.

Debemos resaltar que la modificación de esta norma constituye un anhelo largamente acariciado por algunos colegas profesores.

Si revisamos el texto exacto de la norma propuesta, encontramos que en su primer párrafo establece como regla la presunción de la solidaridad en toda obligación en que concurran dos o más deudores, salvo que lo contrario resulte de la ley o del título de la obligación (contrato).

La comisión considera necesario invertir la presunción existente, de modo que ahora se presuma la solidaridad, pero únicamente para los deudores. Entre acreedores habrá solidaridad sólo cuando la ley o el título de la obligación así lo determine expresamente.

Lo que significa que si estuviésemos frente a una obligación en la cual no existiera ninguna referencia de las partes con respecto a la solidaridad o mancomunidad, los codeudores se presumirán codeudores de obligación de deudores solidarios y de acreedores mancomunados.

Y esto también nos llevaría a que para que exista solidaridad en ambas partes, en tanto ya se presume la solidaridad de los codeudores, tendría que pactarse la solidaridad de los acreedores.

Juzgamos apropiado dedicar unas líneas a explicar el por qué no debería presumirse la solidaridad en el derecho peruano, sino la mancomunidad.

La razón de ser del precepto contenido en el actual artículo 1183 del Código Civil radica en la grave onerosidad que representa para uno o varios deudores obligarse respecto de uno o varios acreedores de manera solidaria. En tal sentido, hoy en día la ley ni siquiera permite que de la interpretación del acto o norma legal constitutiva de la obligación se deduzca la solidaridad a través de un proceso lógico, sino que exige que la solidaridad conste de manera expresa. De lo contrario, la obligación se tendrá por mancomunada.

Partiendo de lo anterior, consideramos que el error más grave de la comisión, es que pretende modificar una norma que hoy resulta clara, por una que crea distinciones injustificadas y que deviene en onerosa para los deudores.

Nos explicamos.

Hoy en día, cuando nosotros hablamos de solidaridad, y se pacta solidaridad en una obligación, la solidaridad, en principio, o es para todos los deudores o para todos los acreedores, o no es para ninguno de ellos.

Así, dentro del régimen actual no se plantea expresamente la posibilidad de que los deudores se obliguen solidariamente y los acreedores se obliguen mancomunadamente; o que los deudores se obliguen mancomunadamente, y los acreedores se obliguen solidariamente, a pesar de que teóricamente podrían hacerlo.

El vigente artículo 1183 constituye, entonces, una norma que no se presta a

confusiones al señalar que la solidaridad, sea ésta pasiva, activa o mixta, no se presume, de modo tal que sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa.

El artículo propuesto, en cambio, al dividir el tema de la solidaridad; por un lado, en lo que respecta a los deudores; y por otro lado, en lo que respecta a los acreedores, lo que hace es originar problemas conceptuales.

De aprobarse esta modificación, podría presentarse un supuesto en el cual, ante una pluralidad de deudores obligados de manera solidaria y ante una pluralidad de acreedores que sólo se hubieran obligado de manera mancomunada, ninguno de estos acreedores podría cobrar por sí solo el íntegro, pues no serían coacreedores solidarios.

En este esquema, por lo tanto, cada acreedor tendría la posibilidad de cobrar a cada uno de los deudores únicamente su parte. Esto, como resulta evidente, implicaría una contradicción en la manera como se podría cobrar y en la manera como se tendría que pagar, ya que los deudores no se habrían obligado a pagar de manera mancomunada, sino de manera solidaria.

Esta misma contradicción se presentaría en el caso de que los deudores fuesen mancomunados y los acreedores solidarios.

En un contexto como ése, cada coacreedor podría reclamar el íntegro de la prestación a cualquiera de los deudores, pero el codeudor mancomunado tendría todo el derecho de deducir el beneficio de la mancomunidad y pagar únicamente su parte, a pesar de que quien reclame sea un coacreedor solidario.

Y es en razón de ello, esto es, de evitar situaciones absurdas o injustas, que el tema no ha sido materia de debate a lo largo de los más de 35 años de vigencia del Código nacional.

Siempre se ha entendido que, o bien la mancomunidad es para todos los deudores y para todos los acreedores, o bien la solidaridad es para todos los deudores y para todos los acreedores, pero no se ha entendido que sólo lo sea para una parte de ellos, salvo que hubiesen pactado algo distinto. Entender lo contrario, implicaría, irremediablemente, imponer trabas notables a la manera cómo se podría pagar y cómo se podría cobrar una obligación.

En definitiva, un régimen como el propuesto en el Proyecto de Reforma generaría que no se pueda cobrar ni se pueda pagar adecuadamente.

En todo caso, y esto queremos resaltarlo, lo cierto es que el día de hoy, con la vigencia de la presunción establecida por el artículo 1183; es decir, que se presume la mancomunidad y no la solidaridad, no existen problemas, porque cuando se quiere pactar la solidaridad, las partes lo hacen de manera expresa.

Título V

Transmisión de las obligaciones

Capítulo único

Cesión de derechos/Cesión de créditos

En primer término, nos llama la atención el hecho de que la comisión proponga la modificación de la inmensa mayoría de normas de cesión de derechos, incluida la

nomenclatura del tema. Esto es desproporcionado en relación a los demás artículos del Código Civil sobre los que trata el grupo de trabajo y también en torno a los pocos problemas que en la práctica generan las normas de cesión de derechos.

Sobre el nombre del capítulo único, hoy llamado «cesión de derechos», la comisión propone se denomine «cesión de créditos».

Es sabido que la denominación actual fue objeto de debate en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, la misma que elaboró el Código Civil de 1984.[52]

Siempre nos hemos manifestado partidarios de esta nomenclatura, pues ella permite abarcar no sólo a la cesión de créditos, sino también a la cesión de derechos no crediticios.

Es verdad, como lo hemos señalado nosotros, que la mayoría de normas han sido diseñadas en función de la figura de la cesión de créditos, sin embargo, ellas pueden aplicarse, *mutatis mutandis*, a la cesión de derechos no crediticios.

Por ello, pensamos que regresar a la denominación de «cesión de créditos», como en el Código Civil de 1936, representaría un retroceso y no avance alguno.

Título VIII

Transmisión de las obligaciones

Capítulo único

Cesión de derechos

Artículo 1206

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1206.- La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor.	Artículo 1206.- Cesión de créditos 1. En virtud de la cesión, el cedente transmite al cesionario la titularidad del crédito, que incluye, entre otros, el derecho a exigir la prestación a cargo del deudor. 2. La cesión puede realizarse sin el asentimiento del deudor.

Ya en lo que respecta al artículo 1206, debemos decir que la comisión no explica las reformas en él planteadas, sino lo relativo a la nomenclatura del capítulo único.

Se propone dividir la norma en dos incisos.

En el primero, se cambia la expresión «La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite por…» por «En virtud la cesión, el cedente transmite al cesionario la titularidad del crédito…».

En verdad, esta propuesta es de ninguna relevancia.

En cambio, sí la tiene cuando se suprime la expresión, «que se ha obligado a

[52] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit*., pp. 669 y ss.

transferir por un título distinto».

Estamos de acuerdo con esta supresión, en la medida de que la norma en vigencia supondría la existencia de una obligación de transferencia previa de un crédito, situación irrelevante para que se celebre y surta efectos una cesión de derechos.

En el segundo inciso, el grupo de trabajo propone derogar la palabra «aún».

Esto es intrascendente, en la medida de que ese término se encarga de subrayar que la cesión de derechos puede hacerse, incluso, sin el asentimiento del deudor. Es un refuerzo que recalca el tema. Puede ser inútil, tal vez, pero el mismo no ha acarreado problema alguno todos los años de vigencia del Código Civil.

Artículo 1207

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1207.- La cesión debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Cuando el acto o contrato que constituye el título de la transferencia del derecho conste por escrito, este documento sirve de constancia de la cesión.	Artículo 1207.- Formalidad de la cesión de créditos La cesión puede celebrarse por escrito, salvo que sea a título gratuito, en cuyo caso, debe constar por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad.

No tiene sentido complicar una norma tan clara como lo es el artículo 1207.

El artículo propuesto carece de objeto, por varias razones.

En primer lugar, ¿cuál es sentido de distinguir la formalidad de la cesión de derechos?

Además, el decir «puede celebrarse por escrito» es inútil, ya que no impone formalidad alguna. Esto, en el caso de la cesión a título oneroso. Se dice que sería *ad probationem*, pero no es así, pues los actos de esta naturaleza son aquellos para los cuales la ley establece una formalidad, pero cuya inobservancia no se sanciona con nulidad; y en la norma propuesta la ley no establecería formalidad alguna para tales actos.

En lo que respecta a la cesión a título gratuito se exigiría no sólo que ella conste por escrito, sino que el mismo tenga fecha cierta, bajo sanción de nulidad.

¿Por qué aquí esta formalidad solemne y no en la cesión a título oneroso? Ello no se explica en la exposición de motivos.

Todo esto carece de sentido, más aún cuando el tema de la formalidad de la cesión de derechos no ofrece dificultades prácticas.

Artículo 1208

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1208.- Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa.	Artículo 1208.- Créditos que pueden ser cedidos Pueden cederse derechos de crédito que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa.

Aquí se ratifica lo perjudicial que sería el restringir el ámbito de la cesión a los créditos y suprimirla en lo que respecta a los derechos no crediticios.

Nos preguntamos, entonces, si se aprobara la reforma del Código Civil, ¿cómo se cedería un derecho no crediticio? Pues a través de una cesión de derechos, sólo que

ello carecería de soporte normativo en el Código Civil.

En este orden de ideas, ¿tiene algún sentido la modificación que se propone para el artículo 1208?

Artículo 1209

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1209.- También puede cederse el derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar esta norma (pues el capítulo ya no trataría acerca de derechos no crediticios) y trasladar su contenido al artículo 1405 del propio Código.

Esto carece de objeto. Además, en toda la vigencia del Código Civil esta norma no ha ofrecido dificultades de orden práctico.

Artículo 1210

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1210.- La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.	Artículo 1210.- Ineficacia de la cesión 1. La cesión no puede efectuarse cuando se opone a la ley, a la naturaleza de la obligación o al pacto con el deudor. 2. El pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario, si consta del instrumento por el que se constituyó la obligación o se prueba que el cesionario lo conocía al momento de la cesión.

Esta propuesta de modificación es tomada por el grupo de trabajo del anteproyecto del año 2006. En aquella oportunidad cometimos un error al señalar que, en efecto, el artículo 1210 incurre en un error de redacción;[53] sin embargo, con el paso de los años hemos constatado que ello no es así.

Nos explicamos.

El 1210 señala en su segundo párrafo, que el pacto por el que se prohíbe o restringe la cesión es oponible al cesionario de buena fe, en dos supuestos:

a) Sí consta del instrumento por el que se constituyó la obligación

Esto tiene sentido, pues el hecho de que se haya cedido un derecho no equivale a que tal cesión se haya hecho en el mismo documento en el que se constituyó la obligación.

Puede que éste sea el caso, y el cesionario haya actuado con buena fe, desconociendo la prohibición o restricción de ceder.

Aquí, a pesar del desconocimiento de este documento, le será oponible al cesionario esta prohibición o restricción por parte del deudor cedido. La ley, en este

[53] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 401 y 402.

supuesto sanciona la poca diligencia o negligencia del tercero cesionario, al no haber constatado los términos en que se contrajo la obligación cedida.

Pero que quede claro que el cesionario puede ser todo lo negligente que sea, pero ha actuado de buena fe.

b) Si se prueba que el cesionario conocía el pacto que prohibía o restringía la cesión

Éste ya es el segundo supuesto en el cual el deudor cedido puede oponer este pacto al tercero cesionario.

Pero, nótese que lo relativo a la buena fe termina en el primer supuesto; el segundo, obviamente, es otro distinto y en él el cesionario ha actuado de mala fe.

Debe subrayarse que el artículo 1210 hace la excepción de oponibilidad, considerando la buena fe del cesionario sólo para el primer supuesto, pero luego ya utiliza la disyunción «o» antes de referirse a este segundo, en el que, obviamente, el cesionario no ha actuado de buena fe.

En ese sentido, reconozco que incurrí en un error tanto en el *Tratado de derecho de las obligaciones* (primera y segunda edición), como en *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso*. El mismo error en que incurrió la comisión del 2006 y la comisión del 2019, seguramente después de leer mis comentarios a la norma.

Artículo 1211

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1211.- La cesión de derechos comprende la trasmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho trasmitido, salvo pacto en contrario. En el caso de un bien dado en prenda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero.	Artículo 1211.- Alcance de la cesión de créditos 1. La cesión de créditos comprende la transmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del crédito trasmitido, salvo pacto en contrario. 2. El deudor cedido podrá oponer al cesionario las excepciones que le hubiera podido oponer al cedente. 3. En el caso de un bien dado en garantía mobiliaria, según corresponda, debe ser entregado al cesionario si estuviese en poder del cedente, mas no si estuviese en poder de un tercero.

Este artículo regula los alcances de la cesión de derechos.

El grupo de trabajo propone en línea con la metodología seguida, que la norma sea dividida en varios incisos (en este caso, tres).

En el inciso 1, se copia el primer párrafo de la norma en actual vigencia, cambiando la palabra «derecho» por el término «crédito», Ya nos hemos manifestado contrarios a esta propuesta.

En el inciso 2, se agrega una disposición en el sentido de que «El deudor cedido podría oponer al cesionario las excepciones que le hubiera podido oponer al cedente». Esta norma es nueva pero innecesaria, en la medida de que lo ahí expresado resulta evidente, pues si fuera distinto, la cesión de créditos sería la mejor vía para burlarse de los derechos del deudor cedido y sus medios de defensa, sean sustantivos o procesales,

contra el acreedor originario de la obligación.

Además, en la exposición de motivos no se señala los fundamentos sobre el particular.

En el inciso 3, se modifica la expresión «prenda» por «garantía mobiliaria, según corresponda». Entendemos la actualización normativa a la garantía mobiliaria. Sin embargo, la comisión no explica en la exposición de motivos lo relativo a «según corresponda». En principio, no encontramos sentido a estas expresiones, más aún si luego la propia norma detalla o precisa el supuesto en que resulta aplicable.

Artículo 1215

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1215.- La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que éste la acepta o le es comunicada fehacientemente.	Artículo 1215.- Inicio de los efectos de la cesión 1. La cesión produce efecto contra el deudor cedido desde que le es comunicada de manera fehaciente. 2. También surtirá efectos desde el momento en que el deudor cedido participa en el acto de cesión. 3. Cuando medie un pacto que prohíbe la cesión se requerirá la aceptación expresa del deudor cedido para que aquella surta efecto.

La propuesta de reforma de esta norma se basa en una supuesta confusión que ella generaría. Digo supuesta, pues ella no existe.

Es evidente, con la normativa en vigencia, que cuando no hay pacto en contrario, la cesión produce efectos desde que le es comunicada al deudor cedido (por el acreedor cedente o por el tercero cesionario).

Si hubiese prohibición o restricción para ceder el crédito, no bastará tal comunicación, requiriéndose la aceptación del deudor cedido.

Éste es, evidentemente, el supuesto en que rige la necesaria aceptación del deudor (porque aquí la cesión es un acto trilateral, no bilateral).

O sea que, quien haya leído sobre este tema[54] sabe que en la doctrina peruana está muy claro.

Es evidente que, si el deudor participa en el acto de cesión, desde ese momento la cesión surtirá efectos contra él. Pero que quede sentado que, si no hay prohibición o restricción de ceder su participación en la cesión del crédito, resultaría intrascendente en lo que respecta a la validez del acto de cesión; sólo tendría relevancia en lo que respecta a los efectos de la misma, que empezarían a producirse desde el momento mismo de la cesión, no requiriéndose —es evidente— notificación ulterior alguna.

Después de esta breve explicación, estimamos que resulta muy claro que no se requiere modificación alguna del artículo 1215.

---

[54] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit.*, pp. 713-716.

Artículo 1216

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1216.- El deudor que antes de la comunicación o de la aceptación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.	Artículo 1216.- No liberación del deudor por cumplimiento de la prestación El deudor que antes de la comunicación, cumple la prestación respecto al cedente, no queda liberado ante el cesionario si éste prueba que dicho deudor conocía de la cesión realizada.

Esta propuesta de reforma se basa en el anteproyecto del 2006. En ese sentido, el grupo de trabajo señala lo siguiente: «El Grupo de Trabajo concuerda con la justificación de la propuesta de reforma que formuló la Comisión constituida en el año 2006. En esa ocasión se indicó, entre otras cosas, lo siguiente: […] en principio, la eficacia de la cesión depende exclusivamente de la comunicación fehaciente que se efectúe al deudor cedido conforme al artículo 1215. La aceptación del deudor, a la que también se refiere el artículo 1215, es necesaria sólo cuando media un pacto de no cesión (primer párrafo del artículo 1210).— Por consiguiente, el acreedor de un crédito respecto del cual se ha pactado la no cesión puede cederlo, pero ese acto será eficaz contra el deudor únicamente en la medida en que dicho deudor lo acepte. Si el deudor, conociendo de la existencia de la cesión, ejecuta la prestación respecto de su acreedor, lo que está poniendo de manifiesto es su no aceptación a la cesión. El conocimiento de la cesión por el deudor, en este caso, es absolutamente irrelevante y no puede ser penalizado en beneficio del cesionario.— Por consiguiente, el pago que realizó a su acreedor fue perfectamente eficaz y extinguió su obligación. El cesionario carece por completo de derecho alguno contra él.

Nos ratificamos en lo expresado en el año 2006, cuando abordamos esa propuesta de modificación:[55]

«En este artículo la Comisión suprime la mención al supuesto de la aceptación de la cesión por parte del deudor (cedido), en el supuesto en que para la validez de la cesión sea necesaria la aceptación del deudor cedido.

Entonces, se dice que no debería incluirse la frase «o de la aceptación», en la medida en que si se requiriese de aceptación para que se produzca la cesión, para que ésta sea válida, en realidad, con todo derecho, ese deudor habría podido pagar a su acreedor de siempre, con lo cual no habría infringido ninguna norma, a pesar de que hubiese tenido conocimiento de la cesión realizada; cesión que, por requerir el asentimiento de él, es decir, por ser una cesión tripartita, no era una cesión que pudiese serle opuesta al deudor cedido.

Pero la modificación planteada es inútil, pues la afirmación contenida en el artículo en vigencia es cierta y no ofrece dificultad alguna.

Artículo 1217

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil

[55] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 402-403.

	(R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1217.- Derogado.	Artículo 1217.- Concurrencia en la cesión de créditos Si un mismo crédito fuese cedido a varias personas, prevalece la cesión que fue inscrita de buena fe. En defecto de inscripción prevalece la que fue primeramente conocida de manera fehaciente por el deudor.

Esta norma fue indebidamente derogada por la primera Ley de la Garantía Mobiliaria, de mayo del 2006.

Nosotros criticamos dicha derogación,[56] en la medida de que dejaba en el aire (sin regulación) la concurrencia de cesionarios en caso el deudor hubiere pactado la prohibición o restricción de ceder, supuesto en el cual no podía regir la preferencia por la cesión que primero hubiese sido inscrita en el Registro Mobiliario de Contratos, sino debía ser aquella que fue aceptada por el deudor cedido.

Cabe la posibilidad de que un acreedor inescrupuloso ceda el mismo derecho a varias personas de manera sucesiva. Planteada una situación como la expuesta, surgiría el problema de saber cuál de los terceros-cesionarios debe ser preferido como nuevo titular del derecho cedido.

El legislador de 1984 optó por brindar una respuesta normativa a dicha problemática, que se encontraba plasmada en el hoy derogado artículo 1217.

En el citado precepto se establecía que prevalecería la cesión que primero fue comunicada al deudor o la primera que éste hubiese aceptado (en el supuesto de que no le hubiese sido comunicada o que, habiéndolo sido, no se le hubiese hecho de manera fehaciente). En tal sentido, resultaba evidente que no tenía ningún valor ni importancia el orden en que el acreedor-cedente hubiera cedido el derecho a los diversos terceros-cesionarios, ya que en virtud del precepto que analizamos, no se prefería al tercero cuya cesión revestía la mayor antigüedad, sino a aquél cuya cesión fue comunicada en primer lugar (o tal vez único) al deudor-cedido.

La solución adoptada por el hoy derogado artículo 1217 del Código Civil peruano podía resultar discutible, en la medida en que el orden de preferencia establecido para tal efecto no tenía nada que ver con la diligencia que hubiera empleado cada tercero-cesionario para la celebración del contrato respectivo.

Una corriente de pensamiento referida a este numeral consideraba, por eso, que hubiese podido adoptarse un criterio similar al previsto en las normas de concurrencia de acreedores en las obligaciones de dar bienes ciertos (artículos 1135 y 1136 del Código Civil), prescindiendo de la entrega (para el caso de los bienes muebles) o de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (para el caso de los bienes inmuebles); es decir, un orden de preferencia basado en los documentos de fecha cierta y, dentro de ellos, aquéllos que revistan la fecha cierta más antigua.

Pero, a nuestro juicio, dicha solución no hubiera sido adecuada, porque se trata de supuestos no asimilables. El trecho entre las obligaciones de dar y la cesión de

[56] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit*., pp. 719-722.

derechos es muy grande.

Creemos que la solución del Código era la correcta. Sin embargo, cabía hacer una precisión en el sentido de que el cesionario, para que le hubiesen sido de aplicación las reglas de concurrencia, debía haber actuado de buena fe. Estos criterios no se incluyeron en el artículo 1217 del Código, por considerarse innecesarios y de fácil solución por los principios generales del Derecho.

El artículo 1217 fue derogado expresamente por la Ley de la Garantía Mobiliaria del año 2006, que permite —como lo hace también la ley en actual vigencia— que se pueda inscribir la cesión de derechos, primando esa inscripción sobre la cesión notificada al deudor. La consecuencia práctica que se desprende de esta norma es que al cesionario ya no le importa que la cesión sea notificada al deudor cedido, sino que sea inscrita, pues de no hacerlo corre el riesgo de que el acreedor ceda el derecho a un segundo cesionario que sí lo inscriba, perjudicando con ello sus intereses.

Con esta norma, entonces, no se realiza un cambio significativo en cuanto a la idea misma de la cesión de derechos; lo que se ha hecho es dar la posibilidad de inscribir la cesión y, en tanto esa inscripción es pública, evitar conflictos cuando haya concurrencia de cesionarios.

Se podría señalar, sin embargo, que la inscripción no sólo se refiere a la cesión de derechos en garantía, sino también en propiedad, lo que, en definitiva, ha aumentado los costos del cesionario.

Por otra parte, el citado precepto presenta el grave inconveniente de obligar —en la práctica— a hacer pública toda cesión de derechos, contrariando la reserva que muchas veces las partes desean guardar con respecto al acto celebrado.

Sin embargo, dicha norma no puede oponerse al deudor cedido cuando éste, por haberse pactado así, tuviera que dar su conformidad a la cesión. En este caso siempre prevalecerá la cesión que hubiese aceptado el deudor y no aquélla que hubiese sido inscrita primero. Lo propio rige para los casos en que el deudor cedido deba prestar su asentimiento dada la naturaleza de la obligación.

Ello nos lleva a afirmar que la derogatoria completa del artículo 1217 del Código Civil fue poco meditada.[57]

En este orden de ideas, la propuesta del grupo de trabajo peca por defecto, al ignorar esta importante distinción.

La preferencia por la cesión que primero le fue comunicada al deudor cedido sólo podría tener viabilidad en defecto de inscripción en el caso en que deudor y acreedor no hubieren pactado la prohibición de ceder el crédito.

Sí debería volverse a regular el artículo 1217, pero en otro sentido. El texto de la norma podría ser éste: «Si un mismo crédito fuese cedido a varias personas que lo adquirieron de buena fe, prevalece la cesión que primero hubiere sido inscrita. En defecto de inscripción, prevalece la que le fue puesta en conocimiento con fecha anterior.— Si

[57] Osterling Parodi, Felipe y Mario Castillo Freyre. *Tratado de derecho de las obligaciones. Op. cit.*, pp. 719-722.

deudor y acreedor pactaran la prohibición de ceder, prevalece aquella sesión que fue aceptada por el deudor».

Como se puede apreciar de nuestras consideraciones sobre este tema, no nos gusta que prevalezca la que fue inscrita primero, pero debemos admitir que no quedaría otra salida, ante la existencia del Registro Mobiliario de Contratos.

Sección segunda

Efectos de las obligaciones

Título I

Disposiciones generales

Artículo 1218

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1218.- La obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario.	Artículo 1218.- Transmisión de la obligación a los herederos La obligación se trasmite a los herederos, salvo cuando es inherente a la persona, lo prohíbe la ley o se ha pactado en contrario; de conformida (sic) con lo dispuesto en el Libro de Sucesiones.

¿Alguna vez alguien ha sostenido que el artículo 1218 del Código Civil debe interpretarse de manera literal, con prescindencia de lo dispuesto por el propio Código Civil en materia del derecho de sucesiones?

No lo creemos.

Entonces, la propuesta de reforma de este artículo, que pasa por efectuar esta precisión, se basa en un problema inexistente.

Lo que hace el artículo 1218 es únicamente regular la transmisión de las obligaciones, como regla, en caso, naturalmente, que los herederos del deudor o acreedor acepten tener esta calidad y, claro está, que ellos responderían dentro de los límites de lo que han recibido como herencia. Esto nunca ha estado en discusión.

Artículo 1219

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: 1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado. 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor. 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente. 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este	Artículo 1219.- Mecanismo de tutela del crédito 1. El acreedor cuenta, entre otros, con los siguientes mecanismos de protección del crédito: a) Exigir al deudor la ejecución de la prestación debida. b) Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, por cuenta del deudor. c) Obtener del deudor la indemnización correspondiente. d) Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El

inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva. Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2.	acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el proceso que promueva. e) Ejercer la pretensión de ineficacia frente a los actos de disposición del deudor de conformidad con el artículo 195 y siguientes. f) Ejercer el derecho de retención, cuando corresponda. 2. Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos a) y b) del numeral 1.

El grupo de trabajo propone una modificación en varios aspectos del artículo 1219, cuyo párrafo inicial varía de «Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente: […]» a «1. El acreedor cuenta, entre otros, con los siguientes mecanismos de protección del crédito: […]».

Se dice en la exposición de motivos que se ha querido resaltar que estos mecanismos de tutela no constituyen una lista taxativa. Pero ello siempre se ha entendido así.

Analizaremos el tema en detalle.

Con respecto al inciso 1 (ahora 1.a), se varía la expresión «Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado», por «exigir al deudor la ejecución de la prestación debida».

Se trata de una mera variación de palabras, pero se indica exactamente lo mismo.

En relación al inciso 2 (ahora 1.b), se dice casi lo mismo. Sólo se cambia «a costa del deudor» por «por del deudor»; en buena cuenta, no hay cambio alguno de fondo.

En lo atinente al inciso 3 (ahora 1.c), se mantiene idéntico el «obtener del deudor la indemnización correspondiente».

En lo que respecta al inciso 4 (hoy 1.d), se mantiene el texto casi idéntico, variando solamente la palabra «juicio» por el término «proceso». Es un simple cambio terminológico.

En lo que atañe al resto de la propuesta, el grupo de trabajo agrega el literal e), el mismo que señala: «Ejercer la pretensión de ineficacia frente a los actos de disposición del deudor de conformidad con el artículo 195 y siguientes».

La propia comisión acepta en la exposición de motivos que este tema ya está regulado en el artículo 195 (Libro de Acto Jurídico). Se trata de la acción pauliana. Entonces, el volver a tratar sobre el tema en el artículo 1219 es una demasía, más aún si se ha subrayado que esta relación de mecanismos de defensa no es taxativa.

Lo mismo podemos decir del inciso 1.f), que primero señala: «Ejercer el derecho de retención, cuando corresponda». Esto, porque el tema está regulado en el Libro de Derechos Reales (artículos 1123 a 1131) y repetir su calidad de mecanismo de defensa del acreedor, resulta innecesario.

La propuesta del anteproyecto de reforma del año 2019 respecto al artículo 1219, concluye con la inclusión de un inciso 2, en el que, con la salvedad de una nueva numeración, se dice exactamente lo mismo que en la parte final del artículo 1219 en actual vigencia.

En conclusión, no estamos de acuerdo con la propuesta de modificación del artículo 1219 del Código Civil.

Título II

Pago

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 1220

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1220.- Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.	Artículo 1220.- Principios del pago 1. El pago debe realizarse de conformidad con la buena fe. 2. Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado la prestación en el modo y tiempo previstos en el título de la obligación.

Esta propuesta carece de sentido.

En primer lugar, porque el artículo 1220 es una norma que no ofrece dificultades ni teóricas ni prácticas.

En segundo lugar, porque ella no tiene vocación totalizante, en el sentido de querer abarcar todos los principios del pago. El 1220 sólo trata acerca del principio de integridad, mientras el 1132 trata sobre el principio identidad; los artículos 1238, 1239 y 40, sobre el principio de localización o lugar de pago; y el artículo 1240, sobre el principio de oportunidad.

Entonces, cuando se pague, el pago debe seguir lo dispuesto en todas estas normas y no sólo en el 1220.

Así, el querer que este precepto regule materias distintas a su objeto y, además, ya contenidas en otros preceptos, es absolutamente impropio (inciso 2 de la propuesta).

Por último, carece de objeto reiterar que el pago debe hacerse de conformidad con la buena fe. Nos preguntamos: ¿Qué es aquello que en derecho de obligaciones y contratos o, en derecho general, no debe hacerse conforme a la buena fe? Es redundante y, aunque la comisión señale lo contrario, reitera lo dispuesto en el artículo 1362. Por lo demás, nunca ha estado en discusión el hecho de que las obligaciones nacidas de fuente extracontractual no deban ser pagadas de buena fe.

Artículo 1227

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 1227.- El pago hecho a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada.	Artículo 1227.- Pago a personas con capacidad de ejercicio restringida El pago hecho a sujeto con capacidad restringida sin asentimiento de sus representantes legales o asistentes, de ser el caso, no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el sujeto con capacidad restringida, se extingue la obligación en la parte pagada.

El grupo de trabajo propone adecuar la terminología de este artículo a la Ley de las Personas con Discapacidad del año 2018. Se trata de un tema meramente formal.

Artículo 1233

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1233.- La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.	Artículo 1233.- Pago con títulos valores 1. La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, extinguirá la obligación primitiva sólo cuando hubiesen sido pagados, salvo pacto en contrario. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso. 2. El deterioro, destrucción, extravío y sustracción del título valor se rige por la ley de la materia.

Esta norma versa sobre el pago con títulos valores.

La comisión propone, en síntesis, que los supuestos en los que el título valor se hubiese perjudicado, se rijan por la ley de la materia (Ley de Títulos Valores) y no por el Código Civil.

No cabe duda de que se trata de un tema complicado y que en la práctica generó y genera interpretaciones diversas.

El profesor Osterling y yo defendimos siempre la literalidad del artículo 1233,[58] es decir que en tales casos se extinguiría la obligación principal.

Artículo 1239

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1239.- Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo. Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.	Artículo 1239.- Cambio de domicilio de las partes 1. Si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo, salvo que el deudor haya comunicado de forma indubitable su nuevo domicilio al acreedor. 2. Igual regla es de aplicación, respecto al deudor, cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

[58] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit.*, 2014, vol. II.

He escrito sobre este tema desde la década del 2000 y me apena el no haber sido leído por algunos colegas.

El artículo 1239, cuando otorga la opción al acreedor de cobrar en el nuevo domicilio o en el anterior no está permitiendo una arbitrariedad, sino que protege los intereses del acreedor ante un cambio abusivo de domicilio.

Si el domicilio contractual está fijado en Miraflores y el deudor comunica al acreedor que su nuevo domicilio está en Los Olivos, pues el acreedor deberá cobrar allí, dado que, simplemente, se trata de otro distrito de la misma ciudad. Pero si el deudor le comunica un nuevo domicilio en Beijing, China, ¿ese cambio de domicilio podría forzar al acreedor a ir a cobrar a China?

Es ahí cuando rige la protección del artículo 1239 (la misma que también es para el deudor, cuando ello corresponda). Así, el acreedor podría intimar en mora al deudor en el primer domicilio o en el nuevo.

Ahora bien, un deudor de buena fe, que se mude a la China, deberá dejar a alguien en Miraflores o en algún lugar de la ciudad de Lima, que se encargue de pagar al acreedor. Este mecanismo no ha sido entendido así por la comisión.

Por lo demás, el actual artículo 40 del Código Civil obliga al deudor a comunicar ese cambio de domicilio al acreedor.

En ese sentido, no estamos de acuerdo con que se elimine esta protección que el artículo 1239 concede al acreedor (y al deudor, en su caso) frente a un cambio abusivo de domicilio de su contraparte. La comunicación indubitable del cambio de domicilio no solucionaría el tema y, más bien, consagraría una tremenda injusticia.

Además, el artículo parte de un supuesto bien extraño, y es que se mude el deudor no comunicando el cambio de domicilio al acreedor, caso en el cual sí regiría la opción de cobrar en el domicilio contractual o en el nuevo. ¿Y cómo conocería cuál es el nuevo, si nunca se le ha comunicado?

Artículo 1242

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1242.- El interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.	Artículo 1242.- Interés compensatorio y moratorio El interés es compensatorio cuando constituye la retribución por el uso del dinero o de cualquier otro capital. Es moratorio cuanto tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago.

No recuerdo alguna discusión desde 1984 en la que no se haya entendido el sentido del artículo 1242 en lo que respecta al concepto de interés compensatorio y en lo atinente al concepto de interés moratorio.

A la comisión le incomoda que la norma se refiera al interés compensatorio como la «contraprestación» por el uso del dinero o de cualquier otro bien. Preferiría que se diga «retribución». Pero «retribución» también podría ser entendida como una contraprestación. Ello no solucionaría el inexistente problema que la comisión intenta solucionar.

Por otra parte, todos sabemos que no sólo el dinero como capital puede generar intereses. También es el caso de otros bienes (en realidad, cualquier otro bien). Ésa es la lógica que sigue el primer párrafo del artículo 1242 del Código Civil.

Sin embargo, el grupo de trabajo busca reemplazar la palabra «bien» por «capital». Se equivoca una vez más.

El bien es tal por naturaleza, tenga la que tenga; y ese bien cualquiera podría generar intereses en la medida de que jurídicamente se le conceda la condición de capital. Pero el interés puede ser generado por cualquier bien. Esto quedó muy claro en 1984 con el Código Civil, pero no lo estaría si se aprobara la modificación propuesta por el grupo de trabajo, dado que la palabra «capital» suele ser entendida por la población general, como sinónimo de una suma de dinero; y, debería seguir quedando claro que no sólo el dinero es susceptible de generar intereses.

Por lo demás, ninguna disposición del Banco Central de Reserva del Perú ni de alguna otra institución genera dudas sobre el concepto de los intereses compensatorios.

Artículo 1246

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1246.- Si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.	Artículo 1246.- Interés moratorio en obligación no pecuniaria En la obligación no pecuniaria, si no se ha convenido el interés moratorio, el deudor está obligado a pagar por causa de mora solo el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

La comisión señala en la exposición de motivos que el artículo 1246 no indica el tipo de obligación al que se refiere y considera que debería precisarse que el mismo sólo se aplica a las obligaciones no pecuniarias.

Esto está mal por dónde se le mire.

En primer lugar, la norma no ofrece problema práctico alguno, en la medida de que se entiende aplicable a todo tipo de obligaciones, incluyendo, obvia y naturalmente, a las de carácter pecuniario, que son el 99.99% de obligaciones que generan intereses.

¿Cuál sería la razón para excluir del ámbito del 1246 a las obligaciones no pecuniarias?

La comisión señala que las obligaciones dinerarias tienen como norma especial al artículo 1324. Pero, este precepto no es excluyente con el 1246 y resulta de aplicación armónica y complementaria con él. El 1324 no contradice el 1246, sino que lo complementa.

El 1246 no ofrece las dudas que, en la práctica jurídica, sólo atacan a la comisión.

Artículo 1247

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 1247.- En la obligación no pecuniaria, el interés se fija de acuerdo al valor que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.	Artículo 1247.- Interés compensatorio en obligación no pecuniaria En la obligación no pecuniaria, el interés compensatorio se fija de acuerdo al valor que tengan los bienes materia de la obligación en la plaza donde deba pagarse al día siguiente del vencimiento, o con el que determinen los peritos si el bien ha perecido al momento de hacerse la evaluación.

La comisión considera necesario precisar que este artículo se refiere solamente a los intereses compensatorios (y, por tanto, no a los moratorios). Sin embargo, en la práctica jurídica no se ha presentado ni presentan dudas sobre el particular. Siempre se entendió referido sólo a los intereses compensatorios, dado que su contenido no se relaciona con los moratorios.

Artículo 1249

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1249.- No se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.	Artículo 1249.- Anatocismo Puede pactarse la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, independientemente de que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares.

El artículo 1249, que prohíbe el anatocismo o pacto anticipado de capitalización de intereses es una norma que no sólo ha quedado desfasada en las operaciones del sistema financiero, sino en aquéllas que se celebran entre particulares, ajenos a este sistema.

Lo que ocurre es que el 1249 está pensado para un modelo de intereses con tasas no capitalizables. Pero a principio de los años noventa el régimen de interés varió de manera radical, dado que el Banco Central de Reserva expresó las tasas de intereses como tasas efectivas, razón por la cual incluso las tasas máximas para operaciones fuera del sistema financiero y las tasas de interés legal, al ser efectivas, son capitalizadas diariamente.

Entonces, el 1249 es aplicable para operaciones expresadas en tasas nominales, pero no para operaciones expresadas en tasas efectivas.

Por esta razón el artículo en cuestión ha quedado obsoleto y sí valdría la pena modificarlo.

En ese sentido, concordamos con el texto que propone el grupo de trabajo.

Artículo 1250

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1250.- Es válido el convenio sobre capitalización de intereses celebrado por escrito después de contraída la obligación, siempre que medie no menos de un año de atraso en el pago de los intereses.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

En razón de lo expuesto con ocasión del análisis del artículo 1249, concordamos

con la propuesta que se hace para derogar el artículo 1250.

Artículo 1251

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1251.- El deudor queda libre de su obligación si consigna la prestación debida y concurren los siguientes requisitos: 1. Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiere puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación. 2. Que, respecto del acreedor, concurran los supuestos del Artículo 1338 o injustificadamente se haya negado a recibir el pago. Se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehuse (sic) a entregar recibo o conductas análogas.	Artículo 1251.- Consignación y supuestos de procedencia El deudor queda libre de su obligación si se consigna la prestación debida. La consignación procede en cualquiera de los siguientes casos: 1. Si el acreedor a quien se hace el ofrecimiento de pago se niega a admitirlo, en cuyo caso es necesario que el ofrecimiento se haya efectuado concurriendo las circunstancias requeridas para hacer válidamente el pago, o, 2. Si el deudor se encuentra impedido de realizar el ofrecimiento de la prestación o efectuar directamente el pago.

Desde que el Código Procesal Civil modificó de modo equivocado todos los preceptos del Código Civil, relativos al pago por consignación, hemos luchado para que se deroguen estas normas, señalando la evidente superioridad de los preceptos originales de 1984.

La comisión si bien propone modificar el artículo 1251 y señala haber tomado como referencia el Código Civil de 1984, ha complicado su propuesta normativa, debido a que no restituye el texto claro del artículo 1251 de 1984, relativo a la no aceptación por parte del acreedor del ofrecimiento de pago, sino que agrega otro supuesto de liberación del deudor si consigna la prestación debida.

Se trata del caso en el cual el deudor se encuentra impedido de realizar el ofrecimiento de la prestación o efectuar directamente el pago.

Pero, es un supuesto confuso.

En primer lugar, porque hay casos en que el deudor se encontrará impedido de ofrecer directamente el pago, por ejemplo, por no haber podido trasladar la mercadería a entregar hasta el domicilio del acreedor, por la caída de un puente en la única vía de tránsito a esa localidad. Aquí no sólo no se puede ofrecer el pago o pagar directamente; simplemente, no lo puede ofrecer y menos consignar.

Por ello, si quiere colocar el supuesto del inciso 2, debería especificarse que se refiere a supuestos de desconocimiento de la identidad del acreedor o de su domicilio.

En lo personal, preferiríamos que se restituya el texto original del Código Civil de 1984.

Artículo 1252

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)

Artículo 1252.- El ofrecimiento puede ser judicial o extrajudicial. Es judicial en los casos que así se hubiera pactado y además: cuando no estuviera establecida contractual o legalmente la forma de hacer el pago, cuando por causa que no le sea imputable el deudor estuviera impedido de cumplir la prestación de la manera prevista, cuando el acreedor no realiza los actos de colaboración necesarios para que el deudor pueda cumplir la que le compete, cuando el acreedor no sea conocido o fuese incierto, cuando se ignore su domicilio, cuando se encuentre ausente o fuera una persona contemplada en el artículo 43 o 44 del Código Civil sin tener representante, curador o apoyo designado, cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamaran varios acreedores y en situaciones análogas que impidan al deudor ofrecer o efectuar directamente un pago válido. El ofrecimiento extrajudicial debe efectuarse de la manera que estuviera pactada la obligación y, en su defecto, mediante carta notarial cursada al acreedor con una anticipación no menor de cinco días anteriores a la fecha de cumplimiento debido, si estuviera determinado. Si no lo estuviera, la anticipación debe ser de diez días anteriores a la fecha de cumplimiento que el deudor señale.	Artículo 1252.- Ofrecimiento de pago El ofrecimiento de pago debe realizarse mediante comunicación fehaciente de fecha cierta, salvo acuerdo diverso de las partes.

El artículo 1252 del Código Civil —no cabe duda— constituye una de las peores normas de este cuerpo normativo. Ella no corresponde al texto original del código, sino a la reforma que se produjo en materia del pago por consignación por parte del Código Procesal Civil de 1993.

El profesor Osterling y yo comentamos este artículo,[59] tal vez el más defectuoso del Código.

Pero, la comisión, en lugar de volver al simple y claro artículo 1252 original, propone una norma muy defectuosa, en la que se señala que «El ofrecimiento de pago debe realizarse mediante comunicación fehaciente de fecha cierta, salvo acuerdo diverso de las partes».

El ofrecimiento de pago no se realiza a través de alguna formalidad. El mismo consiste en el acto del deudor por el cual ofrece pagar a su acreedor, ofrecimiento que corresponderá a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias del caso, como podría ser el llevar el bien al acreedor, llamarlo antes por teléfono, escribirle un correo electrónico, un WhatsApp o algo así.

Todo esto, naturalmente, si se hubiese pactado en contra de la regla general del artículo 1238 sobre el lugar del pago, el mismo que establece como regla el domicilio del deudor. Si éste fuese el caso, resulta evidente que, en principio, el deudor no debería hacer ofrecimiento de pago alguno, pues será el acreedor quién debería ir a cobrar a su

[59] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit.*, 2014, vol. III, pp. 1185 y ss.

domicilio.

Si ello hubiese ocurrido y el deudor estuviese en mora, sí tendría que ofrecer pagar para, precisamente, salir del estado moratorio.

Pero, incluso, en este caso no se sigue, en la práctica, formalidad alguna, sino los usos, y costumbres relativos a la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso.

Por ello es que rechazamos el texto que propone la comisión para el artículo 1252.

Artículo 1253

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1253.- El ofrecimiento judicial de pago y la consignación se tramitan como proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil. La oposición al ofrecimiento extrajudicial y, en su caso, a la consignación efectuada, se tramitan en el proceso contencioso que corresponda a la naturaleza de la relación jurídica respectiva.	Artículo 1253.- Oposición al ofrecimiento de pago 1. El plazo para formular oposición al ofrecimiento de pago es de cinco días hábiles desde el ofrecimiento. La oposición al ofrecimiento de pago no impide la consignación. 2. La consignación y su contradicción se tramitan en el proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil.

El artículo 1253 plantea regular la oposición al ofrecimiento de pago.

Se propone un inciso 1, en el cual se establezca que el plazo para formular oposición al ofrecimiento de pago sea de cinco días hábiles desde el ofrecimiento (lo que hoy se regula en el artículo 1254, inciso 1).

Además, se dice que la oposición al ofrecimiento de pago no impide la consignación.

Esta última disposición es inútil; ello, porque resulta evidente que, si hay oposición del acreedor al ofrecimiento de pago del deudor, entonces este último quedará autorizado para efectuar la consignación.

En el segundo inciso propuesto para el artículo 1253, se plantea regular el contenido del primer párrafo del artículo en vigencia, cuando señala que «La consignación y su contradicción se tramitan en el proceso no contencioso de la manera que establece el Código Procesal Civil».

Artículo 1254

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1254.- El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento, cuando: 1.- El acreedor no se opone al ofrecimiento judicial dentro de los cinco días siguientes de su emplazamiento; 2.- La oposición del acreedor al pago por cualquiera de las formas de ofrecimiento, es desestimada por resolución con autoridad de	Artículo 1254.- Efecto de la consignación La obligación queda extinguida con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento o de consignación, según el caso; salvo que el acreedor que contradiga la consignación obtenga un resultado favorable en el proceso contencioso correspondiente con autoridad de cosa juzgada.

cosa juzgada. El ofrecimiento judicial se entiende efectuado el día en que el acreedor es válidamente emplazado. El extrajudicial se entiende efectuado el día que es puesto en conocimiento.	

La comisión propone modificar el artículo 1254 para que al final, el artículo, con un texto más reducido, termine diciendo lo mismo.

Por nuestra parte, hubiésemos mantenido el texto en vigencia.

El inciso 2 podría decir «La oposición del acreedor al ofrecimiento de pago, es desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada».

Artículo 1259

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1259.- No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la más antigua. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.	Artículo 1259.- Imputación legal. No expresándose a qué deuda debe hacerse la imputación, se aplica el pago a la menos garantizada; entre varias deudas igualmente garantizadas, a la más onerosa para el deudor; y entre varias deudas igualmente garantizadas y onerosas, a la que venza primero. Si estas reglas no pueden aplicarse, la imputación se hará proporcionalmente.

La preocupación del grupo de trabajo en torno al concepto de «deuda más antigua» es recogido de las palabras del profesor Carlos Cárdenas Quirós:

«Respecto de los alcances de la modificación al artículo 1259 del Código Civil, el Grupo de Trabajo ha considerado pertinente remitir a la justificación que sobre el particular diera en su momento uno de sus integrantes en los términos siguientes: «En materia de imputación legal, tanto el Código Civil de 1936 (artículo 1267) como el de 1984 (artículo 1259) se refieren a la deuda "más antigua" entre los diversos supuestos de aplicación.— Ninguno de los dos Códigos precisó los alcances de esa expresión, dejando de esclarecerse si corresponde entender como tal a la que nació antes que otras o entre varias de plazo cumplido a la que venció primero.— En la propuesta se opta por esta última, que pasa a sustituir la referencia a la "más antigua", privilegiando así el concepto de la exigibilidad de la deuda por sobre el simple dato cronológico del nacimiento de la obligación. Debe tenerse presente que, para resultar aplicable ese supuesto, tendrá que haberse descartado necesariamente la procedencia de los anteriores que prevé el artículo 1259, esto es, en primer término, que hubiera una deuda menos garantizada que otras; y, en segundo lugar, entre varias deudas igualmente garantizadas, que alguna fuera más onerosa para el deudor. Sólo en caso de que hubiera varias deudas igualmente garantizadas y onerosas se aplicaría el pago a aquella con vencimiento antelado a las demás».[60]

Sin embargo, a entender nuestro, el tema es muy claro, tal como expresamos en

[60] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «La reforma de derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984». *Thémis,* 2011, n.° 60, p. 180. Citado en la exposición de motivos del anteproyecto del 2019, pp. 219 y 220.

nuestro *Tratado de las obligaciones* y en nuestro *Tratado de derecho de las obligaciones*.[61]

Allí dejamos sentado que deuda más antigua no es la que se contrajo antes, sino aquella que venció primero. En ese sentido, no creemos que haya algo que se deba corregir en el artículo 1259.

Artículo 1265

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1265.- El pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse.	Artículo 1265.- Noción Si el acreedor consiente en que el deudor se libere ejecutando una prestación distinta de la debida, la obligación se extingue sólo cuando la prestación distinta se cumple.

Tentaciones académicas. En este punto, la comisión propone modificar el concepto de dación en pago para subrayar que con ella se acuerda el pago con una prestación distinta a la debida y que sólo se produce la dación en pago cuando se cumple la prestación distinta.

Siguiendo las enseñanzas de Marcel Planiol, Manuel Augusto Olaechea y Felipe Osterling, diremos que es un imposible jurídico el acordar pagar la prestación debida con una prestación distinta; no habiendo debido, aunque sea por un momento, la nueva prestación.

En otras palabras, compartimos el criterio de los distinguidos juristas citados en el sentido de que la dación en pago implica, necesariamente una novación objetiva seguida de pago.

Esto lo hemos expresado en nuestro *Tratado de derecho de las obligaciones*.[62]

Por estos contundentes argumentos, resulta vano el intento de aclarar algo que no se puede aclarar, con el texto el artículo 1265 que propone la comisión.

Prueba de que ello no es posible, la tenemos con el acuerdo para pagar con algo distinto que no es seguido de pago (es decir, que nunca se paga). En estos casos, si no consideramos que se puede reclamar la nueva prestación, entonces nos encontraríamos simplemente ante un pacto *jocandi causa*, es decir, a título de broma y el derecho no puede aceptar pactos de su naturaleza. Entonces, luego del acuerdo, no se debe la prestación anterior, sino la nueva. Así de simple.

Título V

Condonación

Artículo 1295

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

[61] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit*., 2014, vol. III.

[62] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit*., 2014, vol. III, pp. 1331 y ss.

Artículo 1295.- De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.	Artículo 1295.- Efectos 1. La condonación de la deuda extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero. 2. La condonación es eficaz sólo desde que es aceptada por el deudor. Entretanto, el acreedor puede retractarse de ella sin perjuicio del derecho de tercero.

El artículo 1295 del Código Civil regula la condonación, siendo una norma clara y que no ofrece problemas prácticos.

La comisión basa su propuesta de reforma, otra vez, en el parecer del profesor Carlos Cárdenas Quirós, quien señala sobre este particular, lo siguiente: «El texto vigente del artículo 1295 establece que «de cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero». Formulada en esos términos, la regla no contribuye ciertamente a aclarar debidamente la naturaleza jurídica de este medio de extinción de obligaciones.— En efecto, da a entender que se trata de un acto bilateral cuando se refiere al «común acuerdo entre el acreedor y el deudor». Omite así distinguir, de un lado, la existencia propiamente dicha de la remisión, para la cual se requiere únicamente la voluntad del acreedor, en tanto titular del derecho de crédito; y, del otro, su eficacia, que exige, sin duda, la aceptación del deudor, como en general corresponde respecto de todo acto de liberalidad».[63]

Disentimos del parecer del profesor Cárdenas.

En primer lugar, porque él considera que la condonación puede ser un acto unilateral. Lo que puede ser unilateral es la remisión de la deuda, figura no regulada por el Código Civil, pero no la condonación, cuyo carácter bilateral nos hemos encargado de subrayar en el estudio de esta figura.[64]

Y es bilateral, porque el pagar no sólo es un deber del deudor, sino también un derecho. Es de esta confusión conceptual que parte la inexistente necesidad manifestada por el grupo de trabajo para intentar modificar el artículo 1295.

Artículo 1296

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1296.- La condonación a uno de los garantes no extingue la obligación del deudor principal, ni la de los demás garantes. La condonación efectuada a uno de los garantes sin asentimiento de los otros aprovecha a todos, hasta donde alcance la parte del garante en cuyo favor se realizó.	Artículo 1296.- Condonación de garantes solidarios La condonación a uno de los garantes solidarios no extingue la obligación del deudor principal, pero sí la de los demás garantes.

La comisión propone precisar en el primer párrafo del artículo 1296, que se trata

[63] CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «La reforma de derecho de obligaciones en el Código Civil de 1984». *Thémis,* 2011, n.° 60, p. 181. Citado en el Anteproyecto de Reforma del 2019, p. 221.

[64] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit*., 2014, vol. IV, pp. 1816 y ss.

de una obligación (de garantía) solidaria.

No estimamos que ello sea necesario, habida cuenta de que siempre se entendió así. Si la obligación fuese mancomunada, la norma carecería de sentido.

También se propone derogar el segundo párrafo del artículo, en razón «de que resulten de aplicación las normas generales de condonación, en función a si las obligaciones, y sus garantías, son mancomunadas y solidarias».

No estamos de acuerdo con ello, en la medida de que el artículo 1296 aborda el tema en torno a la garantía y no en lo que atañe a la obligación principal. Esto significa que el tema no está cubierto por los artículos de obligaciones de sujeto plural (divisibles, indivisibles, mancomunadas y solidarias).

Título IX

Inejecución de obligaciones

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 1314

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.	Artículo 1314.- Responsabilidad por inejecución de obligaciones. Límite 1. El deudor que no ejecuta la prestación conforme a lo establecido en el artículo 1220 responde por los daños y perjuicios. 2. El deudor no responde si acredita que la inejecución de la prestación se produjo por causa no imputable, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

La comisión propone introducir una responsabilidad de carácter objetivo. Por ello propone modificar el artículo 1314, introduciendo en su lugar una norma de dos incisos.

En el inciso 1 se dice que el deudor que no ejecuta la prestación conforme a lo establecido en el artículo 1220 responde por los daños y perjuicios.

Como se recuerda, la comisión ha propuesto modificar el 1220, intentando que cubra todos los principios del pago, planteamiento al que nos hemos opuesto.

Es decir, que bastaría una variación en la ejecución en torno a estos principios, para que el deudor deba pagar una indemnización al acreedor, sin interesar cuál fue el factor de atribución que originó el incumplimiento de la obligación. Esto nos parece excesivo y contrario a la tradición jurídica que al respecto ha regido en el Perú.

Como inciso 2 se establece que el deudor no responde si acredita que la ejecución se produjo por causa no imputable, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

La comisión no ha advertido que de nada sirve imponer un criterio objetivo de

responsabilidad, si las causas no imputables van a seguir liberando al deudor de responsabilidad.

Y es que no podría ser de otra manera, porque en ese caso, si la responsabilidad fuese totalmente objetiva, entonces el deudor siempre tendría que indemnizar.

Hay que advertir, entonces, que las modificaciones que propone la comisión resultan intrascendentes, pues con el actual sistema subjetivo y con los supuestos de causa no imputable, se llega al mismo puerto.

En conclusión, toda esta reforma es, como veremos, inútil.

Artículo 1315

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.	Artículo 1315.- Causa no imputable 1. La causa no imputable consiste en un evento extraordinario e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. 2. El caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero y el hecho determinante del acreedor son supuestos de causa no imputable.

Este artículo regula el caso fortuito o de fuerza mayor. La comisión propone que se detalle en él otros temas.

En primer lugar, lo divide en dos incisos. En el primero señala qué es, en términos generales, la causa no imputable, en los mismos términos de la norma en actual vigencia, pero sin mencionar específicamente el caso fortuito y la fuerza mayor.

En su inciso 2 se encarga de enumerar cuatro supuestos de causa no imputable: el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho determinante de tercero y el hecho determinante del acreedor.

Todos sabemos que estos dos últimos también son supuestos de causa no imputable, a pesar de que en la actualidad el artículo 1315 no haga esta enumeración expresa. En verdad, no creemos que introducirlos en la ley sea necesario, pues se trata de temas ya conocidos y sobre los cuales no nos vamos a referir.

Artículo 1316

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1316.- La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inejecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el	Artículo 1316.- Imposibilidad definitiva de la prestación La obligación se extingue si la prestación se torna imposible por causa no imputable al deudor.

acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere.	

Si bien es cierto el primer párrafo de este artículo no señala expresamente que se trata de una imposibilidad de la prestación por causa no imputable, porque la prestación resulta imposible, ello siempre se ha entendido así; esto, pues si la imposibilidad no fuera definitiva, no tendría sentido el que se extinga la obligación.

De ahí que nos parezca innecesaria la propuesta de modificación del artículo 1316. Además, estas disquisiciones de orden teórico contenidas en el segundo párrafo de la exposición motivos de la comisión, son impropias para sustentar una reforma legislativa.

Artículo 1317

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.	Artículo 1317.- Imposibilidad temporal de la prestación 1. Si la imposibilidad referida en el artículo anterior es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. 2. También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere.

En la propuesta de reforma, se deroga el texto actual del artículo 1317 y se le sustituye por una norma de dos incisos, en la cual se copia, casi textualmente, el texto vigente del artículo 1316; ello, en la línea de pensamiento de la comisión que —como ya lo hemos manifestado— no compartimos.

Artículo 1319

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.	Artículo 1319.- Culpa inexcusable Incurre en culpa inexcusable quien no ejecuta la obligación omitiendo la diligencia mínima exigible de

	acuerdo al contexto en el que se desarrolla la actividad.

Nos parece adecuado que se intente establecer un concepto de culpa inexcusable, dado que hoy sólo se le equipara con la negligencia grave, concepto que tampoco es dotado de contenido por el Código Civil.

Estamos de acuerdo con la propuesta de la comisión a este respecto, pero hubiésemos preferido que, junto con el esfuerzo de dotar de contenido a la culpa inexcusable, se hubiera mantenido el sinónimo de negligencia grave, que lo complementa.

No obstante, concordamos con la objeción efectuada por el profesor Carlos Cárdenas Quirós, cuando, como se anota en la exposición de motivos, manifiesta su discrepancia pues, a su juicio, no diferencia nítidamente los casos de culpa inexcusable y culpa leve.

Agregamos, por nuestra parte, que debió hacerse un esfuerzo de precisión en el artículo 1320, a efectos de puntualizar con mayor detalle el concepto de culpa leve. Ello, lamentablemente, no se hizo.

Artículo 1321

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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.	Artículo 1321.- Indemnización por responsabilidad por inejecución de obligaciones 1. La indemnización por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso comprende todos los daños previsibles al tiempo en que ella fue contraída siempre que sean consecuencia directa de tal inejecución. 2. Si la inejecución de la obligación obedeciera a culpa inexcusable o dolo, el acreedor podrá solicitar adicionalmente los daños imprevisibles a título de pena privada.

Estimamos que se intenta modificar este artículo con una norma que asigna muy similares consecuencias que la vigente.

En ambos supuestos, quien incumple por culpa leve, sólo indemniza los daños y perjuicios previsibles.

En ambos supuestos, quien incumple por culpa inexcusable o dolo, indemniza los daños y perjuicios previsibles e imprevisibles.

Se señala en la propuesta que, en este último caso, los daños y perjuicios imprevisibles se pagan a título de pena privada; en tanto en el artículo 1321 en actual vigencia, se indemnizan a título de daños y perjuicios. Esto, por lo demás, resulta intrascendente, pues en materia indemnizatoria no es relevante la denominación o naturaleza que se le quiera dar a la deuda, sino que ella, efectivamente se pague.

Finalmente, la comisión señala que la norma propuesta ya no hace mención a la «inmediatez», porque ello ha servido de base para que se interprete que en la responsabilidad por inejecución de obligaciones resulta aplicable el criterio de causalidad próxima. Este es un tema meramente doctrinario, impropio de una reforma legislativa.

Señala también que dicha supresión obedece a que el verdadero significado de «inmediatez» ya se encuentra previsto en el artículo 1327.

Esto no queda totalmente claro, ya que esta norma se limita a señalar otro aspecto, que es que «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario». Pero se trata de otro tema, ajeno a la causa próxima o causa remota.

No entendemos, pues, a qué se ha querido referir la comisión, porque el criterio de evitabilidad del daño no es lo mismo que el criterio de inmediatez al que hoy alude el artículo 1321 del Código Civil.

Artículo 1322

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1322.- El daño moral, cuando él se hubiera irrogado, también es susceptible de resarcimiento.	Artículo 1322.- Indemnización por daño a la persona y daño moral El daño a la persona y el daño moral, cuando se hubieren irrogado, también son susceptibles de indemnización.

El texto en vigencia del artículo 1322 incluye el daño moral como susceptible de ser indemnizado, pero no alude al daño a la persona, como sí lo hace el artículo 1984 del propio código, norma de responsabilidad extracontractual.

En ese sentido, la comisión ha querido uniformizar el tratamiento de este tema, a pesar de que, en la práctica, ello resulta innecesario, dado que con respecto al daño a la persona se puede reclamar su resarcimiento sea vía la invocación de daño moral o de daño patrimonial, según corresponda al rubro o supuesto concreto que se pretenda sea resarcido.

Pero, debe quedar sentado que en la actualidad es entendido de manera unánime que el daño a la persona debe ser indemnizado, sea en materia de responsabilidad contractual, sea en materia de responsabilidad extracontractual.

Artículo 1325

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.	Artículo 1325.- Responsabilidad indirecta por la inejecución de obligaciones El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde por los hechos que le resulten imputables a éstos, salvo pacto en contrario.

El texto del artículo 1325 es modificado en función del criterio seguido por el grupo de trabajo y señalado en la exposición de motivos de esta norma, en el sentido de que la responsabilidad ya no dependa de la culpa o el dolo, sino que encuentre su fundamento en el incumplimiento de una obligación cuyo cumplimiento fue garantizado por el deudor al momento de asumirla.

Sin embargo, todo este esfuerzo teórico conduce al mismo punto de llegada que el esquema actual, tanto en la responsabilidad vicaria del artículo 1325 como en el resto

de normas.

Artículo 1327

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1327.- El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.	Artículo 1327.- Evitabilidad del daño La indemnización no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria. Es nulo el pacto en contrario.

En la propuesta se plantea cambiar la palabra «resarcimiento» por el término «indemnización», cambio intrascendente, por cierto.

Además, hoy vale el pacto en contrario respecto a la norma que señala que «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la dirigencia ordinaria».

Esto es normal, siempre y cuando tal pacto se circunscriba a los casos en que el acreedor haya actuado con culpa leve, pero nunca resultaría aplicable para subrayar un proceder del acreedor teñido de culpa inexcusable o dolo (argumento del artículo 1328 del Código Civil). Es verdad que el 1328 se refiere al deudor, pero la lógica de la aplicación de la norma con respecto al acreedor, sería exactamente la misma.

En razón de lo expuesto, no concordamos con la propuesta de la comisión, en el sentido de prohibir el pacto en contrario.

Artículo 1329

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Dentro de su concepción de crear un sistema de responsabilidad civil que no dependa del criterio de imputación objetiva (culpa), la comisión propone, como señala en su exposición de motivos, derogar el artículo 1329.

Debemos decir que esta presunción de culpa leve ha venido funcionando muy bien en el Perú. Además, permite la prueba en contrario, sea para exonerar de responsabilidad al deudor (probando una causa no imputable) o para agravarla, si es que el acreedor prueba la existencia de dolo o culpa inexcusable.

Obviamente no estamos de acuerdo con el planteamiento del grupo de trabajo, no sólo en este tema sino en los demás de inejecución de obligaciones.

Artículo 1333

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1333.- Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora	Artículo 1333.- Constitución en mora Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. No es necesaria la intimación para que la mora exista:

exista: 1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. 2. Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla. 3. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. 4. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.	1. Cuando la ley o el pacto lo declaren expresamente. 2. Cuando la deuda deriva de responsabilidad civil extracontractual. 3. Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera por el solo vencimiento de este. 4. Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación. 5. Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor.

Esta propuesta de modificación se basa en aquélla planteada en el anteproyecto del año 2006, pero con algunos cambios.

Veamos.

En primer lugar, en el año 2019, al igual que en el 2006, la comisión decidió (sólo en apariencia) no variar la regla de mora por intimación establecida en el párrafo introductorio del artículo 1333, cuando señala que «Incurre en mora el obligado desde que el acreedor le exija, judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de la obligación».

Los cambios se producen después, ya en los supuestos en que «No es necesaria la intimación para que la mora exista: […]».

El inciso 1 se mantiene tal cual.

En el inciso 2 se menciona ahora a la responsabilidad extracontractual, en el entendido de que señala sería de justicia relevar al acreedor (víctima del daño) de intimar al deudor. Pero el gran problema estriba en que la comisión no ha planteado modificar el artículo 1238, relativo al lugar de pago, el mismo que establece que será el domicilio del deudor, salvo pacto en contrario (artículo 1238).

De tal manera que, de aceptarse la modificación del artículo 1333, podría suceder que, en materia de responsabilidad extracontractual, el acreedor nunca haya ido a cobrar al deudor y se pensara —equivocadamente— que este último ya esté en mora.

Lo propio podemos decir de la propuesta del nuevo inciso 3 del artículo 1333, cuando se establece como uno de los supuestos de mora automática «Cuando se trate de obligaciones a plazo determinado, en que opera (se entiende que la mora) por el solo vencimiento de éste».

Para este caso también se presentaría el mismo problema, ya que de aceptarse la modificación del artículo 1333, podría suceder que se constituya una obligación con plazo determinado para el pago y, siguiendo lo propuesto por la comisión, se aplicara la mora automática. En tanto en este caso no se hubiera establecido el lugar de pago, de acuerdo a la norma de aplicación supletoria del Código Civil, debería considerarse el domicilio del deudor. En ese sentido, si el deudor deja de pagar porque el acreedor no le va a cobrar, no podría señalarse que el deudor se encuentra en mora, por razones obvias.

El grupo de trabajo deroga el contenido del actual inciso 2 del artículo 1333 «2.- Cuando de la naturaleza y circunstancias de la obligación resultare que la designación del

tiempo en que había de entregarse el bien, o practicarse el servicio, hubiese sido motivo determinante para contraerla»; entendemos que por estar subsumido dentro de los supuestos de obligaciones a plazo determinado, contenido en el proyectado inciso 3.

Por otra parte, mantiene intacto el actual inciso 3, que pasaría a ser el inciso 4 («Cuando el deudor manifieste por escrito su negativa a cumplir la obligación») y el del actual inciso 4, que pasaría ser el inciso 5 («Cuando la intimación no fuese posible por causa imputable al deudor»).

En relación a este último supuesto hubiese sido una buena ocasión para evaluar su permanencia dentro de los casos de mora automática, sobre todo, después de nuestras reflexiones al respecto.[65]

Artículo 1341

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1341.- El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.	Artículo 1341.- Concepto 1. La cláusula penal es el pacto por el cual se estipula una pena destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación, y que puede cumplir además una función de liquidación preventiva y global de un daño eventual. 2. La pena pactada en la obligación tiene por efecto excluir el daño resarcible, debiendo pagarse solamente el monto o la prestación convenida como penalidad, salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. 3. En este último caso, el monto a pagarse o el valor de la prestación a ejecutarse por concepto de penalidad se imputa como parte de los daños y perjuicios probados si fueran mayores, los cuales se rigen por las reglas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones.

La propuesta de modificación de la cláusula penal obedece —a mi entender— a consideraciones fundamentalmente teóricas, buscando introducir en el Código Civil conceptos dogmáticos que, en verdad, nada aportan al tratamiento del tema ni a su funcionamiento práctico.

El artículo 1341 en actual vigencia, es una norma muy clara que comprende los mismos alcances del precepto que propone el grupo de trabajo.

La norma propuesta es muy complicada en su redacción, impropia para el conocimiento de cualquier usuario del Código.

Como decía el ilustre Manuel Augusto Olaechea, el código debe enseñar. Coincidimos con él. Las leyes no deben complicar la vida de la gente; y eso es, precisamente, lo que haría el artículo 1341 del anteproyecto del 2019, si llegara a ser norma legal.

---

[65] OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Tratado de derecho de las obligaciones*. *Op. cit.*, 2014, vol. V, pp. 2387 y ss.

Artículo 1342

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1342.- Cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.	Artículo 1342.- Cláusula penal compensatoria y moratoria Cuando la cláusula penal es compensatoria el acreedor no tiene derecho a exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación. Por el contrario, cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor puede exigir adicionalmente el cumplimiento de la obligación.

Siempre se ha entendido que el artículo 1341 trata en su contenido sobre la cláusula penal compensatoria, en tanto que el artículo 1342 lo hace con respecto a la moratoria y la acordada en seguridad de un pacto determinado.

En ese orden de ideas, no consideramos conveniente que el artículo 1342 se convierta en una especie de pequeño manual sobre la cláusula penal y sus diferentes tipos.

El 1342 debería quedar en su redacción actual, regulando la cláusula penal moratoria o la pactada en seguridad de un pacto determinado. Es obvio —y también lo dice 1342— que además de la penalidad moratoria, el acreedor podría exigir —si lo desea— el cumplimiento de la obligación; ello, a diferencia de la compensatoria, en cuyo caso el exigir la penalidad resulta excluyente de exigir la prestación. En esto también es muy clara la redacción del artículo 1341, cuando alude a devolver la contraprestación. Esto se establece, precisamente, para que no haya desbalance en la relación contractual; porque no se va a poder exigir la prestación. No habiendo prestación que ejecutar, menos habrá contraprestación; salvo, claro está, que se haya ejecutado la contraprestación, en cuyo caso, el artículo 1341 dispone que corresponderá su devolución.

Dentro de tal orden de ideas, estando tan clara la regulación de los efectos de la cláusula penal compensatoria (1341) y de la moratoria y en seguridad de un pacto determinado (1342), no resulta necesaria modificación alguna en estas normas.

Artículo 1343

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1343.- Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.	Artículo 1343.- Exigibilidad de pena Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor. Es válido, pero no constituye cláusula penal, el pacto que tenga una función asegurativa, mediante el cual se devengue un monto dinerario o se ejecute una prestación, inclusive por causa no imputable.

El artículo 1343 es de meridiana claridad. La comisión plantea reproducirlo con algunas modificaciones. En ese sentido, se consigna que «Para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo

puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a causa imputable al deudor». La comisión elimina, del final del artículo vigente, la expresión «, salvo pacto en contrario».

Pero, no lo hace con el ánimo de que no se pueda pactar cláusulas penales para supuestos en que el incumplimiento no resulte imputable al deudor, sino para permitir, en el fondo lo mismo, pero en base a una disquisición de orden teórico, ya que considera «que con dicho tipo de pacto se desnaturalizaría la función punitiva de la cláusula penal».

En ese sentido, para permitir el pacto en contrario que rechaza (en términos teóricos, pero no prácticos), agrega todo un segundo párrafo que dice «Es válido, pero no constituye cláusula penal, el pacto que tenga una función asegurativa, mediante el cual se devengue un monto dinerario o se ejecute una prestación, inclusive por causa no imputable».

Es decir, sólo para dejar sentado un tema meramente teórico, la comisión modifica un artículo y crea un segundo párrafo que, en la práctica, dice lo que todos entendemos con el «salvo pacto en contrario,» de la parte final de la norma en vigencia. Ésas son puras tentaciones académicas.

Artículo 1346

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.	Artículo 1346.- Variación judicial de la pena El juez podrá, inclusive de oficio, previo contradictorio entre las partes, reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva, o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida. Es nulo todo pacto en contrario, así como la renuncia anticipada a solicitar la reducción de la cláusula penal.

Este artículo trata acerca de la posibilidad de que los jueces reduzcan el monto de la cláusula penal pactada, en el supuesto en que así lo solicite el deudor; vale decir que éste recurra a los tribunales ordinarios o arbitrales (de ser el caso) para pedir en su pretensión procesal, claro está, que se reduzca la penalidad, por cualquiera de estas tres razones:

- Por ser manifiestamente excesiva.
- Porque la obligación principal fue parcialmente cumplida (cumplimiento parcial).
- Porque la obligación principal fue irregularmente cumplida (cumplimiento defectuoso).

No ingresaré al análisis de esos supuestos, dado que la comisión no modifica algo al respecto.

Debo dejar constancia de que la discusión que ha tenido lugar durante la vigencia del Código Civil de 1984 y su artículo 1346, ha versado sobre si convenía o no permitir que el deudor solicite la reducción de la cláusula penal. No ha sido objeto de discusión el proponer que el juez la pueda reducir de oficio, pues esto relativizaría aún más la utilidad de la cláusula penal; ello, sobre todo si se tiene en consideración que el

principal cuestionamiento al 1346, es que es la cláusula penal se puede reducir a solicitud del deudor.

Sorprende, en ese sentido, que la comisión no aborde este tema en el 1346, sino que proponga que los jueces puedan, incluso de oficio, reducir la penalidad pactada.

Esto carece de sentido y premiaría indebidamente a un deudor demandado por el cumplimiento de la penalidad y que no reconviene solicitando al juez ordene su reducción.

Además, si no se solicita esa reducción, no debería presumirse que la penalidad pactada es alta, a consideración del deudor.

La comisión agrega al artículo modificado una oración por la que es nulo todo pacto en contrario, así como la renuncia anticipada a solicitar la reducción de la cláusula penal. Esto es innecesario, dado el carácter imperativo del artículo 1346.

Por nuestra parte, consideramos que sí se podría pensar en modificar el 1346, pero en otro sentido, permitiendo la reducción (como ocurre hoy en día), a solicitud del deudor, tanto en los casos de cumplimiento parcial o defectuoso (como también ocurre hoy en día), supuestos de toda justicia, pero restringiendo la solicitud de reducción por ser manifiestamente excesiva a aquellos supuestos que se deriven de contratos celebrados por adhesión o con cláusulas generales de contratación. Es decir, la solicitud de reducción podría estar prohibida en los contratos paritarios o de negociación previa.

Sin embargo, ésta es sólo una idea que estimamos digna de reflexión. Decimos esto, pues incluso en los contratos paritarios podrían presentarse supuestos de cláusulas penales manifiestamente excesivas.

Libro VII

Fuentes de las obligaciones

Sección primera

Contratos en general

Título I

Disposiciones generales

Artículo 1354

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.	Artículo 1354.- Libertad contractual Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, en cuyo caso el contrato será ineficaz, salvo disposición legal distinta.

A nuestra consideración, hace mal el grupo de trabajo al asignar la ineficacia como consecuencia de que un contrato sea contrario a norma legal de carácter imperativo.

En estos casos el contrato se habría celebrado violando una disposición expresa de la ley. En ese sentido, al no poderse celebrar con tal contravención, la consecuencia

debería ser la nulidad del contrato y no solamente su ineficacia, lo que implicaría el que siga jurídicamente vivo (válido), pero con la imposibilidad de surtir efectos jurídicos.

Además, no debemos olvidar que es muy probable que la norma legal imperativa en cuestión, también sea de orden público, en cuyo caso el contrato sería nulo y no sólo ineficaz, por aplicación de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

Esto determinaría una solución dual para dos contratos contrarios a la ley, lo que carecería de sentido.

Artículo 1355

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1355.- La ley, por consideraciones de interés social, público o ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.	Artículo 1355.- Límite a la autonomía privada La ley, por consideraciones de interés público, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

El artículo 1355 establece que «La ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos».

Cabe señalar que el Ministerio de Justicia estima que esta norma podría estar derogada, habida cuenta de que en el SPIJ se indica lo siguiente: «Mediante oficio n.º 970-2013-MP-FN-OAJ de fecha 24 de octubre de 2013, enviado por la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio Público, se indica que el presente artículo estaría derogado tácitamente en atención a lo establecido en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, al establecer que la libertad de contratar dentro del modelo económico actual, impide que los términos contractuales sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

En el proceso formativo de la actual Constitución Política, se generaron opiniones encontradas con respecto a este extremo de artículo 62. Recuerdo que mi profesor de Contratos, el maestro Manuel de la Puente y Lavalle estaba en contra del proyecto, por considerar que las normas contractuales siempre podían ser modificadas al evolucionar la legislación positiva.

En cambio, mi antiguo maestro de prácticas, el doctor Manuel Pablo Olaechea du Bois, estaba a favor, por considerar que el mero precepto constitucional otorgaría una mayor estabilidad jurídica a la contratación en el Perú.

La norma se aprobó y es el artículo 62 la Constitución Política de 1993.

Sin embargo, en la práctica este precepto no ha sido dique de contención para impedir que por normas legales se modifique las consecuencias de disposiciones contractuales pactadas con antelación.

La tesis de la impermeabilidad de las normas contractuales, por tanto, no prevaleció en la práctica legal peruana.

En ese sentido, la impresión inicial de que el artículo 1355 habría sido derogado tácitamente por el referido artículo 62 de la Constitución, se fue desvaneciendo con el

paso de los años.

Así, no compartimos el parecer del Ministerio Público y consideramos que el artículo 1355 sigue en plena vigencia.

Hecha esta necesaria e importante precisión, pasaremos a estudiar la propuesta de modificación del 1355, que plantea el grupo de trabajo en el anteproyecto del 2019, en el que sugiere suprimir las referencias al interés social o ético, por considerarlas subsumidas en la noción de «interés público».

No estamos de acuerdo con la propuesta. La consideramos inútil. Si la comisión estima que los conceptos que suprime están incluidos en el que quedaría formando parte de la norma, entonces eso significa que cree en la bondad de los mismos. Si ese es el caso, ¿qué se ganaría con suprimir los del 1355? Nada.

Artículo 1362-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 1362-A.- Responsabilidad precontractual El incumplimiento imputable de un deber precontractual generará la obligación de la parte infractora de indemnizar los daños que se generen a su contraparte.

La doctrina peruana siempre ha sido consistente en considerar que la responsabilidad precontractual deriva del deber de negociar con buena fe, contenido en el artículo 1362 del Código Civil.

En lo que, tal vez, ha habido discusión es en lo que respecta a su naturaleza jurídica. Hay quienes la consideran contractual, otros extracontractual y algunos otros la consideran con autonomía propia.

Siempre la he considerado extracontractual, pues resulta obvio que ella no se basa en el incumplimiento de alguna obligación nacida de fuente contractual, sino en el deber legal de negociar con buena fe (1362) y en el deber general de no causar daño a otro (argumento de artículo 1969).

Además, al ser extracontractual se regiría por una normativa positiva estructurada de manera orgánica (artículos 1969 a 1988).

La comisión propone de manera inútil otorgarle un artículo especial (el 1362-A), en el que le concede carta de ciudadanía. Pero, ¿cuál sería la normativa aplicable a ese tipo de responsabilidad, al no tener preceptos propios?

No me cabe duda de que debería ser la extracontractual, porque —precisamente— no hubo contrato. Sin embargo, el tema ahora resultaría más debatible.

Entonces, nos deberíamos preguntar si la práctica jurídica peruana habría avanzado algo con el precepto que propone el grupo de trabajo.

Dado que el tema ya está regulado en el artículo 1362 en vigencia, queda claro que el 1362-A no aporta nada nuevo, ni bueno.

Artículo 1370

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1370.- La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.	Artículo 1370.- Rescisión. Efectos 1. La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo. 2. La rescisión se declara judicial o arbitralmente y tiene lugar sólo en los casos establecidos por ley. 3. Los efectos de la rescisión se retrotraen al momento de la celebración del contrato, pero quedan a salvo los derechos de tercero adquiridos de buena fe. 4. Lo establecido en este artículo no admite pacto en contrario.

La comisión propone que el artículo 1370 no sólo señale, como ocurre en la actualidad, en qué consiste la rescisión, sino que la norma comprenda todos sus efectos, que hoy están contenidos en el artículo 1372, junto con los de la resolución.

En primer término, creo que la comisión persiste en el error del legislador de 1984, en el sentido de seguir distinguiendo rescisión y resolución, cuando ambas figuras, más allá de tener innumerables semejanzas, son reguladas por la Real Academia Española bajo el término «rescisión».

En lo que respecta al artículo 1370, la norma propuesta por la comisión se encuentra conformada por cuatro incisos.

El primero de ellos no representa novedad, en tanto es una copia del texto actual.

El inciso segundo es tomado del segundo párrafo del artículo 1372 en vigencia y señala que la resolución se declara judicial o arbitralmente y tiene lugar sólo en los casos establecidos por la ley.

En el tercero de los incisos se indica que los efectos de la recisión se retrotraen al momento de la celebración del contrato, afirmación que el código ya establece. Además, se señala lo que nadie cuestiona, esto es, que quedan a salvo los derechos de terceros adquiridos de buena fe, lo que por lo demás, constituye hoy una norma legal en el artículo 1372, *in fine*.

Por último, en el inciso cuarto se precisa que lo establecido en la norma no admite pacto en contrario.

Con el artículo 1370, entonces, el grupo de trabajo propone introducir en este precepto todo lo relativo a la recisión y diferenciarlo de lo dispuesto en el 1372, que en el anteproyecto se restringe a regular la resolución.

De esta parte del Código únicamente se habría dejado, tal cual, el artículo 1371, que establece que la resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración.

En síntesis, nos pronunciamos en contra de la propuesta de reforma del artículo 1370, por ser innecesaria.

Artículo 1372

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1372.- La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben rembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe.	Artículo 1372.- Resolución. Efectos 1. Los efectos de la resolución se retrotraen al momento de la celebración del contrato, salvo el caso de contratos de ejecución continuada o periódica en los que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. 2. Cuando la prestación no pueda ser restituida en especie, se pagará su valor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1236. 3. Lo establecido en los dos numerales precedentes admite pacto en contrario. 4. En ningún caso se perjudican los derechos de tercero adquiridos de buena fe.

Esa similitud en los efectos de la recisión y de la resolución, que ya hemos resaltado, es más evidente cuando analizamos el proyectado artículo 1372.

En él, el grupo de trabajo plantea que los efectos de la resolución se retrotraigan al momento de la celebración del contrato, salvo el caso de los contratos de ejecución continuada o periódica, en que los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Ésa es una distinción inútil, porque evidentemente si resolvemos un arrendamiento no vamos a retrotraernos hasta el principio, porque no hay forma en que se deba devolver la renta recibida ni devolver el uso que se hizo del bien.

Así las cosas, la modificación sugerida puede calificarse como una modificación de aula.

Nadie interpretó nunca lo contrario; nadie nunca interpretó que en la resolución de un contrato de arrendamiento se tenga que retrotraer todo desde el momento del inicio de la relación contractual.

Además, en realidad, la norma actual está bien hecha, porque cubre todos los supuestos, al indicar que, tanto en los casos de resolución como de rescisión, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Es un error afirmar, como lo hace la comisión, que la regla deba ser que en la resolución los efectos se retrotraigan al momento de la celebración del contrato, porque al momento de la celebración del contrato no había vicio, con lo cual no pueden retrotraerse a ese momento los efectos de una resolución, o sea la ineficacia al momento de la celebración, porque en ese momento no había nada que atacar del acto. Así, los efectos tienen que retrotraerse al momento de la causal que motiva la resolución, que siempre son posteriores por tratarse de una causal sobreviniente, tal como lo dispone el artículo 1371 del Código Civil.

El problema es que se confunde la ineficacia contractual con la restitución de

las prestaciones, como manda el actual artículo 1372. El contrato queda sin efecto a partir de que se produce la causal; no se puede decir que el contrato no surtía efectos hasta antes de incumplirse y dar lugar a la resolución contractual. Por supuesto que surtió efectos; ocurre que por una cuestión de equidad tenemos que restituir las prestaciones, lo que, insistimos, no significa que sea ineficaz en el momento de la celebración del contrato, porque sí ha surtido efectos.

Artículo 1372-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 1372-A.- Frustración del fin del contrato 1. Si el propósito común perseguido por las partes del contrato se frustra definitivamente de forma sobrevenida por causa no imputable a aquellas, el contrato queda resuelto de pleno derecho, salvo pacto en contrario. 2. Si la frustración es temporal, el contrato se resolverá de pleno derecho, solo si dicha temporalidad impide el cumplimiento oportuno de una obligación de carácter esencial.

El grupo de trabajo propone crear una norma para la regulación de la frustración del fin del contrato.

Este tema también se conoce como la frustración de la causa.

La solución que plantea la comisión es que el contrato quede resuelto de pleno derecho. El primer problema radica en que, si se produce la frustración de la causa, ella deberá ser invocada por alguna de las partes. Resulta evidente que, si ninguna la invocara, por más de que se haya producido tal frustración, el derecho no podría considerar que el contrato ya se ha resuelto de pleno derecho.

Tendría que haberse seguido un procedimiento resolutorio. Entendemos que se podrían aplicar, *mutatis mutandis*, los procedimientos resolutorios existentes en el Código Civil, vale decir los artículos 1428 y 1429. También sería posible asumir como aplicable el artículo 1430. Claro que no sin dificultades teóricas, pues estas tres normas regulan la resolución por incumplimiento y no la resolución por frustración de la causa.

Entonces, la comisión debió haber establecido un procedimiento por el cual se pueda lograr esta solución.

No obstante, no estamos convencidos de que nos encontremos frente a un supuesto de resolución, sino ante uno de nulidad sobreviniente, pues si se produce un supuesto sobreviniente de ausencia de causa, el acto jurídico habrá dejado de tener causa, elemento esencial de todo acto jurídico.

Título II

El consentimiento

Artículo 1381

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 1381.- Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa o si el destinatario ha hecho una invitación a ofrecer, se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación. La prueba de la costumbre y de la invitación a ofrecer corresponde al oferente.	Artículo 1381.- Aceptación excepcional 1. Si la operación es de aquellas en que no se acostumbra la aceptación expresa se reputa concluido el contrato si la oferta no fue rehusada sin dilación o dentro del plazo de vigencia correspondiente. 2. La prueba de la costumbre corresponde a la parte que invoque la celebración del contrato.

En verdad, nos parece inconducente la propuesta que se plantea en lo que respecta al artículo 1381.

Ello, porque i) la norma no ofrece problemas prácticos; ii) porque es adecuada la referencia a la invitación a ofrecer; iii) porque es obvio que parte del supuesto en que la oferta no tiene plazo designado por el oferente, pero si en realidad la oferta tuviese plazo, el mismo debería ser agregado a la inmediatez a la que hace referencia el precepto.

Además, el segundo párrafo de la norma en vigencia hace muy bien en referirse a la prueba, no sólo de la costumbre, sino también de la invitación a ofrecer.

Artículo 1398

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.	Artículo 1398.- Nulidad de estipulaciones 1. En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación, son nulas aquellas estipulaciones que, en contra de la buena fe, establezcan en detrimento del adherente, un desequilibrio esencial entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. 2. La nulidad de la cláusula abusiva no perjudica a las otras.

El anteproyecto del 2006 planteaba aumentar el texto del artículo 1398, detallando con minuciosidad un número de diez cláusulas abusivas.

Era, sin duda, una norma excesiva y defectuosa.

Pero, el anteproyecto del 2019 contiene un artículo que se va al otro extremo, estableciendo supuestos demasiado amplios de cláusulas vejatorias.

Así, en el inciso 1 señala como cláusulas vejatorias aquellas estipulaciones que, en contra de la buena fe, establezcan en detrimento del adherente, un desequilibrio esencial entre derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En primer lugar, esta norma peca por ambigua al remitir la condición de vejatoria a un proceder de buena fe. Además, se trata de una buena fe existente al momento de la celebración del contrato o de la cláusula contractual cuestionada. ¿Cómo saber este alcance?

En segundo término, se tendría que analizar si estas cláusulas se han pactado en detrimento del adherente, lo que podría ser subjetivo.

Y, en tercer término, se tendría que analizar si estas cláusulas ocasionan un

desequilibrio esencial entre derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

¿Qué es un «desequilibrio esencial»? No lo sé, pero el término es altamente ambiguo.

Entonces, después de leer la norma propuesta y su peligrosa vaguedad de conceptos, que podrían dar lugar a acciones de nulidad arbitrarias, debemos concluir en que el artículo 1398 en actual vigencia es una norma altamente superior que la que propone la comisión.

Por lo demás, la doctrina contractual peruana coincide en afirmar que el artículo 1398 en actual vigencia, no es una norma que establezca una relación de supuestos de carácter *numerus clausus*; simplemente se trata de una enumeración referencial.

Artículo 1398-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 1398-A.- Cláusulas abusivas Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se consideran cláusulas abusivas, entre otras, las que establezcan en favor de quien las ha redactado: 1. Exoneraciones o limitaciones de la responsabilidad. 2. Facultades de suspender la ejecución del contrato, de resolverlo o de dejarlo sin efecto por receso, salvo en los casos previstos por la ley. 3. Facultades de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones. 4. Facultades de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Pero el grupo de trabajo ha estimado pertinente crear un artículo 1398-A, en el que se establezca —a título referencial— cuatro cláusulas vejatorias o abusivas, con un contenido que se basa en el texto del artículo 1398 en actual vigencia.

Esto es inútil y el 1398-A demuestra que para la propia comisión es demasiado vago o amplio el texto del artículo 1398 propuesto por ella misma. ¡O es uno (el 1398) o es el otro (el 1398-A); pero no los dos!

Título III

Objeto del contrato

Artículo 1402

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1402.- El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones.	Artículo 1402.- Efecto del contrato El contrato tiene como efecto crear, regular, modificar, determinar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas patrimoniales.

La comisión propone reformar el texto del artículo 1402, referido al objeto del

contrato.

Así, en primer término, deja de referirse al «objeto del contrato» y pasa a hacerlo en relación a los «efectos del contrato». Entiendo que esta es una discusión teórica, en la medida de que se puede entender que siendo las obligaciones el objeto de los contratos, sería válido decir que constituye su objeto la creación, regulación, modificación o extinción de obligaciones; pero también sería lícito el referirnos al tema como efectos del contrato, siendo la creación, regulación, modificación y extinción, el efecto; en tanto que las obligaciones mismas que sean creadas, reguladas, modificadas o extinguidas, serían su objeto.

Más allá de esta distinción, cuyos efectos prácticos no son relevantes, la comisión agrega la «determinación» de tales obligaciones, como lo hizo en el artículo 140, que recoge el concepto de acto jurídico. Nos remitimos a lo expresado sobre este particular.

Por otra parte, se propone modificar la palabra «obligaciones» por la expresión «relaciones jurídicas patrimoniales». Esto también carece de relevancia.

Artículo 1403

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1403.- La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles.	Artículo 1403.- Requisitos de la prestación y de la utilidad 1. La prestación debe ser posible y determinada o determinable. 2. El objeto de la prestación debe ser determinado o determinable y de contenido patrimonial.

El propio artículo 1403 en su texto vigente, resulta una norma prescindible, pues se puede arribar a similares conclusiones en base en la normativa general de acto jurídico y de contratos.

En ese sentido, reformarlo nos parece otra demasía. Suficiente sería con dejarlo incólume. Por lo demás, el citado precepto no ofrece problemas en la práctica jurídica.

Artículo 1404

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1404.- La licitud de la obligación o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella en un contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.	Artículo 1404.- Contrato sujeto a condición o plazo suspensivo 1. La licitud y la posibilidad del objeto de un contrato se apreciarán al momento de su celebración. 2. Sin embargo, en el contrato sujeto a condición o a plazo suspensivo, la licitud y la posibilidad se apreciarán al momento del cumplimiento de la condición o del vencimiento del plazo.

Se propone incluir un inciso 1 que establezca que «La licitud y la posibilidad del objeto de un contrato se apreciarán al momento de su celebración». Nos preguntamos si alguna vez se ha pensado lo contrario. Esta norma no existe en la actualidad, pero la

solución que propone es absolutamente obvia. Por tal razón, el precepto devendría en inútil.

En el proyectado inciso 2 se propone regular, con otras palabras, lo mismo que establece en la actualidad el artículo 1404.

Toda una pérdida de tiempo.

Artículo 1405

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1405.- Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.	Artículo 1405.- Nulidad del contrato sobre el derecho de suceder 1. Puede contratarse respecto del derecho a participar en un patrimonio hereditario ya causado, quedando el cedente obligado a garantizar su calidad de heredero. 2. Los contratos cuyos efectos se supediten, bajo cualquier modalidad, al fallecimiento de una persona, son válidos. 3. Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora, salvo disposición legal expresa.

La modificación propuesta para una norma tan clara como ésta, parte del inútil planteamiento de la comisión de restringir el ámbito de la regulación de la cesión de derechos, a la cesión de créditos. Por este motivo, habría que regular en otro extremo del Código (aquí) la cesión de derechos hereditarios.

La comisión se ha creado un problema por gusto.

De ahí también proviene la necesidad de regular el inciso 1, porque la comisión propone derogar el artículo 1209 de cesión de derechos (que versa sobre la cesión de derechos hereditarios).

El propuesto inciso 3 recoge el concepto del actual artículo 1405, en el sentido de que «Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora», pero agrega «salvo disposición legal expresa». En verdad, no sabemos de dónde podría provenir esa disposición legal expresa, ni tampoco si ella existe. Esto, pues la comisión no se pronuncia al respecto en la exposición de motivos.

Por último, el grupo de trabajo plantea la creación de un inciso 2, que establezca que «Los contratos cuyos efectos se supediten, bajo cualquier modalidad, al fallecimiento de una persona, son válidos».

Estamos de acuerdo con la introducción de esta norma, en la medida de que el artículo 1405 se refiere a los pactos sucesorios; y podría entenderse que el inciso 2 se refiere a alguna especie de los mismos, cuando ello no es así, pues entendemos que el inciso 2 no se refiere —obviamente— ni a los casos cubiertos por el inciso 1, ni a aquellos tratados en el inciso 3, sino a contratos no vinculados a pactos que, simplemente, supediten sus efectos al fallecimiento de una persona. Estos pactos siempre han sido

válidos y nunca han necesitado de una norma que así lo establezca. Ejemplos, la renta vitalicia, una servidumbre vitalicia; y, con la reforma, un usufructo vitalicio, etc.

Artículo 1407

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1407.- Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo.	Artículo 1407.- Determinación por un tercero 1. Si la determinación de la prestación o de su objeto es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo. 2. Si falta la determinación del tercero o si ésta es inicua, errónea o no se ajusta a los criterios objetivos fijados por las partes, éstas deberán remplazar al tercero; y, de no ponerse de acuerdo, la determinación será hecha por el juez o árbitro, atendiendo a la buena fe y común intención de las partes.

La modificación que el grupo de trabajo propone para el primer párrafo de la nueva norma se basa en la opinión expresada por mí en 1998 en *Tentaciones académicas*.[66] Agradecemos el que ella se haya recogido.

Lo que ocurre es que la determinación de la obligación jamás podría deferirse a un tercero, pues simplemente no habría obligación alguna. Lo que se puede deferir a un tercero es la determinación de la prestación, en el caso de obligaciones alternativas; o la determinación del objeto de la prestación, en el caso de las obligaciones de dar bienes inciertos.

El artículo 1407 trata acerca del arbitrio de equidad o *boni viri*. La norma vigente no establece cuál es la consecuencia de si el tercero no realiza tal determinación.

En ese sentido, el grupo de trabajo propone dividir la norma en dos incisos, quedando en el 1 los conceptos de la norma vigente; y en el inciso 2, las consecuencias de la no determinación deferida el tercero.

Este inciso propone que ante la falta de determinación del tercero o si ésta es inicua, errónea o no se ajusta a los criterios objetivos fijados por las partes, éstas deberán reemplazar al tercero; y, de no ponerse de acuerdo, la determinación será hecha por el juez o árbitro, atendiendo a la buena fe y común intención de las partes.

A nuestro criterio, se trata de una buena idea, ya que otorga una solución práctica al tema.

Artículo 1408

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1408.- La determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se	Artículo 1408.- Determinación de tercero 1. La determinación librada al mero arbitrio de un

[66] CASTILLO FREYRE, Mario. *Tentaciones académicas. La reforma del Código Civil peruano de 1984*. *Op. cit*., 1998, tomo II, pp. 844-845.

prueba su mala fe. Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo.	tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe. 2. Si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato se extingue, debiendo procederse a la restitución de las prestaciones ejecutadas, de ser el caso.

Este artículo regula el mero arbitrio o *arbitrium merum*.

La comisión propone que el primer párrafo de la norma en vigencia pase a ser el inciso 1 de la nueva; en tanto el concepto del segundo párrafo vigente pasaría a integrar de manera parcial, el inciso 2 de la nueva norma, en donde la solución a la falta de determinación del tercero y ante la falta de acuerdo de los contratantes para sustituirlos, ya no sería la nulidad del contrato, sino su extinción.

La comisión duda en torno a si los efectos de la situación debe ser la nulidad o la ineficacia. En ese sentido, opta por decir que el contrato se extingue, dejando —*ex profeso*— el tema a que la jurisprudencia establezca el criterio teórico correcto.

Siempre hemos dicho que los códigos civiles no se pueden modificar por veleidades como éstas; puras tentaciones académicas.

La solución del artículo 1408, segundo párrafo, en vigencia, es muy clara y, por más debatible que resulte en el plano teórico, ella no ofrece dificultades prácticas.

Artículo 1409

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1409.- La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre: 1. Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley. 2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa.	Artículo 1409.- Bienes y titularidades materia de contratación El contrato puede versar sobre: 1. Bienes futuros, antes de que existan en especie, y también la esperanza incierta de que existan, salvo las prohibiciones establecidas por la ley. 2. Bienes ajenos o afectados en garantía o embargados o sujetos a litigio por cualquier otra causa. 3. Titularidades de derechos patrimoniales.

Este artículo versa en la actualidad sobre los bienes susceptibles de constituir el objeto de una prestación.

Debemos subrayar que esta norma nunca ha tenido por finalidad el regular la generalidad de prestaciones que pueden ser objeto de prestaciones contractuales.

En ese sentido, el grupo de trabajo hace mal en incluir un inciso 3 a la norma, en el que menciona a las «Titularidades de derechos patrimoniales». En este concepto incluye, según señala en la exposición de motivos, a los derechos potestativos y a los derechos reales.

Procede de esta forma, según dice, por haber restringido el ámbito de la cesión de derechos a la cesión de créditos. Una prueba más de que no lo debió hacer.

Por otra parte, la inclusión es impertinente, pues en estricto, ya el 1409 no sólo

se referiría a los bienes objeto de prestaciones contractuales, sino a otras titularidades, dejando en el aire a todas las prestaciones de hacer y de no hacer.

Título IV

Forma del contrato

Artículo 1411

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1411.- 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.	Artículo 1411.- Formalidad La forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito para la validez del acto, salvo prueba en contrario.

Introducir la posibilidad de que se pruebe en contra del hecho de que la forma que las partes convienen anticipadamente y por escrito es requisito para la validez del acto, debilita la norma y hace que se ingrese al terreno de la discusión.

Por ello, mil veces mejor, el clarísimo texto del artículo 1411, en actual vigencia.

Artículo 1413

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1413.- Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato.	Artículo 1413.- Formalidad para modificar el contrato 1. Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita por ley para ese contrato, bajo sanción de nulidad; 2. Tratándose de contratos sin formalidad legal, se presume que las partes subordinan la eficacia de las modificaciones a la observancia seguida para la celebración.

La norma actual es muy clara, cuando establece que «Las modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato».

La comisión complica notablemente el precepto, distinguiendo aquellas modificaciones que se haga a un contrato con forma establecida por la ley, las cuales deberán hacerse siguiendo la misma formalidad, y bajo sanción de nulidad; de aquellas modificaciones que se hagan a los contratos sin formalidad legal, caso en el cual se presumiría que las partes subordinan la eficacia de las modificaciones a la observancia requerida para la celebración.

La verdad es que se trata de una norma muy complicada, que plantearía la existencia de modificaciones informales válidas, pero ineficaces hasta que se cumpla con la finalidad que las partes se impusieron al celebrar el contrato original.

Si bien en el plano teórico es correcto el planteamiento contenido en la propuesta de inciso 2, su aplicación práctica llenaría de confusión a los usuarios.

En verdad, preferimos el texto claro y conciso de la norma en vigencia.

Título V

Contratos preparatorios

Artículo 1417

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1417.- El compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo en el artículo 1416 y así sucesivamente.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Concordamos con el parecer del grupo de trabajo y la razón que lo mueve a proponer derogar este artículo, el mismo que carece de toda pertinencia desde que la Ley n.° 27420 del 7 de febrero de 2001 modificó el texto del artículo 1416, que establecía que el plazo del compromiso de contratar no sería mayor de un año.

Artículo 1424

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1424.- Al vencimiento de la opción, las partes pueden renovarla por un plazo no mayor al máximo señalado en el artículo 1423 y así sucesivamente.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Coincidimos con esta propuesta por similares argumentos que los vertidos con ocasión de artículo 1417. En el caso del 1424, el mismo perdió todo sentido al haberse modificado el 1423.

Título VI

Contrato con prestaciones recíprocas

Artículo 1429-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 1429-A.- Resolución por vencimiento del plazo esencial En el caso del artículo 1428, la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra, puede resolver el contrato, sin necesidad de intimación, cuando el plazo previsto para el cumplimiento haya sido esencial para el acreedor. Para tal efecto, será necesario que éste comunique su decisión de resolver el contrato.

Estoy de acuerdo con esta propuesta. Sería muy útil la resolución por vencimiento del plazo esencial, hoy no regulada en el Código Civil.

Además, su regulación se hace necesaria, en la medida de que el mecanismo de resolución extrajudicial por incumplimiento, regulado por el artículo 1429, parte de la necesidad de autorizar un plazo mínimo de 15 días al deudor incumpliente para que satisfaga la prestación; haciendo que no pueda recurrir a este mecanismo resolutorio el acreedor perjudicado por el incumplimiento del deudor de una obligación con plazo esencial.

Título VII

Cesión de posición contractual

Artículo 1439

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1439.- Las garantías constituidas por terceras personas no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas.	Artículo 1439.- Garantías Las garantías constituidas por terceras personas para respaldar el cumplimiento del cedente, no pasan al cesionario sin la autorización expresa de aquéllas. Las constituidas para respaldar el cumplimiento del cedido permanecen a favor del cesionario.

No existe necesidad de reformar esta norma. Sólo una lectura antijurídica de la misma podría llevar a la conclusión de que con la cesión de posición contractual se extinguen las garantías constituidas por terceras personas en resguardo del cumplimiento de las obligaciones del cedido (parte cedida).

Es obvio que por un tema de respeto a las garantías y al riesgo que asumieron quienes las otorgaron, sólo se extinguen las garantías otorgadas a favor del cedente (parte cedente).

Título XIII

Arras confirmatorias

Artículo 1478

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1478.- Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras.	Artículo 1478.- Efectos de las arras confirmatorias 1. Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras. 2. En ambos casos, el juez podrá, inclusive de oficio, previo contradictorio de las partes, reducir equitativamente las arras cuando sea (sic) manifiestamente excesiva (sic). Es nulo todo pacto en contrario, así como la renuncia anticipada a solicitar la reducción de las arras.

Nos parece absurdo que se quiera permitir la posibilidad de que la parte que va a perder las arras solicite al juez su reducción por ser «manifiestamente excesivas»; ¡y hasta que el juez las reduzca de oficio!

La comisión no sólo pretende restar solidez a la cláusula penal con la posibilidad de que el juez reduzca de oficio la penalidad pactada (propuesta de 1346).

Ahora también pretende hacerlo con las arras, por lo demás, sin que esta idea haya sido objeto de debate jurídico ni de necesidad práctica alguna. Se trata, obviamente, de una tentación académica (y de las malas, por cierto).

Título XIV

Arras de retractación

Artículo 1481

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1481.- Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante. Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho.	Artículo 1481.- Efecto (sic) de la retractación Si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante. Si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas, quedando el efecto extintivo del contrato supeditado a la efectiva devolución de las arras dobladas.

Nos parece positiva la propuesta, en el sentido de que se ata el efecto extintivo del contrato (relación contractual) a la efectiva devolución de las arras dobladas; ello, en caso se retracte quien recibe las arras. Esto, para evitar abusos.

Sección segunda

Contratos nominados

Título I

Compraventa

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 1529

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1529.- Por la compraventa el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.	Artículo 1529.- Noción Por la compraventa el vendedor transfiere o se obliga a transferir la propiedad de un bien al comprador y éste a pagar su precio en dinero.

Esta modificación es tan inútil como lo es aquella que la comisión propone para el artículo 949, relativo a la transferencia de la propiedad inmueble.

El 949, en la propuesta de la comisión, transfiere directamente la propiedad inmueble; en el texto en vigencia, lo hace la obligación objeto de ese contrato.

En ese orden de ideas, es claro que, si por la compraventa me obligo a transferir la propiedad de un bien, sería la obligación la que se ejecute; no el contrato.

Pero, si se asume la lógica del grupo de trabajo en el artículo 949, sería el contrato de compraventa el que transferiría, por sí solo, la propiedad del bien.

En ese sentido es que la comisión propone que el artículo 1529 relativo al concepto de compraventa, distinga el supuesto en que el propio contrato transmite propiedad, de aquel otro en el cual el vendedor se obliga a transferir esa propiedad, supuesto constituido por los casos de ventas de inmuebles en que se pacta en contra de la regla del 949 y los casos de venta de bienes, donde no rige esta regla, sino la de la tradición o entrega del bien.

Sin duda, la propuesta de modificación del artículo 1529 es otra tentación

académica.

Capítulo segundo

El bien materia de la venta

Artículo 1534

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1534.- En la venta de un bien que ambas partes saben que es futuro, el contrato está sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia.	Artículo 1534.- Compraventa de bien futuro 1. En la compraventa de bien futuro, si el bien no llega a existir ulteriormente, y las partes no han querido concluir un contrato aleatorio, la compraventa devendrá en ineficaz y el comprador tiene derecho a la restitución del precio pagado. 2. La transferencia de propiedad del bien está supeditada a que éste llegue a tener existencia.

En el último párrafo de la exposición de motivos de esta norma, el grupo de trabajo señala que «En virtud de este tratamiento normativo ya no se generaron confusiones, tanto en la teoría como en la práctica sobre estas modalidades (se refiere a las tres existentes) de compraventa de bien futuro».

Esas «confusiones» tal vez puedan surgir de un desconocimiento del tema, pero no del contenido de los artículos 1534, 1535 y 1536 del Código Civil, que tratan la materia de modo muy preciso.

Así, el artículo 1534 regula la compraventa de bien futuro absolutamente conmutativa, en la cual el comprador no asume riesgo alguno; el artículo 1535 trata acerca de una compraventa conmutativa de bien futuro, en la cual el comprador no asume el riesgo de existencia, pero sí de cuantía y/o calidad del bien; en tanto el artículo 1536 aborda la compraventa de bien futuro totalmente aleatoria.

Dentro del orden de ideas, no hay nada que aclarar en estos preceptos, cuya aplicación práctica está trazada de modo muy preciso.

Artículo 1535

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1535.- Si el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro, el contrato queda igualmente sujeto a la condición suspensiva de que llegue a tener existencia. Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá desde ese momento todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio.	Artículo 1535.- Riesgo de cuantía y calidad 1. Lo dispuesto en el artículo 1534 es de aplicación también para el caso en que el comprador asume el riesgo de la cuantía y calidad del bien futuro. 2. Empero, si el bien llega a existir, el contrato producirá todos sus efectos, cualquiera sea su cuantía y calidad, y el comprador debe pagar íntegramente el precio.

Hacemos de aplicación a la propuesta de reforma de este artículo los comentarios vertidos con ocasión del estudio del artículo 1534 del anteproyecto.

Capítulo sexto

Transferencia del riesgo

Artículo 1569

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1569.- En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida, se aplicará el artículo 1568 si, encontrándose los bienes a su disposición, el comprador no concurre en el momento señalado en el contrato o determinado por el vendedor para pesarlos, contarlos o medirlos, siempre que se encuentren a su disposición.	Artículo 1569.- Compraventa por peso, número o medida En el caso de compraventa de bienes por peso, número o medida, se aplicará el artículo 1568 si, encontrándose los bienes a su disposición, el comprador no concurre en el momento señalado en el contrato o determinado por el vendedor para pesarlos, contarlos o medirlos.

Para propuestas como ésta no se constituye una comisión reformadora de un Código Civil.

Título III

Suministro

Artículo 1614

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1614.- En caso de haberse pactado la cláusula de preferencia en favor del suministrante o del suministrado, la duración de la obligación no excederá de cinco años y se reduce a este límite si se ha fijado un plazo mayor.	Artículo 1614.- Pacto de preferencia De haberse convenido un pacto de preferencia en un suministro exclusivo a favor del suministrante o del suministrado, la vigencia del pacto contenido en dicha cláusula no podrá ser mayor de cinco años. Si se ha convenido un plazo mayor, este se reduce a dicho límite.

Según la comisión, el pacto de preferencia sólo encuentra justificación en un contrato con exclusividad, razón por la cual propone se modifique el artículo 1614, uniendo ambos pactos.

En verdad, más allá de la inutilidad de un pacto de preferencia sin exclusividad, el artículo 1614, que regula el pacto de preferencia sin necesaria exclusividad, ha venido funcionando bien. Ya depende de los contratantes y no de la fuerza la ley, el que suministrante y suministrado, pacten un pacto de preferencia con o sin exclusividad.

Por esos motivos no estamos de acuerdo con que se modifique el artículo 1614 del Código Civil.[67]

Título IV

Donación

Artículo 1623

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)

[67] Por lo demás, éstos no son los principales defectos en la regulación del contrato de suministro. Ver CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú-Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, tomo 1, pp. 21 y ss.

Artículo 1623.- La donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato.	Artículo 1623.- La donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda de una Unidad Impositiva Tributaria, vigente al momento en que se celebre el contrato.

La modificación es poco relevante en función de la cuantía (elevar del 25% de una UIT a una UIT). En razón de todo lo que hemos escrito sobre el particular, hemos subrayado la poca utilidad de esta norma; y decimos que el artículo 1626 se convierte en una buena válvula de escape.

Pero, independientemente de ello, si se quiere mantener la real vigencia del artículo 1623, lo ideal hubiese sido elevar aún más el límite, a unas dos o tres UIT's.

Por último, debemos dejar constancia de que la comisión no coloca sumilla alguna en la propuesta de este artículo.

Artículo 1626

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1626.- La donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares no está sujeta a las formalidades establecidas por los artículos 1624 y 1625.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar el magnífico artículo 1626.

Nosotros hemos resaltado todas las ventajas de esta norma.[68] La lógica de este precepto se basa en lo impropio que sería firmar un contrato con los novios, en el que, además, se señale el valor del bien donado.

Ello sería absurdo. Por eso existe el 1626.

Si ocurriese la derogatoria de esta norma, como propone la comisión, pues la consecuencia sería que todos incumplirían en estos casos lo preceptuado en el artículo 1623. Los amigos y familiares de los novios seguirían regalando sin contrato escrito alguno.

En teoría, tales contratos serían nulos, pero nadie invocaría tal nulidad, por razones obvias.

Ésta en la realidad.

Artículo 1629

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
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.	Artículo 1629.- Afectación a la legítima. 1. La donación u otra liberalidad efectuada a quien al momento de recibirla hubiera tenido la calidad de legitimario directo, y que expresamente no sea dispensada de colación, se imputa a cuenta de su legítima. 2. Las liberalidades efectuadas a no legitimarios se imputan a la cuota de libre disposición.

[68] CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los contratos típicos*. *Op. cit*., 2010, tomo 1, pp. 121 y ss.

	3. Las liberalidades realizadas en exceso de la cuota de libre disposición son susceptibles de reducción, después de las disposiciones testamentarias y los legados, siempre que se hubiesen efectuado dentro de los diez años anteriores a la apertura de la sucesión, sin embargo, la prescripción de la reducción se cumplirá en el plazo indicado en el numeral 5. 4. Están legitimados para demandar la reducción de liberalidades y de complemento de la legítima, sólo los legitimarios y sus acreedores. 5. El derecho a solicitar la reducción prescribe a los dos años de la aceptación de la herencia por el legitimario y, cuando ello no pudiese fijarse, al año de inscrito el testamento o la resolución de llamamiento judicial o notarial de herederos legales. 6. La reducción de las liberalidades se hará comenzando por las más recientes hasta las que tengan diez años antes de (sic) apertura de la sucesión. Cuando sean simultáneas se reducirán primero las donaciones de dinero y las demás a prorrata, con excepción de las remuneratorias que se reducirán en último lugar. 7. Se respetará, en todo caso, otro orden de reducción que hubiera establecido el causante en su testamento o al hacer la liberalidad.

El artículo 1629 regula la denominada donación inoficiosa.

El texto de la norma es claro, más allá de si estemos o no de acuerdo con la regulación del tema.

El artículo que propone la comisión es excesivamente reglamentarista. No lo consideramos malo, como pauta teórica a seguir en la aplicación de una donación inoficiosa; pero otra cosa es hacerlo norma positiva.

Sí nos parece interesante el plazo de prescripción establecido en el inciso 3 (diez años anteriores a la apertura de la sucesión).

Asimismo, nos parece bien que se ponga sobre la mesa el tema de eventuales plazos prescriptorios cortos para solicitar la reducción (dos años de la aceptación de la herencia por el legitimario y, cuando ello no pudiese fijarse, al año de inscrito el testamento o la resolución de llamamiento judicial o notarial de herederos legales).

Artículo 1645

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1645.- Si las donaciones exceden la porción disponible de la herencia, se suprimen o reducen en cuanto al exceso las de fecha más reciente, o a prorrata, si fueran de la misma fecha.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar el artículo 1645, por estar incluido en su propuesta de modificación del artículo 1629.

En ese sentido, nos remitimos a lo expresado con ocasión del análisis de referido artículo.

Título VI

Arrendamiento

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 1669

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1669.- El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente.	Artículo 1669.- Arrendamiento de bien indiviso El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin el consentimiento de los demás condóminos. Sin embargo, si lo hace, el arrendamiento será eficaz frente a los demás copropietarios si éstos lo aceptan expresa o tácitamente.

Independientemente de algunas objeciones, nos manifestamos en su momento partidarios de modificar el término «válido» por la expresión «eficaz» en el artículo 978.

Pero, ya modificada esta norma, no existe la necesidad de volver a regular el tema en el artículo 1669; como, en realidad, hoy en día tampoco existe necesidad alguna de regular la materia contenida en el 1669, existiendo el 978.

Capítulo cuarto

Duración del arrendamiento

Artículo 1688

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1688.- El plazo del arrendamiento de duración determinada no puede exceder de diez años. Cuando el bien arrendado pertenece a entidades públicas o a incapaces el plazo no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda de los términos señalados se entiende reducido a dichos plazos.	Artículo 1688.- Plazo del arrendamiento Cuando el bien arrendado pertenece a personas con capacidad restringida, el plazo de duración determinada pactado no puede ser mayor de seis años. Todo plazo o prórroga que exceda del término señalado se entiende reducido a dicho plazo.

En primer lugar, estamos de acuerdo con que en el artículo modificado se varíe la referencia a «incapaces» por la de «personas con capacidad restringida», dadas las modificaciones operadas en el Código Civil en el año 2018 por la Ley de las Personas con Discapacidad.

Sin embargo, no creemos, que el arrendamiento no deba tener plazo máximo. Incluso la comisión, al criticar el actual plazo máximo de treinta años del usufructo, no lo elimina, sino que lo eleva a noventa y nueve años. Debería seguir la misma lógica en arrendamiento.

Nosotros creemos que el arrendamiento entre particulares también debería tener un plazo máximo de treinta años, como ocurre hoy con el usufructo.

No somos partidarios de que la constitución de derechos de naturaleza transitoria pueda pactarse a plazos que le den visos de permanencia.

Finalmente, no encontramos en la exposición de motivos una sola razón que justifique el hecho de que en el anteproyecto se haya eliminado el plazo máximo para los arrendamientos en los que intervenga alguna entidad estatal. Estimamos que una norma como la vigente, que establece un máximo de seis años para estos contratos, es positiva, en la medida de que dejar sin plazo máximo este tipo de contratos sería como abrir la puerta para el fraude y la colusión.

Capítulo séptimo

Conclusión del arrendamiento

Artículo 1700

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1700.- Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

El artículo 1700 fue introducido en el Código Civil de 1984 con el propósito de que la situación ahí descrita no se interprete como la renovación tácita del arrendamiento y que éste sea a plazo indeterminado, como peligrosamente ocurría con el Código Civil de 1936, en el que luego el propietario del bien tenía muchas dificultades para poner fin a la relación contractual.

Es verdad que el texto del 1700 no merece un premio en técnica jurídica, pero describe de manera muy clara la situación ahí regulada.

El contrato de arrendamiento ya venció, pero si el arrendatario sigue ocupando el bien y el arrendador no reclama que se lo entregue, ¿ante qué figura estamos?

Creo que, en estricto, estaríamos ante una renovación tácita a plazo indeterminado, pero el legislador de 1984 prefirió no darle esta categoría, por el temor de una renovación y la eventual aplicación de las leyes restrictivas del contrato de arrendamiento, que todavía estaban vigentes en 1984, como es el caso del Decreto Ley n.º 21938.

Pero, hoy en día sí podríamos modificar el artículo 1700, señalando que el contrato se entiende renovado a plazo indeterminado, al que se le pone fin dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante (artículo 1003 en vigencia).

La comisión estima que si venció el plazo y el arrendatario sigue poseyendo el bien y pagando la renta, se habría convertido en un precario. Pero, esto no es así, porque el propietario está de acuerdo con que siga en posesión del bien y está de acuerdo en recibir la renta en igual monto que aquél que se había pactado para el contrato que ya venció. Así, existe una renovación tácita del arrendamiento, por las mismas condiciones del contrato precedente, salvo en lo que atañe al plazo, que ahora sería indeterminado;

pudiéndosele poner fin conforme a lo dispuesto por el artículo 1703 del Código Civil, antes referido.

Es verdad, creo que la mejor solución para el tema sería la de mantener el texto del artículo 1700 en actual vigencia; una norma carente de técnica, pero útil en la práctica.

Artículo 1708

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1708.- En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo: 1.- Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador. 2.- Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación. 3.- Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe.	Artículo 1708.- Enajenación de bien arrendado En caso de enajenación del bien arrendado se procederá del siguiente modo: 1. Si el arrendamiento estuviese inscrito, el adquirente deberá respetar el il (sic) contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en todos los derechos y obligaciones del arrendador. 2. Si el arrendamiento no ha sido inscrito, el adquirente puede darlo por concluido. Excepcionalmente, el adquirente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación. 3. Tratándose de bienes muebles, el arrendamiento quedará extinguido si el adquirente hubiera recibido la posesión de buena fe.

Este artículo trata acerca de la enajenación del bien arrendado.

La comisión propone dejar tal cuales el párrafo inicial y los incisos 1 y 2, pero modificar el inciso 3, referido a los bienes muebles.

Este inciso hoy señala que «Tratándose de bienes muebles, el adquirente no está obligado a respetar el contrato si recibió su posesión de buena fe».

Se propone señalar que en caso «de bienes muebles, el arrendamiento quedará extinguido si el adquiriente hubiera recibido la posesión de buena fe».

Nótese cómo la comisión plantea una modificación teórica, variando el «no está obligado a respetar el contrato» por «el arrendamiento quedará extinguido».

En el fondo se trata de lo mismo, dado que el adquirente podría no respetar el contrato, ya sea por el texto actual o porque el mismo está extinguido (texto propuesto). Pero se puede apreciar cómo en el caso de la norma vigente, el adquirente goza de la facultad de respetar o no el contrato, a diferencia de la propuesta, en que el contrato se considera extinguido.

Además, el inciso 3 en actual vigencia guarda sintonía con lo preceptuado en los incisos 1 y 2. Lo que no ocurriría con la modificación planteada por el grupo de trabajo.

Por lo demás, la norma propuesta no considera el caso de los bienes muebles registrables. Tanto así, que la exposición de motivos se encarga de aclarar este tema que, por lo demás, no es abordado en la propuesta de reforma.

Título IX

Prestación de servicios

Capítulo primero

Disposiciones generales

Artículo 1762

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1762.- Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable.	Artículo 1762.- Responsabilidad por el incumplimiento de prestación de servicios Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o problemas técnicos, ambos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios sino en caso de dolo o culpa inexcusable.

La comisión propone aclarar este tema, para que no exista duda de que los problemas de especial dificultad pueden ser tanto profesionales como técnicos. Siempre entendí que la especial dificultad está referida a los problemas técnicos o profesionales, pero reconozco que la redacción actual del 1762 puede llevar a confusión; y sería muy injusto que la especial dificultad se circunscribiera a problemas de naturaleza técnica, estando cubiertos por el manto de no responsabilidad los asuntos profesionales, sea de la dificultad que fueren; no habiendo razones para tal discriminación.

Capítulo tercero

Contrato de obra

Artículo 1784

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1784.- Si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo. El contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra. El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo.	Artículo 1784.- Responsabilidad por destrucción de la obra 1. Si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye, total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos. 2. El contratista es también responsable, en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

La comisión propone derogar lo relativo a que el comitente deba avisar al contratista por escrito de fecha cierta dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento de que la obra se ha destruido total o parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos, por vicio de la construcción.

La norma en vigencia, a nuestro entender, es correcta, en la medida de que esa comunicación representaría un elemento de diligencia del comitente en torno a aquellos vicios que estima se debe corregir.

El artículo 1784, por lo demás, también se refiere a lo relativo a la mala calidad de los materiales o defectos del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

Para todos estos casos, la ley establece un plazo de un año para interponer la acción, el mismo que se computaría desde el día siguiente al aviso a que antes hemos hecho referencia.

El grupo de trabajo también propone derogar este plazo de un año, razón por la cual el tema pasaría a regirse por el plazo general de prescripción de las acciones personales, el mismo que es de diez años, según lo establecido por el artículo 2001, inciso 1 del Código Civil.

Si se aprobara la reforma, en materia de obras ejecutadas se crearía una tremenda inseguridad para los contratistas, a quienes se podría demandar hasta diez años después de terminada y entregada la obra.

Nótese que, una vez entregada la obra, ella pasa a poder del propietario y empezará a ser usada por él o por terceros. El uso, deteriora cualquier obra; y con un plazo prescriptorio de diez años lo que se conseguiría es, en buena cuenta, que los propietarios reclamen a los contratistas por el desgaste de la obra en el tiempo.

Capítulo cuarto

Mandato

Sub-Capítulo V

Mandato con representación

Artículo 1807

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1807.-Se presume que el mandato es con representación.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar el artículo 1807, por considerar que la representación no es un elemento constitutivo del mandato.

Pero, esto no tiene nada que ver. Lo que ocurre es que el mandato sin representación no constituye una figura de importante utilidad práctica; ello, en la medida de que la representación permite que los actos que celebre el mandatario recaigan de inmediato en la esfera jurídica del mandante.

Esa utilidad, aunada a que en la práctica el mandato con representación es la regla y el mandato sin representación, la excepción, es la que condujo a que el legislador de 1984 establezca que «se presume que el mandato es con representación».

En virtud de estas consideraciones, sería un grave error derogar tan valioso artículo.

Título X

Fianza

Artículo 1879

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1879.- El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor.	Artículo 1879.- Beneficio de excusión 1. El acreedor está autorizado para accionar contra el fiador en forma directa o conjuntamente con el deudor (sic) 2. Puede convenirse, empero, que el fiador no sea obligado a pagar antes de la excusión de los bienes del deudor. En este caso, el fiador demandado por el acreedor que quiera valerse del beneficio de excusión, deberá indicar de inmediato los bienes del deudor realizables dentro del territorio de la República, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación del fiador.

El artículo en vigencia establece que «El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor».

La comisión propone establecer en dos incisos, el principio opuesto, salvo pacto en contrario.

No estamos de acuerdo con este planteamiento, en la medida de que el artículo 1879 vigente se aplica a los casos de fianzas mancomunadas. Si la fianza fuese solidaria, no habría —claro está— beneficio de excusión. Y regiría el principio opuesto, es decir, que el acreedor podría demandar solidariamente al deudor y a su fiador.

Artículo 1881

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1881.- El acreedor negligente en la excusión de los bienes del deudor es responsable hasta donde ellos alcancen, de la insolvencia que resulte de su descuido.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar este artículo, en la medida de que su contenido estaría subsumido en el artículo 1884.

Estamos de acuerdo con la propuesta.

Artículo 1883

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1883.- La excusión no tiene lugar: 1.- Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella. 2.- Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor. 3.- En caso de quiebra del deudor.	Artículo 1883.- La excusión no tiene lugar: 1. Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella. 2. En caso de insolvencia o quiebra del deudor.

Este artículo regula los supuestos de improcedencia del beneficio de excusión.

En el inciso 1 se señala: «Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella». La comisión mantiene inalterable este precepto.

En cambio, propone derogar el inciso 2: «Cuando se ha obligado solidariamente con el deudor»; ello, en razón de los cambios que se propone efectuar en el artículo 1879.

Ya nos hemos pronunciado contrarios a la reforma del 1879, por lo cual también nos oponemos a la derogatoria del inciso 2 del artículo 1883.

Finalmente, la comisión propone agregar el caso de la insolvencia junto al de la quiebra del deudor; este último, ya existente en el Código Civil. Estamos de acuerdo con ello.

Dejamos constancia de que la comisión no ha colocado sumilla alguna dentro del texto del artículo propuesto.

Artículo 1886

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-**JUS**)**
Artículo 1886.- Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda y todos ellos se hubieran obligado a prestaciones iguales, cada uno responde por el íntegro de su obligación, salvo que se haya pactado el beneficio de la división.	Artículo 1886.- Pluralidad de fiadores Siendo varios los fiadores de un mismo deudor y por una misma deuda, cada uno responde por el íntegro de la obligación, salvo que se haya pactado el beneficio de la división.

El supuesto del artículo 1886 es el de la pluralidad de fiadores, es decir el caso en el cual hay varios fiadores de un mismo deudor.

En fianza, se parte de la indivisibilidad de la garantía, respondiendo cada fiador por el íntegro, como si se tratase de una obligación indivisible.

Esto, a diferencia del régimen general de las obligaciones divisibles e indivisibles, en el que cada codeudor de una obligación dineraria responde sólo por su parte y no por el íntegro, dado que el dinero tiene naturaleza divisible.

La comisión está de acuerdo con el principio del artículo 1886 en actual vigencia, pero propone suprimir la referencia a que todos los fiadores se hubieran obligado a prestaciones iguales.

Entendemos cuál es el motivo de la comisión, a pesar de no señalarlo. Creemos que se procede de esta manera porque resulta irrelevante la distribución que hubieren acordado los fiadores en la relación interna de la fianza, en la cual la distribución del peso del cumplimiento de la garantía podría ser equitativo o no y, en cualquier caso, ello sería irrelevante para efectos de la indivisibilidad de la garantía que se otorga frente al acreedor.

Sección cuarta

Enriquecimiento sin causa

Artículo 1954

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.	Artículo 1954.- Noción Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado, en los límites del enriquecimiento, a restituir a esta última (sic) la correlativa disminución patrimonial.

La comisión propone que el artículo 1954, que hoy en día señala que «Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo», ya no se refiera a la indemnización, sino a una retribución de la correlativa disminución patrimonial, dentro de los límites del enriquecimiento.

Se trata de una tentación académica, en la medida de que lo que está diciendo la comisión, en la práctica, es exactamente lo mismo, pero considerando a la indemnización como una prestación de naturaleza jurídica distinta.

Además, carece de objeto la referencia a que la restitución se haría dentro de los límites del enriquecimiento, pues el tema siempre ha sido entendido de esta manera.

Sección quinta

Promesa unilateral

Artículo 1958

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1958.- La persona en favor de la cual se hace por declaración unilateral una promesa de pago o un reconocimiento de deuda, queda dispensada de probar la relación fundamental, cuya existencia se presume.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión propone derogar el artículo 1958. La exposición de motivos señala lo siguiente: «Este artículo encuentra su antecedente legislativo en el artículo 1988 del Código Civil italiano. La doctrina italiana ha sido muy crítica en incluir tanto a la promesa de pago como al reconocimiento de deuda como promesas unilaterales. En efecto, el artículo 1958 establece una presunción de la existencia de la relación fundamental, que opera cuando una persona promete el pago o reconoce una deuda. Como se puede apreciar, la obligación no surge por haber realizado una promesa unilateral, sino por la presunción de la existencia de la relación fundamental.— Así, cuando alguien promete pagar, está diciendo que cumplirá una prestación que está pendiente de ser ejecutada, y tal prestación proviene de una causa que la origina. Similar situación se presenta con el reconocimiento de deuda, en donde al reconocerse que se debe, se está confirmando algo que existe y esa deuda también tiene una causa que la originó.— Por ello, el Grupo de Trabajo considera que el artículo 1958 comete el error de considerar a la promesa de pago y al reconocimiento de deuda como promesas unilaterales, toda vez que la «promesa» o el «reconocimiento» no son las declaraciones que producen la obligación, como ocurre (o debe ocurrir) en las promesas unilaterales, sino que la obligación se produce por la relación causal que está siendo reconocida o por la cual se está prometiendo el pago.— Por lo tanto, ambos supuestos no son técnicamente promesas unilaterales, por lo que

este artículo debe ser derogado».[69]

Coincidimos con las consideraciones vertidas por el profesor y amigo Henry Huanco Piscoche, autor de esta exposición de motivos.

No obstante, creemos que el artículo 1958 es una norma de gran utilidad práctica; tanto, que ella puede perdonarle sus defectos dogmáticos.

Sección sexta

Responsabilidad extracontractual

Artículo 1969

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.	Artículo 1969.- Responsabilidad subjetiva Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de culpa corresponde a su autor.

El grupo de trabajo propone eliminar la presunción del dolo y sólo dejar a la culpa.

En ese sentido, la prueba o descargo de la culpa, corresponderá al autor del daño.

En verdad, nada restaba a la eficacia de la norma el hecho de que ello se deje tal como está hoy en día. Más allá de que en la responsabilidad extracontractual no existe graduación de la culpa, el descargo del dolo también puede ser un recurso del autor del daño. Es más, ese autor del daño podría probar no sólo la ausencia de culpa, sino también la ausencia de dolo. Esto ya corresponderá a su estrategia de defensa en juicio.

Por lo demás, las disquisiciones contenidas en la exposición de motivos de esta norma no son más que tentaciones académicas.

Artículo 1970

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1970.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo.	Artículo 1970.- Responsabilidad objetiva Aquel que mediante una actividad riesgosa o peligrosa causa un daño a otro, está obligado a indemnizarlo, salvo que se pruebe que se adoptaron las medidas idóneas para prevenir el daño.

Según la exposición de motivos del anteproyecto, se propone eliminar la referencia a «bien riesgoso a peligroso», por considerar que no existen bienes que, por su naturaleza, puedan considerarse como tales, dado que lo realmente riesgoso o peligroso es la actividad o el resultado de dicha actividad, que realice una persona.

Para nosotros se trata de una sutileza de escuela, impropia de considerar para una reforma legislativa. Es muy clara la referencia completa que se hace hoy en día en el artículo 1970 a bienes y actividades riesgosos y peligrosos.

[69] Exposición de motivos del anteproyecto del 2019, p. 273.

En segundo lugar, la responsabilidad por riesgo creado podría quedar vacía, en la medida de que el autor del daño podría no estar obligado a indemnizar si prueba que se adoptaron las medidas idóneas para prevenir el daño.

Esta disposición es contraria al principio de reparación integral de la víctima, que tanto ha calado en la doctrina de la responsabilidad civil.

Si se tratase de un accidente automovilístico, por más que el propietario y conductor del vehículo haya adoptado todas las medidas idóneas para prevenir el daño, deberá indemnizar a la víctima. Para tales efectos debería tener una póliza de seguro completa y en vigencia.

Es obvio que tales medidas de precaución idóneas para prevenir el daño lo deberían eximir de ser acusado por lesiones culposas u homicidio culposo, pero no de indemnizar a la víctima en el terreno civil.

El derecho ya ha recorrido en un largo camino como para retroceder en la protección de la víctima del daño, aprobando una norma tan injusta como el artículo 1970 que propone el anteproyecto.

Artículo 1971

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1971.- No hay responsabilidad en los siguientes casos: 1.- En el ejercicio regular de un derecho. 2.- En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno. 3.- En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro.	Artículo 1971.- Situaciones de irresponsabilidad Son supuestos de daño justificado, salvo disposición normativa diversa, aquellos ocasionados: 1. En el ejercicio regular de un derecho. 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio o ajeno. 3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente para la persona, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro.

En primer término, la comisión propone variar el párrafo introductorio de la norma, que hoy dice «No hay responsabilidad en los siguientes casos: […]», por «Son supuestos de daño justificado, salvo disposición normativa diversa, aquellos ocasionados: […]».

La nomenclatura diferente resulta puro prurito dogmático. La salvedad, me parece muy sofisticada (bastaba con un «salvo disposición distinta de la ley»). Además, tal salvedad ni siquiera es necesaria, en la medida de que, si alguna ley especial dispone lo contrario o algo distinto, es evidente que regirá en tales casos esa normativa especial, sin necesidad de que la mencione el párrafo introductorio del artículo 1971.

En segundo lugar, la comisión mantiene inalterables los incisos 1 y 2 del artículo, a diferencia del inciso 3, en el cual precisa que se debe tratar de la remoción de un peligro inminente para la persona. Hoy no se exige que sea para la persona que causa el daño.

Podría ser una tercera persona u otro bien jurídico tutelado, cuya salvación auspicie el derecho en detrimento de otro bien. Muy superior la norma actual.

En tercer lugar, la comisión suprime lo relativo a que «haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado»; otra propuesta defectuosa, pues esa diferencia debe ser siempre requisito fundamental.

En cuarto lugar, se propone suprimir lo relativo a que la carga de la prueba de la pérdida, destrucción o deterioro del bien, es de cargo del liberado del peligro. Se argumenta que la supresión obedece a que dificulta la aplicación del estado de necesidad.

En lo personal creemos que esta carga probatoria está muy bien asignada en el precepto en vigencia.

Además, el artículo 1971 en su conjunto es muy superior a la norma propuesta por la comisión. Coincidimos en ello con el doctor Juan Espinoza Espinoza, miembro del grupo de trabajo.

Artículo 1972

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.	Artículo 1972.- Supuestos de causa no imputable 1. No existe obligación de indemnizar, cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de quien padece el daño. 2. Lo dispuesto en el numeral precedente no se aplica a los supuestos de ultra riesgo.

En primer lugar, concordamos con la propuesta de suprimir la referencia al artículo 1970, dado que el precepto debería regir tanto para esa norma como para los casos comprendidos en el 1969.

Luego, el artículo refrasea el texto en vigencia del 1972, sin mayor relevancia práctica.

En verdad, el texto actual es muy claro y debería dejarse como está, sin mencionar el 1970 o mencionando, también, el 1969.

Finalmente, la comisión propone agregar una norma que señale que «Lo dispuesto en el numeral precedente no se aplica a los supuestos de ultra riesgo»; es decir, según la exposición de motivos, «a los escenarios de actividades de ultra riesgo, la cual (sic) implica una concentración de peligro más allá del riesgo anormal previsto en el artículo 1970, por ejemplo: las actividades nucleares, los objetos caídos desde el espacio o las carreras de automóviles fuera de los establecimientos destinados para ellos (sic)».

Concordamos con la propuesta que se hace para adicionar a la norma este último extremo.

Artículo 1973

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 1973.- Si la imprudencia sólo hubiere concurrido en la producción del daño, la indemnización será reducida por el juez, según las circunstancias.	Artículo 1973.- Causas concurrentes Si el caso fortuito o la fuerza mayor, el hecho de tercero o de quien padece el daño solo hubieren concurrido en la producción de éste, la indemnización será reducida según las circunstancias.

La comisión propone agregar como causas concurrentes del daño y, por tanto, susceptibles de limitar la responsabilidad, el caso fortuito, la fuerza mayor y el hecho de tercero.

No creemos que tal adición sea necesaria, pues no se discute el que, si concurriese alguna de ellas, el causante del daño podría ser beneficiado con la reducción o limitación de la responsabilidad frente a la víctima.

Por esa ambigüedad es que el artículo 1973, en vigencia, sólo regula el hecho de la víctima como hecho concurrente de la producción de los daños sufridos por éste.

Artículo 1975

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1975.- Derogado.	Artículo 1975.- Responsabilidad del discapacitado con discernimiento 1. La persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. 2. En caso de daño ocasionado por persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida, queda obligado a la indemnización quien ejerza el cuidado de aquella, salvo que este no haya podido impedir el hecho dañoso. 3. Los representantes legales o asistentes de los sujetos comprendidos dentro de un régimen de capacidad de ejercicio restringida solamente responderán en aquellos casos de incumplimiento de los deberes de prevención a su cargo. 4. En los supuestos descritos en los numerales precedentes, la responsabilidad es solidaria.

El grupo de trabajo parte de la idea equivocada de que el artículo 1975 está vigente. Bueno, ello no es así. El mismo fue derogado en razón de lo dispuesto por el Decreto Legislativo n.º 1384, publicado el 4 de septiembre de 2018, Ley de las personas con discapacidad.

No entendemos por qué en algunos casos el grupo de trabajo considera estas modificaciones y en otros no.

En segundo lugar, hace bien la comisión en proponer restituir la vigencia del artículo 1975, pero con un texto actualizado a la norma del 2018.

En el inciso 1 propuesto, se plantea que «La persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento».

No se menciona el caso en que los daños hubiesen sido causados por una persona sin discernimiento. Aquí, entendemos que ella no quedaría obligada, pero la responsabilidad se centraría en quien ejerza el cuidado de aquélla, salvo que éste no haya podido impedir el hecho dañoso (inciso 2 del artículo 1975, propuesto y artículo 1976).

El inciso 2 extiende tal responsabilidad a quien ejerza el cuidado de la persona con capacidad de ejercicio restringida, haya actuado esta última con o sin discernimiento. En caso de discernimiento sería responsable de carácter indivisible, pues el inciso 2 equipara su responsabilidad a la de la persona con capacidad de ejercicio restringida (a la indemnización, entendiéndose, el total de la misma). Pero, también sería solidaria, por lo dispuesto en el inciso 4, propuesto.

Por su parte, en el inciso 3, propuesto, se señala que «Los representantes legales o asistentes de los sujetos comprendidos dentro del régimen de capacidad de ejercicio restringida solamente responderán en aquellos casos de incumplimiento de los deberes de prevención a su cargo».

Esta norma es incorrecta, pues limita la responsabilidad de las personas que ejercen el cuidado de los antiguos incapaces, al incumplimiento de los deberes de prevención a su cargo. Y decimos que es incorrecto, pues, crea una especie de vacío para aquellos casos en los cuales los cuidadores de incapaces no responderán, y los incapaces tampoco; y es el caso en el cual los incapaces sin discernimiento hubiesen causado el daño. Aquí, dentro del esquema que se propone para el artículo 1975, no respondería nadie. Decimos esto, pues se trataría, incluso, de una excepción a la regla del artículo 1976.

El inciso 4 se encarga de establecer que la responsabilidad en los supuestos de los numerales precedentes (1, 2 y 3), será solidaria.

Pero, como que la cosa no cuadra, en la medida de que no habría tal responsabilidad para el incapaz que hubiese actuado sin discernimiento, caso en el cual sólo responde la persona que se halla a su cuidado.

Tampoco habría responsabilidad solidaria para el caso en el cual el incapaz hubiese actuado con discernimiento, pero sus actos escapen al cumplimiento de los deberes de prevención a cargo de su cuidador, supuesto en el cual nadie respondería por los daños.

En ese sentido, se aprecia que el proyectado artículo 1975 es una norma defectuosa.

Artículo 1976

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1976.- Derogado.	Artículo 1976.- Irresponsabilidad del discapacitado sin discernimiento No hay responsabilidad por el daño causado por persona con capacidad de ejercicio restringida que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde quien ejerza su cuidado o su representante.

La comisión parte de que el artículo 1976 establece que «No hay responsabilidad

por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal».

Sin embargo, no advierte que este artículo ya había sido derogado en septiembre del 2018 por la Ley de personas con discapacidad.

La comisión propone adecuar la norma derogada a la legislación vigente sobre discapacidad, en términos que —en la práctica— generan los mismos efectos.

Pero, el problema no está en el 1976, sino en el 1975 y los supuestos de excepción en materia de responsabilidad, los mismos que no se subsanarían con el artículo 1976.

Artículo 1977

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1977.- Si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.	Artículo 1977.- Indemnización equitativa 1. Si la víctima no ha podido obtener indemnización en el supuesto anterior, el juez puede determinarla de modo equitativo en vista de la situación económica de las partes, la cual será asumida por la persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida. 2. Queda a salvo el derecho de la persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida a recuperar lo pagado contra quien la tenía bajo su cuidado o el representante legal, según el caso, vía subrogación.

Esta norma prevé el caso extremo en el cual el incapaz no sujeto a discernimiento (antiguo artículo 1976) puede terminar respondiendo por los daños y perjuicios que el mismo hubiere causado. Será así cuando, en vista de la situación económica de las partes, la víctima no hubiere podido obtener reparación.

Este precepto, con lenguaje diferente, es reiterado en el inciso 1 del proyectado artículo 1977.

El inciso 2 establece que «Queda a salvo el derecho de la persona sujeta a capacidad de ejercicio restringida a recuperar lo pagado contra quien la tenía bajo su cuidado o el representante legal, según el caso, vía subrogación».

Ello sólo sería posible en tanto y cuánto no se esté ante el supuesto del 1975, inciso 3, propuesto por la comisión, es decir cuando los cuidadores de incapaces sólo responderán en aquellos casos de incumplimiento de los deberes de prevención a su cargo.

En estos casos, el cuidador no responde, por lo que el sujeto a su cuidado que hubiese tenido que pagar los daños y perjuicios, no podrá ser objeto de reclamo alguno por parte de su cuidador.

Sí lo podrá ser, en cambio, en aquellos otros casos ajenos al artículo 1975, inciso 3, propuesto.

Pero, ¿en qué casos podrá accionar el incapaz? Pues, claro está, sólo lo podría

hacer en el supuesto en que haya cambiado de cuidador, pues el cuidador, difícilmente, decida demandarse a sí mismo.

También podría demandar cuando cese su incapacidad, sea porque se curó o porque adquirió la capacidad por mayoría de edad u otra causa.

Artículo 1978

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1978.- También es responsable del daño aquel que incita o ayuda a causarlo. El grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

La comisión incorpora el supuesto de este artículo en el 1983, razón por la cual propone derogar el artículo 1978.

Expresaremos nuestra opinión cuando analicemos el artículo 1983.

Artículo 1979

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1979.- El dueño de un animal o aquel que lo tiene a su cuidado debe reparar el daño que éste cause, aunque se haya perdido o extraviado, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero.	Artículo 1979.- Responsabilidad por productos o servicios defectuosos. El proveedor es responsable por los daños causados a la salud del consumidor o a su patrimonio por los defectos de sus productos o servicios. Si son varios los proveedores la responsabilidad es solidaria.

Se propone la eliminación del texto actual del artículo 1979, que versa sobre la responsabilidad por daño causado por animal y su reemplazo por una norma relativa a la responsabilidad por productos o servicios defectuosos.

Este tema ya está regulado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La propuesta recoge el planteamiento de la comisión y el anteproyecto del 2006, de modo tal que hacemos nuestras las críticas vertidas sobre el particular por Verónica Rosas Berastain en nuestro libro *Ni urgente ni necesario; más bien: defectuoso*.[70]

La comisión, finalmente, propone subsumir el supuesto del actual artículo 1979 en el artículo 1980, que propone.

Artículo 1980

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si ésta ha provenido por falta de conservación o de construcción.	Artículo 1980.- Responsabilidad por hecho de las cosas Aquel que tiene un bien bajo su cuidado, control o se beneficia del mismo, debe indemnizar el daño causado.

[70] CASTILLO FREYRE, Mario. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. *Por qué no se debe reformar el Código Civil. Op. cit.*, pp. 481-484.

No siendo necesaria la modificación del 1979, no nos parecería mal que el supuesto en él contenido se subsuma en un nuevo 1980, que resulte de mucho más amplio alcance que la norma actual.

Artículo 1981

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste (sic) último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.	Artículo 1981.- Responsabilidad del principal y del agente. 1. Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes o que se valga de otro a través de una relación de encargo, sea expresa o tácita, responde por el daño causado por este último, si el daño se produjo en ejercicio del encargo o con ocasión de las funciones. 2. Ambos están sujetos a responsabilidad solidaria.

Estamos de acuerdo con la propuesta de modificación del artículo 1981.

Artículo 1983

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1983.- Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales.	Artículo 1983.- Responsabilidad solidaria 1. Si varios son responsables del daño, incluido quien incita o ayuda a causarlo, responderán solidariamente. 2. Aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede dirigirse contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción en el pago de la misma teniendo en cuenta la gravedad de la conducta o el grado de participación causal de cada uno de los participantes. 3. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición de la indemnización se hará por partes iguales.

Nosotros sólo modificaríamos el 1983 sustituyendo la expresión «repetir contra los otros» por «subrogarse contra los otros»; ello, en la medida de que estamos claramente ante un supuesto de subrogación legal o de pleno derecho, específicamente el contenido en el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil, es decir, de aquel codeudor solidario (o de prestación indivisible) que paga el íntegro de la deuda.

La propuesta de modificación del anteproyecto carece de relevancia.

Y en lo que respecta a la inclusión dentro de los responsables solidarios del daño, de aquél que «incita o ayuda a causarlo»; pues lo hubiésemos dejado formando parte del artículo 1978, como ocurre en la actualidad.

Artículo 1984

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 1984.- El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.	Artículo 1984.- Daño indemnizable 1. El daño puede consistir en una afectación patrimonial o extrapatrimonial. 2. El daño a la persona y el daño moral son indemnizados considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia, según las circunstancias del caso. 3. Las consecuencias económicas negativas derivadas de la afectación pueden ser valuables o estimables, temporales o permanentes.

El desarrollo de la propuesta de reforma del artículo 1984, relativo al daño moral, es ampuloso, demasiado texto; parecen párrafos extraídos de un cuaderno de curso universitario, impropios de un Código Civil. Y ni qué decir de la exposición de motivos. No se trata de dictar una clase; es una exposición de motivos.

El texto de la norma en actual vigencia es muy claro. No se necesita más; y el texto propuesto por la comisión tampoco aporta.

Artículo 1985

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.	Artículo 1985.- Alcance de la indemnización 1. La indemnización comprende también las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, tales como el daño emergente y el lucro cesante, debiendo existir una relación de causalidad entre el hecho y el daño producido. 2. Se incurre en mora desde la fecha en que se produjo el daño. A partir de dicho momento, el monto de la indemnización devenga intereses legales moratorios.

No estamos de acuerdo con la propuesta de la comisión, en el sentido de modificar la teoría de la causalidad adecuada y solamente hacer referencia a la existencia de una relación de causalidad.

Es peligroso dejar al intérprete de la ley los alcances de la relación de causalidad, ya que en materia indemnizatoria los montos a reclamar y pagar podrían variar enormemente.

En segundo lugar, las especificaciones de los diferentes tipos de daño son abiertamente innecesarias, en la medida de que es claro que todo tipo de daño será indemnizable en función del actual artículo 1985, naturalmente, claro está, dentro del alcance de la tesis adoptada por la norma, que es la de la causalidad adecuada.

Finalmente, el precisar que hay mora automática desde la fecha en que se produjo el daño, resultaría irrelevante, en la medida de que la comisión propone introducir similar disposición en el inciso 2 del artículo 1333, relativo a la mora en inejecución de obligaciones.

Pero, en verdad, sería preferible que se incluyera ese dispositivo en el 1985 y no

en el 1333, por tratarse de un caso específico de mora automática; no de inejecución de obligaciones, sino de responsabilidad extracontractual.

Por lo demás, me quedo con el artículo 1185 en vigencia.

Artículo 1986

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1986.- Son nulos los convenios que excluyan o limiten anticipadamente la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable.	Artículo 1986.- Carga de la prueba Según las circunstancias del caso, y siempre que no se genere indefensión, el juez puede invertir o distribuir la carga de la prueba ponderando cuál de las partes se halla en mejor situación para aportarla, incluido el supuesto de culpa y dolo.

La comisión propone sustituir el texto original del artículo 1986, por una norma de distinta naturaleza.

Expresa la exposición de motivos que sería innecesario el artículo 1986, en la medida de que el nuevo 1988 establecería que «Son aplicables a la responsabilidad extracontractual, las normas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones en cuanto sean aplicables».

No es muy claro el ámbito de aplicación, así como tampoco la expresión «en cuanto sean aplicables». Por eso, sería preferible mantener el texto del 1986 en actual vigencia.

Por lo demás, el texto del 1986 que se propone aprobar, en lo que respecta a la carga de la prueba es una norma sumamente ambigua, que antes que orientar, confunde.

El tema probatorio en materia de responsabilidad civil extracontractual debe regirse por las normas generales de la propia responsabilidad civil y por el Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 1987

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1987.- La acción indemnizatoria puede ser dirigida contra el asegurador por el daño, quien responderá solidariamente con el responsable directo de éste.	Artículo 1987.- Responsabilidad del asegurador La víctima del daño tiene acción directa contra el asegurador, hasta el límite de las obligaciones previstas en el contrato de seguro; sin perjuicio de la acción indemnizatoria contra el responsable directo.

Es correcta la precisión que se propone para el artículo 1987, relativo a la responsabilidad del asegurador.

Artículo 1988

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 1988.- La ley determina el tipo de daño sujeto al régimen de seguro obligatorio, las personas que deben contratar las pólizas y la naturaleza, límites y demás características de tal seguro.	Artículo 1988.- Aplicación supletoria Son aplicables a la responsabilidad extracontractual, las normas de la responsabilidad por inejecución de obligaciones en cuanto sean compatibles con su

	naturaleza.

En lo personal, dejaría intacto el texto del artículo 1988 del Código Civil, relativo a los seguros de carácter obligatorio.

Y, en todo caso, se podría agregar un artículo 1988-A, que haga aplicables a la responsabilidad extracontractual, las normas sobre inejecución de obligaciones.

Yo no establecería «en cuanto sean compatibles con su naturaleza». Preferiría que el 1988-A mencione expresamente de qué preceptos se trataría. Allí todo estaría bien claro.

Libro VIII

Prescripción y caducidad

Título I

Prescripción extintiva

Artículo 1994

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1994.- Se suspende la prescripción: 1.- Cuando las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 incisos del 1 al 8 no cuentan con sus representantes legales. 2.- Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. 3.- Entre las personas comprendidas en el artículo 326. 4.- Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela. 5.- Entre las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en el artículo 44 numeral 9 y las personas que le prestan apoyos necesarios, durante el ejercicio del apoyo brindado. 6.- Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede. 7.- Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo. 8.- Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.	Artículo 1994.- Causales de suspensión de la prescripción Se suspende la prescripción: 1. Cuando las personas a las que se refiere el artículo 43 no están bajo un régimen de asistencia. 2. Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales. 3. Entre las personas comprendidas en el Artículo 326. 4. Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela. 5. Entre las personas a las que se refiere el artículo 44 y sus asistentes, durante el régimen de asistencia. 6. Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del asistente, en los casos que proceda. 7. Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras éstos continúen en el ejercicio del cargo. 8. Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano.

La comisión adecúa el texto el artículo 1994, relativo a las causales de suspensión de la prescripción, a la Ley de las Personas con Discapacidad del año 2018. Específicamente, los incisos 1, 5 y 6. Nos parece bien.

Lo que no entendemos es la razón por la cual en la exposición de motivos se hace referencia a qué supuestos estarían contenidos en el inciso 8, el mismo que señala que se suspende la prescripción «Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un

tribunal peruano». Ello, más aún, si el referido inciso 8 no es objeto de propuesta de reforma alguna.

Artículo 1996

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1996.- Se interrumpe la prescripción por: 1.- Reconocimiento de la obligación. 2.- Intimación para constituir en mora al deudor. 3.- Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente. 4.- Oponer judicialmente la compensación.	Artículo 1996.- Interrupción de la prescripción Se interrumpe la prescripción por: 1. Reconocimiento de la obligación. 2. Requerimiento extrajudicial del cumplimiento de la obligación. 3. Presentación de la demanda, o de otro acto procesal con el que el actor ejerza su derecho, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente o se haya invocado una ley distinta a la aplicable. 4. Oponer judicial o extrajudicialmente la compensación.

La comisión propone modificar el inciso 2, relativo a la interrupción de la prescripción, por «Intimación para constituir en mora al deudor» por «Requerimiento extrajudicial del cumplimiento de la obligación». La comisión ignora que la razón de que se interrumpa la prescripción por la intimación para constituir en mora al deudor, obedece a que por esta vía se puede interrumpir la prescripción sólo una vez. Esto, porque los sucesivos requerimientos extrajudiciales de pago, si bien seguirán siendo requerimientos de pago, ya no serán actos que intimen en mora al deudor, dado que éste ya se encuentra en estado moratorio.

Además, si se permitiera interrumpir la prescripción con cada requerimiento posterior de pago, estaría en manos del acreedor, por esta vía, el que nunca prescriba la obligación. Éste no es el sentido del artículo 1996, norma que permite interrumpir la prescripción por cuatro caminos, pero debe entenderse que el acreedor sólo podrá recurrir una sola vez a los dos primeros.

En ese sentido habría que descartar esta propuesta de modificación legislativa.

En lo que respecta al inciso 3, que hoy dice «Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente», se propone variarlo de manera tal que lo relevante no sea la citación con la demanda, sino la presentación de la demanda, para no perjudicar al acreedor con una eventual demora judicial de emplazamiento de su deudor. Estamos de acuerdo.

Además, se hace referencia a cualquier otro acto procesal con el que el actor ejerza su derecho. Se cita el caso de las medidas cautelares (se entiende que las ante proceso).

No estamos de acuerdo con esta modificación, en la medida de que la solicitud de una medida cautelar no es un acto de cobro, sino un acto tendiente a asegurar una futura pretensión de cobro. Es más, podría darse el caso en que nunca se interponga la demanda.

Disentimos también de incluir como supuestos de interrupción de la prescripción aquellos en que el acreedor invoque una ley distinta a la aplicable. Se entiende que el derecho que sirva como sustento para el acto de cobro, debería corresponder a la naturaleza de aquello que se está reclamando.

En cambio, sí coincidimos con el agregado que se propone realizar al inciso 4 del 1996, en el sentido de que la oposición extrajudicial de la compensación también interrumpe la prescripción.

Artículo 1998

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 1998.- Si la interrupción se produce por las causas previstas en el artículo 1996, incisos 3 y 4, la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada.	Artículo 1998.- Reinicio del plazo prescriptorio 1. Verificada la causal de interrupción de la prescripción, el plazo prescriptorio debe comenzar a computarse nuevamente. 2. Si la interrupción se produce por las causales que impliquen una actuación judicial prevista en el artículo 1996, incisos 3 y 4, la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda consentida.

No hay necesidad de introducir aquello que la comisión propone en el inciso 1 de este artículo. Es sabido por los abogados que la interrupción de la prescripción tiene estos efectos.

El inciso 2 de la propuesta se hace luego de incorporar en el 1996 inciso 4 a la compensación extrajudicial.

Finalmente, el cambio de la expresión «resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada», por «quede consentida», puede ser una adecuada precisión técnica, pero no altera la comprensión que el medio jurídico tiene sobre este extremo del artículo 1998 *in fine*.

Artículo 2001

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
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	Artículo 2001.- Plazos de prescripción 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 o ineficacia 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 cinco años, la acción de anulabilidad, la acción de ineficacia por fraude a los acreedores, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes o los asistentes de personas con capacidad de ejercicio restringida derivadas del

corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo. 5.- A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia.	ejercicio del cargo. 4. A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral. 5. A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia.

Este artículo trata acerca de los plazos prescriptorios. Mal hace la comisión en proponer se agregue en el inciso 1 que el plazo de la ineficacia sea de diez años, más aún si el plazo de ineficacia por fraude pauliano es hoy de dos años y la comisión propone (inciso 3) que sea de cinco. Esto resulta incoherente, considerando, además, que la ineficacia es menos grave que la anulabilidad, cuyo plazo prescriptorio hoy es de dos años (inciso 4) y la comisión propone sea de cinco años (inciso 3).

Luego, en el inciso 3 se aumenta a cinco años el plazo prescriptorio de la acción de anulabilidad; el de la acción de ineficacia por fraude a los acreedores; el de la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual (que sube de dos a cinco años); y la que corresponda contra los representantes o los asistentes de personas con capacidad de ejercicio restringida derivada del ejercicio del cargo (que sube de dos a cinco años).

Nos parecen plazos excesivos. Mientras más cortos sean los plazos de prescripción, menos inseguridad jurídica reinará en la sociedad. Además, los plazos de dos años contenidos en el actual inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil no presentan problemas de orden práctico.

Luego, en el inciso 4, la comisión incorpora, idéntico, el actual inciso 3, que establece que prescribe «A los tres años, la acción para el pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral».

Y, finalmente, el inciso 5 copia, sin modificaciones el actual inciso 5, que establece que prescribe «A los quince años, la acción que proviene de pensión alimenticia».

Libro IX

Registros Públicos

El grupo de trabajo ha propuesto una modificación cuantitativamente importante del Libro de Registros Públicos, en tanto —entendemos— se requiere actualizar esa normativa.

Estas propuestas son fundamentalmente de naturaleza reglamentaria y no de carácter sustantivo, razón por la cual nuestros comentarios se centrarán en estos aspectos.

Título II

Registro de la propiedad inmueble

Artículo 2018

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2018.- Para la primera inscripción de dominio, se debe exhibir títulos por un período ininterrumpido de cinco años o, en su defecto,	Artículo 2018.- Primera inscripción de dominio 1. Para la primera inscripción de dominio se requerirá el acto administrativo emitido por la

títulos supletorios.	entidad competente o con la exhibición de títulos públicos ininterrumpidos por diez años. 2. En su defecto, a través de título supletorio, prescripción adquisitiva o saneamiento judicial o notarial, conforme a las leyes de la materia.

La comisión adecua la regulación de la primera inscripción de dominio a la realidad existente.

Nos parece pertinente la propuesta.

Título III

Registro de personas jurídicas

Artículo 2026

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2026.- La inscripción de las comunidades campesinas y nativas, cooperativas, empresas de propiedad social y demás personas jurídicas regidas por leyes especiales, se efectúa a solicitud de éstas.	Artículo 2026.- Personas jurídicas reguladas por leyes especiales Las cooperativas, empresas de propiedad social, empresas de derecho público, empresas individuales de responsabilidad limitada, rondas campesinas, organizaciones sociales de base, y demás personas jurídicas se inscriben en el Registro de Personas Jurídicas reguladas por leyes especiales.

Consideramos que en el texto el artículo faltó colocar, luego de «y demás personas jurídicas», la expresión «creadas por leyes especiales», dado que la idea es que exista un registro especial para este tipo de personas; obviamente, no para todas las personas jurídicas, tal como se señala en la sumilla que se propone colocar al artículo 2026 y en la exposición de motivos.

Artículo 2027

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2027.- En el libro de empresas de derecho público se inscriben los siguientes actos: 1.- La ley de creación y sus modificaciones. 2.- El reglamento o estatuto y sus modificaciones. 3.- El nombramiento, remoción y renuncia de los miembros del órgano de dirección. 4.- El nombramiento y facultades de los administradores y representantes. 5.- La ley que ordene su disolución, transformación o transferencia. 6.- Todos aquellos actos que por disposición de sus normas especiales deba (sic) ser inscrito (sic).	Artículo 2027.- Actos inscribibles en el Registro de Personas jurídicas reguladas por leyes especiales En el Registro de Personas jurídicas reguladas por leyes especiales se inscriben los actos previstos en el artículo 2025, en cuanto les sean aplicables; así como, las normas legales que las regulan.

Se propone que este artículo legisle sobre los actos inscribibles en el registro de personas jurídicas reguladas por leyes especiales, pero su contenido actual, referido a los actos inscribibles en el libro de empresas de derecho público, no es reproducido o

acogido por alguna otra norma del anteproyecto, con lo cual el tema quedaría sin regulación. Por lo menos, no se brinda explicación alguna en la exposición de motivos.

Artículo 2029-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 2029-A.- Inscripción de personas jurídicas constituida (sic) en el extranjero 1. Las personas jurídicas constituidas en el extranjero se inscriben en el registro correspondiente del lugar que señalen como domicilio en el país. 2. La forma de los instrumentos inscribibles otorgados en el extranjero se rige por el artículo 2094.

Título IV

Registro personal

Artículo 2030

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2030.- Se inscriben en este registro: 1. Las resoluciones o escrituras públicas en que se establezca o modifique la designación apoyos (sic) y salvaguardias de personas naturales. 2. Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas. 3. Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad. 4. Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cese y renuncia. 5. Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles. 6. Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación. 7. El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación. 8. La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos	Artículo 2030.- Actos y resoluciones inscribibles Se inscriben en este registro: 1. Las resoluciones en que se limite la capacidad de ejercicio de las personas. 2. Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzada y el reconocimiento de existencia de las personas. 3. Las sentencias que impongan un régimen de asistencia o pérdida de la patria potestad. 4. Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o asistentes, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cese y renuncia. 5. Las resoluciones que rehabiliten en el ejercicio de sus derechos a las personas que se encuentran bajo un régimen asistencia (sic). 6. Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación. 7. El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación. 8. La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos registrables conforme a la ley de la materia.

registrables conforme a la ley de la materia. 9. Las resoluciones que designan al tutor o al apoyo y las que dejan los dejen (sic) sin efecto. 10. Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial.	9. El nombramiento de tutor o asistente. 10. Las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocidas por vía judicial.

Se propone adecuar los incisos 1, 3, 5 y 9 al nuevo régimen de las personas con discapacidad.

Artículo 2033

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2033.- Las inscripciones se hacen en la oficina que corresponda al domicilio de la persona interesada y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles, si fuera el caso.	Artículo 2033.- Competencia Nacional del Registro Personal El Registro Personal es de competencia nacional requiriéndose su inscripción en una sola oficina registral. Se presume que la oficina registral competente es la del domicilio de la persona, salvo disposición diferente de las normas específicas que regulan el acto inscribible.

No tenemos algo que decir sobre esta propuesta.

Título V

Registro de mandatos y poderes

Artículo 2036

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2036.- Se inscriben en este registro: 1.- Los instrumentos en que conste el mandato o el poder de un modo general o para ciertos actos. 2.- Los instrumentos en que conste la sustitución, modificación y extinción del poder o mandato, en su caso.	Artículo 2036.- Registro de Mandatos y Poderes Se inscriben en este Registro el mandato con representación o el poder genérico o específico, así como su modificación, sustitución, delegación, revocatoria o extinción y el pacto de irrevocabilidad y su plazo cuando corresponda.

Estamos de acuerdo.

Artículo 2037

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2037.- Las inscripciones se hacen en el Registro del lugar donde permanentemente se va a ejercer el mandato o la representación.	Artículo 2037.- Competencia Nacional del Registro de Mandatos y Poderes El Registro de Mandatos y Poderes es de competencia nacional requiriéndose su inscripción en una sola oficina registral.

La propuesta es correcta. Creemos, incluso, que ella debería inspirar el texto que la comisión propone para el artículo 2033.

Artículo 2038

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil

	(R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2038.- El tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de éstos no inscritos.	Artículo 2038.- Inoponibilidad y buena fe del tercero 1. Al tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base del mandato o poder inscrito y vigente en cualquier oficina registral, no le es oponible la modificación, sustitución, delegación, revocatoria o extinción del mandato o poder no inscrito. 2. Esta disposición también es aplicable cuando se contrata con los representantes que aparecen inscritos y vigentes en los registros que conforman el Registro de Personas Jurídicas.

El inciso 1 es adecuado. El inciso 2 creo que peca de excesivo, al señalar que «Esta disposición también es aplicable cuando se contrata con los representantes que aparecen inscritos y vigentes en los registros que conforman el Registro de Personas Jurídicas». Yo hubiera agregado, «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2014». Esto, pues, pareciera que con el inciso 2 que se propone, se quisiera establecer un manto de legalidad en donde no necesariamente la habrá.

Título VI

Registro de testamentos

Artículo 2039

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2039.- Se inscriben en este registro: 1. Los testamentos. 2. Las modificaciones y ampliaciones de los mismos. 3. Las revocaciones de los actos a que se refieren los incisos 1 y 2. 4. Las sentencias ejecutoriadas sobre nulidad, falsedad o caducidad de los testamentos. 5. Las sentencias ejecutoriadas en los juicios sobre justificación o contradicción de la desheredación. 6. Las escrituras revocatorias de la desheredación.	Artículo 2039.- Actos inscribibles en los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas: En estos Registros se inscriben, según corresponda: 1. El testamento, previa protocolización en su caso, así como su ampliación, modificación y revocación. La inscripción del contenido de estos actos será pública sólo después de la muerte del testador. 2. Las resoluciones judiciales o actas notariales que declaran la sucesión intestada total o parcialmente. 3. Las solicitudes formuladas por el juez o el notario respecto a la anotación preventiva de la sucesión intestada. 4. Las resoluciones judiciales que amparan la petición de herencia. 5. La aceptación y la renuncia de la herencia y, en su caso, del legado. 6. Las resoluciones judiciales que declaren la indignidad. 7. Las resoluciones judiciales que declaren la ineficacia de la renuncia de herencia o de legado. 8. Las restricciones sobre la masa sucesoria, incluida la legítima.

	9. Los actos convencionales y las resoluciones judiciales o arbitrales sobre derechos hereditarios o de legados. 10. La designación, aceptación, sustitución, renuncia y cese de albaceas, representantes y administradores. 11. Los convenios y resoluciones judiciales o arbitrales sobre indivisión y partición. 12. Las demás resoluciones judiciales o laudos arbitrales que tengan trascendencia sobre la sucesión o el testamento, conforme a las normas que establezca el Reglamento. 13. Los testamentos otorgados en el extranjero que deban ejecutarse en el Perú y las declaraciones o resoluciones de sucesión total o parcialmente intestada expedidas en el extranjero. 14. Los demás actos y resoluciones sobre derechos sucesorios, sus limitaciones o extinción.

Se propone unificar en este artículo la relación de actos inscribibles en los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas, derogando, luego, como consecuencia natural, el artículo 2041.

Se trata de un tema meramente reglamentario.

Artículo 2040

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2040.- Las inscripciones se hacen en el registro del domicilio del testador y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles si se designan en el testamento.	Artículo 2040.- Competencia Nacional de los Registros de Testamentos y Sucesiones Intestadas Los Registros de Testamentos y de Sucesiones Intestadas son de competencia nacional requiriéndose su inscripción en una sola oficina registral. Se presume que la oficina registral competente es la del ultimo (sic) domicilio del causante o testador, salvo disposición diferente de las normas específicas que regulan el acto inscribible (sic)

Título VII

Registro de sucesiones intestadas

Artículo 2041

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2041.- Se inscriben obligatoriamente en este registro las actas notariales y las resoluciones judiciales ejecutoriadas que declaran a los herederos del causante. Asimismo, se inscribirán las anotaciones preventivas de la solicitud de sucesión intestada que mande el notario como las demandas que a criterio del juez, sean inscribibles.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Se propone su derogatoria como consecuencia de la modificación operada en el

artículo 2039.

Artículo 2042

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2042.- Las resoluciones a que se refiere el Artículo 2041 se inscriben en el registro correspondiente del último domicilio del causante y, además, en el lugar de ubicación de los bienes muebles e inmuebles, en su caso.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

Se propone su derogatoria como consecuencia de la modificación planteada sobre el artículo 2041, que le sirve de base o referencia.

Libro X

Derecho internacional privado

Título I

Disposiciones generales

Artículo 2046-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 2046-A.- Domicilio internacional. El domicilio internacional se constituye de acuerdo a los conceptos contemplados en la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado. Solo se pierde un domicilio internacional cuando se ha adquirido uno nuevo.

La comisión propone agregar al Código Civil el artículo 2046-A, en el que se regule el concepto de domicilio internacional, en concordancia con la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado. Nos parece correcto.

Artículo 2047-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 2047-A.- Calificación. Para determinar la naturaleza jurídica de las relaciones vinculadas con ordenamientos extranjeros, se aplicarán las calificaciones del derecho peruano ampliadas mediante la interpretación analógica y comparativa.

Esta norma se propone para determinar la naturaleza jurídica de los alcances vinculados con ordenamientos extranjeros, en cuyo caso, plantea aplicar «las calificaciones del derecho peruano ampliadas mediante la interpretación analógica y comparativa».

En verdad, no creemos que sea conveniente sólo establecer dos criterios para tal efecto. Estimamos que los criterios interpretativos que conduzcan a determinar la

naturaleza jurídica de tales actos pueden ser mucho más amplios, razón por la cual no resultaría conveniente la referencia a esos dos criterios. Tal vez hubiera sido mejor el señalar, «sin perjuicio de los demás que resulten pertinentes» o algo así; o, simplemente, no señalar criterio alguno.

Artículo 2047-B

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 2047-B.- Aplicación armónica de diversos derechos vinculados a la relación. Las diversas normas que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas normas. Las eventuales dificultades que puedan surgir por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta la equidad en el caso concreto.

Nos parece pertinente la propuesta de incorporar el artículo 2047-B al Código Civil.

Artículo 2048

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2048.- Los jueces aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado.	Artículo 2048.- Reenvío. Los jueces aplicarán el derecho sustantivo del Estado competente por la norma de derecho internacional privado. No obstante, en lo que respecta al estado y capacidad civil de las personas, relaciones de filiación y sucesión por causa de muerte, se admitirá el reenvío que las normas de conflicto extranjeras puedan hacer al ordenamiento jurídico peruano u a otro (sic) ordenamiento extranjero.

Estamos de acuerdo con la modificación propuesta y su fundamento.

Artículo 2049-A

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 2049-A.- Normas de aplicación necesaria o inmediata. 1. Las leyes peruanas de aplicación necesaria en consideración a su objeto y su finalidad serán aplicadas cualquiera que sea el derecho designado por las normas conflictuales nacionales. Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones internacionalmente imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes. 2. Una norma de aplicación necesaria o inmediata es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus

	intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese el derecho aplicable según el presente Código.

Estamos de acuerdo con el artículo que se propone introducir en el Código Civil y su fundamento.

Artículo 2049-B

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 2049-B.- Derechos de los pueblos andinos y amazónicos sobre los recursos naturales. Las disposiciones para proteger los derechos de Comunidades (pueblos) en las naciones andinas y amazónicas, sobre los recursos naturales existentes en sus tierras, los conocimientos tradicionales, la conservación de la diversidad biológica, el uso sostenible de recursos y variedades vegetales tiene (sic) el carácter de normas de aplicación necesaria.

De acuerdo. Sólo faltó el plural en «tienen el carácter de normas de aplicación necesaria».

Artículo 2050-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 2050-A.- Excepción de fraude a la ley. No se aplicará el derecho material resultante del juego de las reglas de conflicto cuando artificiosamente se hayan evadido las leyes imperativas que de conformidad con las normas de conflicto peruanas deben regir las relaciones jurídicas internacionales. Rige, en este caso, la norma material que se hubiese tratado de eludir.

De acuerdo con la propuesta y su fundamento.

Artículo 2052

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2052.- Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios probatorios que no considere idóneos.	Artículo 2052.- Información del derecho extranjero. Las partes litigantes pueden ofrecer la información que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido. El juez puede rechazar o restringir los medios informativos que no considere idóneos. En ningún caso se exigirá a las partes acreditar, ni probar el derecho extranjero.

De acuerdo con la propuesta y su fundamento.

Título II

Competencia jurisdiccional

Artículo 2057

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2057.- Los tribunales peruanos son competentes para conocer de las acciones contra personas domiciliadas en el territorio nacional.	Artículo 2057.- Competencias (sic) sobre personas domiciliadas en el Perú. Los tribunales peruanos son competentes para conocer personas domiciliadas (sic) en el territorio nacional. También son competentes para conocer los asuntos no contenciosos de personas domiciliadas en el Perú.

Esta propuesta contiene un error, ya que se dice «Los tribunales peruanos son competentes para conocer personas domiciliadas…», cuando debió decir: «Los tribunales peruanos son competentes para conocer de acciones contra personas domiciliadas...».

Por otra parte, estamos de acuerdo con que se agregue la competencia para conocer los asuntos no contenciosos de personas domiciliadas en el Perú.

Título III

Ley aplicable

Artículo 2070

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2070.- El estado y capacidad de la persona natural se rigen por la ley de su domicilio. El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior. No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú relativo al derecho de obligaciones y contratos si el agente es capaz según la ley peruana, salvo que se trate de acto jurídico unilateral, o de derechos sobre predios situados en el extranjero.	Artículo 2070.- Estado y capacidad de la persona natural. 1. El estado y la capacidad de la persona natural, así como, (sic) sus inherentes derechos, se rigen por la ley del domicilio. 2. El cambio de domicilio no altera el estado ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior. 3. No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico relativo a obligaciones patrimoniales si el agente es capaz según la ley donde se celebró el acto, o donde acaeció el hecho generador de la responsabilidad extracontractual, salvo que se trate de acto jurídico unilateral o de derechos sobre predios situados en el extranjero.

En el inciso 1 propuesto, se hace referencia a inherentes derechos del estado y la capacidad de la persona natural; pero hay una coma de más, luego de la palabra «como, […]».

El inciso 2 mantiene intacto el segundo párrafo del artículo 2070.

El inciso 3 es el que suscita algunos comentarios.

En primer lugar, el artículo en vigencia emplea la expresión «No es nulo por falta de capacidad el acto jurídico celebrado en el Perú…».

La propuesta normativa no se circunscribe al Perú, sino a cualquier lugar donde se haya celebrado el acto.

En segundo lugar, la norma actual se refiere a que el acto sea relativo al derecho de obligaciones y contratos; en tanto la norma propuesta hace referencia a «obligaciones patrimoniales», expresión incorrecta, pues en el marco de nuestro derecho toda obligación tiene contenido patrimonial. Es más, en caso contrario, no sería una obligación.

En tercer lugar, relaciona la capacidad del sujeto con el hecho generador de responsabilidad extracontractual, vinculación no necesaria para que se tenga que responder por los daños causados.

Artículo 2078

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2078.- El régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal. El cambio de domicilio no altera la ley competente para regir las relaciones de los cónyuges en cuanto a los bienes adquiridos antes o después del cambio.	Artículo 2078.- Régimen patrimonial del matrimonio. El régimen patrimonial del matrimonio y las relaciones de los cónyuges respecto a los bienes se rigen por la ley del último domicilio conyugal, la cual no tiene efectos retroactivos.

En la propuesta del artículo 2078, la comisión cambia la referencia de la ley del primer domicilio conyugal, al último, en lo que respecta al régimen patrimonial y las relaciones de los cónyuges.

Se trata de un tema de mera opción legislativa, que no objetamos, más aún, si se basa en la Convención de La Haya de 1978.

Artículo 2078-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 2078-A.- Unión libre. En lo que respecta a las relaciones personales, como a las patrimoniales, las uniones de hecho que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil, se rigen por la ley del último domicilio común de los concubinos.

Se propone esta norma para regular lo que la comisión denomina como «unión libre». En verdad, el nombre apropiado sería «unión de hecho», más aún si para el caso se requiere de los elementos establecidos por el artículo 326 del Código Civil.

La propuesta legislativa sigue la línea que la comisión sugiere para el artículo 2078, antes comentado.

Artículo 2079

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**

Artículo 2079.- La nulidad del matrimonio se rige por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca cuya infracción motive dicha nulidad. Los vicios del consentimiento, como causas de nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del lugar de la celebración.	Artículo 2079.- Invalidez del matrimonio. La invalidez del matrimonio se rige por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca cuya infracción motive la nulidad.

Hace bien el grupo de trabajo en proponer unificar los temas tratados hoy en el 2079, como relativos a la invalidez del matrimonio y hacer que se rijan por la misma ley a que está sometida la condición intrínseca cuya infracción motive la nulidad.

Artículo 2080

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2080.- La ley del domicilio conyugal rige los efectos de la nulidad del matrimonio, excepto los referentes a los bienes de los cónyuges, que siguen la ley del régimen patrimonial del matrimonio.	Artículo 2080.- Efectos de la invalidez del matrimonio. La ley del domicilio conyugal rigen (sic) los efectos personales y patrimoniales de la invalidez del matrimonio.

Concordamos con la propuesta de reforma de este artículo y su fundamento.

Artículo 2083

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2083.- La filiación matrimonial se determina por la ley más favorable a la legitimidad, entre las de la celebración del matrimonio o la del domicilio conyugal al tiempo de nacimiento del hijo.	Artículo 2083.- Filiación matrimonial. La filiación matrimonial se determina por la ley más favorable al interés superior del niño, entre las de la celebración del matrimonio o la del domicilio conyugal al tiempo de nacimiento del hijo.

Coincidimos con la introducción del factor relativo al «interés superior del niño»; no obstante, nosotros lo hubiéramos agregado al de la «legitimidad», el mismo que no es contradictorio con el que se agrega, sino más bien complementario con él.

Artículo 2084

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2084.- La determinación de la filiación extramatrimonial, así como sus efectos y su impugnación, se rigen por la ley del domicilio común de ambos progenitores y del hijo o, en su defecto, por la del domicilio del progenitor que tiene la posesión de estado respecto al hijo. Si ninguno de los progenitores tuviera la posesión de estado, se aplicará la ley del domicilio del hijo.	Artículo 2084.- Filiación extramatrimonial. La determinación de la filiación extramatrimonial; (sic) así como, (sic) sus efectos e impugnación se determinan por la ley más favorable a la paternidad o maternidad entre las del domicilio del hijo, o la ley del domicilio de ambos progenitores, o en su defecto, por la del domicilio del progenitor que tenga la posesión de estado respecto al hijo.

El artículo en vigencia nos parece una norma más objetiva que aquella que se propone; además de no tener la carga subjetiva de cuál es más favorable a la paternidad o maternidad. Este factor no debería influir en determinar la legislación aplicable al caso, operación que debería tener naturaleza absolutamente objetiva.

Artículo 2086

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil

	(R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2086.- La legitimación por subsecuente matrimonio, se rige por la ley del lugar de celebración de éste. Sin embargo, si la ley del domicilio del hijo exige el consentimiento de éste, debe ser también aplicada. La capacidad para legitimar por declaración estatal o judicial, se rige por la ley del domicilio del legitimante; y la capacidad para ser estatal o judicialmente legitimado, por la ley del domicilio del hijo; requiriendo la legitimación la concurrencia de las condiciones exigidas en ambas. La acción para impugnar la legitimación, se somete a la ley del domicilio del hijo.	SE PROPONE SU DEROGACIÓN

No estoy de acuerdo con la propuesta de derogar el artículo 2086. Si bien es cierto que todos los hijos tienen iguales derechos, no cabe duda de que existe una lamentable diferencia social entre ser hijo extramatrimonial y ser hijo matrimonial.

Cualquiera preferiría ser hijo matrimonial. En este sentido, el artículo 2086, que permite la legitimación del hijo por subsecuente matrimonio, resulta una norma con gran sentido práctico y sólo tiende a beneficiar a quienes han nacido con la condición de hijos extramatrimoniales. ¿Por qué negarles ese derecho de legitimación subsecuente por matrimonio?

Artículo 2095

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2095.- Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración. Si el lugar del cumplimiento no está expresamente determinado o no resulta inequívocamente de la naturaleza de la obligación, se aplica la ley del lugar de celebración.	Artículo 2095.- Obligaciones contractuales. 1. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes. 2. La elección del derecho aplicable no supone la elección de foro, ni la elección de foro supone la elección del derecho aplicable.

No nos oponemos a la norma propuesta, más aún si ella tiene una amplia base normativa en materia de tratados internacionales.

Artículo 2095-A

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
	Artículo 2095-A.- Variación del derecho aplicable. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un derecho distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no éste elegido por las

	partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros ni lo ya ejecutado conforme al derecho oportunamente aplicable.

Decimos lo mismo en torno al artículo 2095-A.

Artículo 2095-B

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 2095-B.- Elección de varios derechos aplicables al contrato. La elección que hagan las partes sobre el derecho aplicable a su contrato puede referirse a la totalidad o a partes separables del mismo.

Ídem.

Artículo 2095-C

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
	Artículo 2095-C.- Derecho aplicable a falta de elección. 1. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. 2. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos. También tomará en cuenta los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales.

Ídem. Sólo una observación a la exposición de motivos. La abreviatura de Estados Unidos es EE.UU. y no E.E.U.U., como erróneamente se consigna. Cuando se abrevia una palabra en plural se coloca, en mayúsculas, dos letras iguales de aquélla con la que comienza la palabra y se pone luego un punto. Así, Estados: EE./Unidos: UU.

Título IV

Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros/Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras

Artículo 2104

Código Civil vigente	Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)
Artículo 2104.- Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2102 y 2103: 1.- Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva. 2.- Que el tribunal extranjero haya sido	Artículo 2104.- Requisitos para el exequátur. Para que las sentencias extranjeras sean reconocidas en la República, se requiere, además de lo previsto en los artículos 2049-A, 2102 y 2103: 1. Que no resuelvan sobre asuntos de competencia peruana exclusiva.

competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.	2. Que el tribunal extranjero haya sido competente para conocer el asunto, de acuerdo a sus normas de Derecho Internacional Privado y a los principios generales de competencia procesal internacional.
3.- Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.	3. Que se haya citado al demandado conforme a la ley del lugar del proceso; que se le haya concedido plazo razonable para comparecer; y que se le hayan otorgado garantías procesales para defenderse.
4.- Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.	4. Que la sentencia tenga autoridad de cosa juzgada en el concepto de las leyes del lugar del proceso.
5.- Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.	5. Que no exista en el Perú juicio pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, iniciado con anterioridad a la interposición de la demanda que originó la sentencia.
6.- Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.	6. Que no sea incompatible con otra sentencia que reúna los requisitos de reconocimiento y ejecución exigidos en este título y que haya sido dictada anteriormente.
7.- Que no sea contraria al orden público ni a las buenas costumbres.	7. Que no sea contraria a los principios fundamentales de nuestro derecho.
8.- Que se pruebe la reciprocidad.	8. Que se invierta la carga de la prueba, correspondiendo la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad.
	9. Que no se hayan evadido artificiosamente las normas conflictuales imperativas normalmente competentes.

En primer lugar, se propone el cambio de nombre del Título IV, para que varíe de «Reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros» a «Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras». Sin embargo, el primer párrafo de la norma sigue haciendo referencia a «sentencias extranjeras», cuando —conforme a la lógica del propio grupo de trabajo— debió haber aludido a «resoluciones extranjeras».

Entendemos, pero no lo dice la exposición de motivos, que con la palabra «resoluciones» se abarca no sólo a las sentencias, a laudos arbitrales extranjeros, sino a otras resoluciones provenientes de estos tribunales que deban cumplirse en el Perú, cómo sería, sólo por citar un ejemplo, el caso de medidas cautelares.

El inciso 1 se mantiene idéntico, al igual que el inciso 2 y el 3.

Lo propio ocurre con el inciso 4, pero aquí no se debió emplear la palabra «sentencia», sino el término «resolución».

En el inciso 5, la norma también es igual que aquella que se encuentra en vigencia, pero no debió emplearse la palabra «juicio», sino la expresión «proceso», ni la palabra «sentencia», sino «resolución» (siguiendo el planteamiento establecido por el propio grupo de trabajo).

El inciso 6 reproduce el respectivo inciso del código en vigencia. En lugar de «sentencia», se debió decir «resolución».

El inciso 7 en vigencia («Que (la sentencia) no sea contraria al orden público ni

a las buenas costumbres») ha sido modificado por: «Que no sea contraria a los principios fundamentales de nuestro derecho».

La exposición de motivos señala que es para que no se confunda «orden público internacional» con «orden público interno». Pero, a nuestro entender, con la nueva redacción se intentaría hacer que ese impedimento de contravención no se restrinja solamente al orden público y a las buenas costumbres.

Por otra parte, en el inciso 8 se introduce una nueva norma que dice «Que se invierta la carga de la prueba, correspondiendo la prueba negativa a quien niegue la reciprocidad», lo que nos parecería correcto.

Finalmente, el inciso 9 de la comisión señala «Que no se hayan evadido artificiosamente las normas conflictuales imperativas normalmente competentes», lo que también es correcto, salvo decir en una misma oración «normas» y «normalmente».

Artículo 2105

Código Civil vigente	**Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.° 0300-2016-JUS)**
Artículo 2105.- El tribunal peruano que conoce del reconocimiento de una sentencia extranjera de quiebra, puede dictar las medidas preventivas pertinentes desde la presentación de la solicitud de reconocimiento. El reconocimiento en el Perú de una sentencia extranjera de quiebra debe cumplir con los requisitos de notificación y publicidad previstos en la ley peruana para las quiebras de carácter nacional. Los efectos de la quiebra decretada en el extranjero y reconocida en el Perú, se ajustarán a la ley peruana en lo que respecta a los bienes situados en el Perú y a los derechos de los acreedores. El juez procederá de acuerdo a lo establecido en la ley peruana en cuanto a la formación, administración y liquidación de la masa en el Perú, satisfaciendo los derechos de los acreedores domiciliados y las acreencias inscritas en el Perú, según la graduación señalada en la ley de quiebras. Si no hay acreedores domiciliados ni acreencias inscritas en el Perú, o si, después de satisfechos éstos conforme a los párrafos precedentes, resulta un saldo positivo en el patrimonio del fallido, dicho saldo será remitido al administrador de la quiebra en el extranjero, previo exequatur ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero.	Artículo 2105.- Declaración del concurso en el extranjero. 1. Tratándose de bienes situados en el Perú, el reconocimiento de una sentencia extranjera de declaración de concurso debe cumplir con los requisitos generales de reconocimiento de sentencias extranjeras. Una vez que dicho trámite haya concluido, la autoridad ordenará a la autoridad (sic) correspondiente para que proceda de acuerdo a lo establecido por la ley peruana en cuanto a la formación y desarrollo del concurso y graduación de créditos, satisfaciendo los derechos de los titulares de acreencias inscritas en el Perú. 2. Si no hay acreencias inscritas en el Perú o si existiendo ellas han sido satisfechas y resultara un saldo positivo, la gestión del patrimonio del remanente en el Perú quedará a cargo del administrador del concurso en el extranjero, previo exequátur ante el juez peruano de la verificación y graduación de los créditos realizados en el extranjero. Con dicha actuación cesa la competencia de las autoridades peruanas.

No tenemos comentarios sobre esta propuesta.

Tentaciones académicas 2
Análisis del Anteproyecto de
Reforma del Código Civil peruano
se terminó de imprimir en el mes de
enero del 2020, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Miguel Aljovín 414, Urb. Santa Rita,
Miraflores, teléfono: 620-5795
Lima 18, Perú