

Pontificia Universidad Católica del Perú
Escuela de Graduados
Doctorado en Derecho



TESIS PARA OPTAR EL GRADO DE DOCTOR EN
DERECHO

LAS PATOLOGÍAS Y LOS REMEDIOS DEL CONTRATO

Rómulo Morales Hervias

2010

A mi madre por su amor y apoyo perseverantes



Índice

Presentación	7
Capítulo 1: Hechos y actos jurídicos.	16
Tema 1.1: Criterios de clasificación.	16
Tema 1.2: Hechos jurídicos en sentido estricto.	32
Tema 1.3: Actos jurídicos en sentido estricto.	35
Tema 1.4: Actos de autonomía privada.	36
Tema 1.5. Conclusiones	40
Capítulo 2: Situaciones jurídicas subjetivas.	42
Tema 2.1: Conceptos generales.	42
2.1.1. Concepto de situación jurídica subjetiva.	42
2.1.2. Tipos de situaciones jurídicas subjetivas.	47
2.1.3. La relación jurídica.	52
Tema 2.2: Derecho subjetivo. Concepto, contenido y límites.	53
Tema 2.3: Tipos de derecho subjetivo.	59
2.3.1. Derechos absolutos y derechos relativos.	59
2.3.2. Derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales.	61
2.3.3. Derechos reales y derechos de crédito.	63
2.3.4. Derechos reales de disfrute.	64
2.3.5. Derechos reales de garantía.	65
2.3.6. Derecho de crédito y la obligación.	66
2.3.7. Derechos personales de disfrute.	66
2.3.8. Derechos potestativos.	67
Tema 2.4: Las mutaciones del derecho subjetivo.	69
2.4.1. Titularidad del derecho, adquisición del derecho y sucesión del derecho.	70
2.4.2. Ejercicio del derecho y abuso del derecho.	73
2.4.3. Ejercicio y no ejercicio del derecho. Extinción del derecho.	
Prescripción y caducidad.	75
2.4.4. La tutela de los derechos subjetivos.	83

Tema 2.5: Las otras situaciones de ventaja.	86
2.5.1. El poder jurídico.	86
2.5.2. La expectativa.	89
2.5.3. El interés legítimo.	91
Tema 2.6: Potestad, carga y estatus.	93
Tema 2.7: Deber, obligación, sujeción y responsabilidad: situaciones de desventaja.	95
Tema 2.8. Conclusiones	101
Capítulo 3: El negocio jurídico en Perú hoy.	104
Tema 3.1: Conceptos generales.	104
Tema 3.2: Categorías del negocio jurídico.	106
Tema 3.3: La normativa general del Código Civil y su aplicabilidad en los actos de autonomía privada	127
Tema 3.4: Aplicaciones indebidas de los conceptos del negocio jurídico.	136
Tema 3.5: Conclusiones	143
Capítulo 4: Inexistencia, invalidez, ineficacia en sentido estricto y remedios contractuales.	147
Tema 4.1: Existencia, relevancia, inexistencia e irrelevancia del acto de autonomía privada.	151
Tema 4.2: Validez, invalidez, eficacia e ineficacia del contrato.	157
Tema 4.3: Nulidad.	172
4.3.1. Las causas de nulidad y las razones del instituto.	175
4.3.2. Normativa y características de la nulidad.	188
4.3.3. La ejecución material del acto de autonomía privada nulo y sus consecuencias jurídicas.	188
4.3.4. La nulidad parcial.	189
Tema 4.4: Anulabilidad.	190
4.4.1. Las causas de anulabilidad y las razones del instituto.	190
4.4.2. Normativa y características de la anulabilidad.	196

4.4.3. La ineficacia retroactiva del acto de autonomía privada anulado y la eventual ejecución del acto de autonomía privada.	197
4.4.4. La convalidación o la confirmación del acto de autonomía privada anulable.	198
Tema 4.5: Rescisión.	198
4.5.1. El contrato con lesión enorme y su tipicidad.	198
4.5.2. La rescisión por estado de necesidad.	211
4.5.3. La acción de rescisión por estado de necesidad.	212
4.5.3.1. Caracteres de la acción y de la excepción.	212
4.5.3.2. El juicio de rescisión y los terceros.	212
Tema 4.6: Remedios sinalagmáticos.	213
4.6.1. Los remedios voluntarios.	213
4.6.2. La resolución del contrato. Características generales y ámbito de aplicación.	213
4.6.2.1. Resolución judicial o arbitral y resolución de derecho.	213
4.6.2.2. Resolución judicial o arbitral.	214
4.6.2.3. Cláusula resolutoria expresa.	216
4.6.2.4. La intimación para cumplir.	218
4.6.2.5. Término esencial.	219
4.6.2.6. Efectos de la resolución del contrato.	220
4.6.3. Excepciones de incumplimiento y de peligro de incumplimiento y cláusula de " <i>solve et repete</i> ".	221
4.6.4. La resolución por imposibilidad sobrevenida.	222
Tema 4.7. El tiempo y la estabilización de las situaciones jurídicas.	223
4.7.1. La evolución en el tiempo de las situaciones jurídicas duraderas: la alteración de las circunstancias.	223
4.7.1.1. La doctrina de la cláusula " <i>rebus sic stantibus</i> ".	224
4.7.1.2. La doctrina de la presuposición.	224
4.7.1.3. La doctrina de la imprevisión.	227
4.7.1.4. La doctrina de la base del negocio jurídico.	227
4.7.1.5. La doctrina del riesgo.	230
4.7.1.6. La doctrina de la " <i>frustration</i> ".	230

4.7.2. La excesiva onerosidad sobrevenida.	232
Tema 4.8: Desistimiento.	235
4.8.1. Definición.	235
4.8.2. Desistimiento convencional.	243
4.8.3. Desistimiento legislativo.	244
Tema 4.9. Ineficacia en sentido estricto por ausencia de legitimidad para contratar y fraude a los acreedores .	247
4.9.1. Ausencia de legitimidad para contratar.	247
4.9.2. Fraude a los acreedores.	252
Tema 4.10. Remedios correctivos.	264
Tema 4.11. Conclusiones.	266
Capítulo 5: Los remedios en el Código de Consumo.	269
Tema 5.1: Ideología del Código de Consumo.	269
Tema 5.2: Definición del contrato de consumo en el Código de Consumo.	272
Tema 5.3: Las definiciones del Código Civil aplicables al contrato de consumo.	275
Tema 5.4: Un caso concreto: Las cláusulas vejatorias.	278
Tema 5.5: Conclusiones.	285
Capítulo 6: Patologías del contrato vs. Principio de la Fe Pública Registral	288
Tema 6.1: Propósito.	288
Tema 6.2: La oponibilidad del contrato.	293
Tema 6.3: Conflicto de intereses entre la nulidad y la inoponibilidad del contrato vs. El principio de la fe pública registral.	299
Tema 6.4: Propuesta de reforma del artículo 2014 del Código Civil.	319
Tema 6.5: Conclusiones.	322
Resumen de conclusiones	324
Bibliografía	332

PRESENTACIÓN

Desde hace un tiempo se escuchan voces de desprestigio al pensamiento formalista y abstracto como si fuera la causa de los males de la administración de justicia en nuestro país. A propósito de la poca utilización del concepto de buena fe objetiva en el Perú se ha expresado que predomina el pensamiento formalista en la comunidad jurídica, que existe una predilección del razonamiento jurídico del Derecho Continental por la abstracción y que los juristas formados en el sistema continental conceden poca importancia a los hechos⁽¹⁾.

Estas críticas son infundadas porque suponen una realidad inexistente en el Perú. Aquí no existe una cultura jurídica –por ejemplo– a la altura de la francesa, de la alemana, o de la italiana o de la portuguesa. Por el contrario, aquí existe la ausencia de un conocimiento sistemático. Este pensamiento tiene el propósito de resolver problemas jurídicamente relevantes de una manera coherente y justa. En particular todavía no se ha consolidado en el Perú una verdadera cultura del Derecho Civil como en Europa donde objetivamente existe una tradición civilista milenaria. Ahí se utilizan adecuadamente las categorías jurídicas para resolver problemas humanos.

De ahí que asumimos el deber moral de hacer un estudio sistemático de algunos temas del Derecho Civil. El tema que proponemos investigar es el de las patologías del contrato y sus remedios desde la inexistencia, la irrelevancia, la invalidez y la ineficacia en sentido estricto del contrato. La investigación adquiere mayor realce porque desgraciadamente tanto en la ciencia como en la

legislación, el lenguaje empleado no es preciso ni constante, de tal suerte que ocurre muchas veces que dos diversas especies de ineficacia se llaman con el mismo nombre, y otras muchas, una especie particular se designa con un nombre que, por ser general, abraza también otras especies⁽²⁾.

Ahora bien, estos problemas de confusión de conceptos y de significados repercuten en la praxis jurídica cuando los abogados formulan sus argumentos en sus demandas, contestaciones de demanda, reconvencciones, apelaciones y casaciones. También ello se evidencia en el contenido de las resoluciones judiciales o laudos arbitrales. Estos problemas tienen un origen en la mala formación en muchas facultades de derecho de nuestro país donde los estudiantes se titulan de abogados sin conocer a profundidad las semejanzas y las diferencias de los diferentes remedios que otorga el ordenamiento jurídico cuando existe una patología contractual.

La presente tesis de doctorado contiene seis capítulos.

En el primer capítulo estudiaremos las clases de hechos jurídicos ya sea aquellos regulados en normas jurídicas o aquellos de realidad que previamente ya fueron previstos.

La clasificación de los hechos jurídicos es un presupuesto necesario para estudiar otras instituciones del Derecho civil. El Derecho civil no solo está constituido por el Código Civil y por los principios sistemáticamente organizados en las normas jurídicas, sino que es también el resultado de las construcciones conceptuales. Estas construcciones cumplen una función cognoscitiva ya que informan a los operadores jurídicos sobre el significado de las normas jurídicas. También cumple una función argumentativa porque aclaran, integran y desarrollan un discurso claro y coherente para su aplicación práctica. En

(¹) ZUSMAN TINMAN, Shoschana, "La buena fe contractual", en *Themis*, Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Segunda época, N° 51, Lima, 2005, págs. 28-30.

(²) COVIELLO, Nicola, *Doctrina general del derecho civil*, Traducción de Felipe J. Tena y revisada por Leonardo Coviello, Ara Editores, Lima, 2007, pág. 363.

este sentido, la actividad de la construcción de conceptos se identifica con la del legislador y la del administrador de justicia porque todos realizan una actividad teórica para aplicarla a una experiencia concreta.

Todo el dinamismo del sistema privado se fundamenta en la categoría de los hechos jurídicos pero hay que saber diferenciar los hechos jurídicos previstos hipotéticamente por las normas jurídicas y los hechos jurídicos concretos. Asimismo hay que distinguir los efectos jurídicos regulados hipotéticamente por las normas jurídicas y los efectos jurídicos concretos.

En efecto, debemos hacer notar que una cosa es el hecho jurídico hipotético⁽³⁾, es decir, el hecho previsto hipotéticamente en la norma, y otra cosa es el hecho jurídico concreto, el cual es el hecho (de la realidad) concreto aplicado en el hecho jurídico hipotético de la norma jurídica. De la misma manera, una cosa es el efecto jurídico hipotético y otra cosa es el efecto jurídico concreto. Tendremos un efecto jurídico concreto cuando exista un efecto jurídico hipotético correspondiente al hecho jurídico concreto.

Para nosotros hay cinco conceptos diferentes cuando se estudia la norma jurídica relacionada con la realidad. Un concepto es el hecho concreto o el hecho que nace de la realidad que puede ser jurídicamente valorado por el ordenamiento jurídico o por el contrario prescinde de toda valoración. Otro concepto es el hecho jurídico hipotético que es el hecho previsto hipotéticamente o el hecho jurídico probable regulado en la norma jurídica. Otro concepto es el hecho jurídico concreto que es el hecho concreto incorporado o subsumido en el hecho jurídico hipotético. Otro concepto es el efecto jurídico hipotético que es aplicable al hecho jurídico hipotético y también está regulado en la norma jurídica. Y el último concepto es el efecto jurídico

(³) IRTI, Natalino, *Introducción al estudio del derecho privado*, Traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Primera edición en castellano de la 4.^a reimpresión de la 4.^a edición (1990) italiana, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, pág. 57: "En la parte hipotética, la norma jurídica describe un hecho, el cual puede realizarse o no: por lo tanto, no es un hecho real (que ya pertenece al reino de la naturaleza o a la historia humana), sino un hecho eventual".

concreto que es el resultado de la aplicación del efecto jurídico hipotético al hecho jurídico concreto. Los casos deben ser analizados primero como hechos concretos o hechos de la realidad y luego como hechos y efectos jurídicos concretos.

Los hechos jurídicos y los efectos jurídicos están vinculados. Ello se evidencia claramente en los actos de autonomía privada que son celebrados para que produzcan efectos jurídicos, pues es a través de la producción de los efectos jurídicos y de su cumplimiento, donde se podrán satisfacer las necesidades prácticas.

Por ello el artículo 140 del Código Civil peruano (en adelante CC⁽⁴⁾) define el acto jurídico como la manifestación de voluntad destinada a crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas, mientras que el artículo 1351 define el contrato (una especie de los actos de autonomía privada) como el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En el segundo capítulo presentaremos las diferentes situaciones en que se hallan los sujetos cuando se realizan los hechos jurídicos. Estudiaremos los efectos jurídicos y en particular el de las situaciones jurídicas subjetivas. La definición de situación jurídica subjetiva es de origen doctrinaria. Ella tiene la pretensión de sistematizar en un cuadro unitario, también articulado, particulares situaciones, o categorías de situaciones, que el código civil menciona, sin definir conceptos y, sobre todo, sin ordenarlos coherentemente⁽⁵⁾.

En el ámbito de los intereses protegidos, una vez vinculado el interés al bien, se puede apreciar que las dos son situaciones concretas. En efecto, el sujeto puede querer o conseguir un bien que no tiene o conservar un bien que ya tiene. En el primer caso se configura una

(⁴) El Código Civil fue promulgado por Decreto Legislativo N° 295, publicado el 25 de julio de 1984 y entró en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

(⁵) GIARDINA, Francesca, "Las situaciones jurídicas subjetivas" en BRECCIA, Umberto; BRUSCUGLIA, Luciano; BUSNELLI, Francesco Donato; GIARDINA, Francesca; GIUSTI, Alberto; LOI, Maria Leonarda; NAVARRETTA, Emanuela; PALADINI, Mauro; POLETTI, Dianora; y ZANA, Mario, *Diritto privato, Parte Prima*, Utet, Turín, 2003, pág. 141.

situación dinámica de apropiación; en el segundo se configura una situación estática dirigida a mantener íntegro el patrimonio a fin de disfrutarlo. Desde este punto de vista, el bien puede consistir en las más diversas utilidades que puedan identificarse o no con una cosa material. En efecto, frecuentemente el bien consiste en una cosa o en un conjunto de cosas entendido como parte de la realidad material (una partitura musical, un piano, una biblioteca, una discoteca), pero puede consistir también en un bien inmaterial (una obra del ingenio, como una composición musical o una invención, susceptibles ambas de aprovechamiento económico: derecho de autor, derecho de disfrute de la patente) o en un comportamiento positivo (la llamada obligación de hacer) productor de utilidades (la ejecución de un concierto por parte de un solista) o en un comportamiento omisivo (la llamada obligación de no hacer. Por ejemplo: no edificar la fachada de una casa de acuerdo a una determinada altura), así como puede consistir en la calidad misma de persona, individualizada por dichas características (por ejemplo: interés a que se proteja el propio nombre, la propia honorabilidad, la propia imagen).

Los dos intereses fundamentales consistentes en conseguir y conservar un bien se pueden realizar desde un punto de vista jurídico (es decir, con todas las garantías que derivan de la protección jurisdiccional establecida por el ordenamiento jurídico) gracias al ejercicio de poderes y facultades atribuidas por el mismo ordenamiento. Tales poderes y facultades son de mayor o de menor intensidad e implican una extensión más o menos amplia del área de tutela, dependiendo de la situación subjetiva en la cual el sujeto se encuentre⁽⁶⁾.

En el tercer capítulo se desarrollarán los aspectos más importantes de la teoría del negocio jurídico para su aplicación clara en el sistema jurídico peruano. Hoy por hoy la teoría del negocio jurídico

en el Perú no tiene un desarrollo claro como en otros países. Por el contrario, las pocas publicaciones escritas han creado mucha confusión entre los operadores jurídicos. Ello se nota cuando se leen jurisprudencias donde no se sabe si la normativa del Libro II del CC se aplica a los actos jurídicos en general. El Código Civil italiano de 1942 ha influenciado directamente al CC. En el Título II del Libro IV del Código Civil italiano de 1942 se incluye la normativa de reglas preliminares de los contratos, de los requisitos del contrato, del acuerdo de las partes, de la causa, del objeto, de la forma, de la condición, de la interpretación, reglas generales de los efectos, de la cláusula penal, de la representación, del contrato por persona a nombrar, de la cesión del contrato, del contrato a favor de terceros, de la simulación, de la nulidad, de la anulabilidad, de la incapacidad, de los vicios, de la acción de anulabilidad, de la rescisión, de la resolución, de la resolución por incumplimiento, de la imposibilidad sobrevenida, de la excesiva onerosidad y de los contratos del consumidor.

El CC incluye los temas indicados en el Libro II, en el Capítulo Tercero de la Sección Segunda del Libro VI y en la Sección Primera del Libro VII.

“Desde este punto de vista, y fuera de toda paradoja, las decisiones del legislador peruano pueden ser asimiladas, en lo sustancial, a las del legislador italiano de 1942⁽⁷⁾”.

Aunque la cita hace referencia al concepto de negocio jurídico la normativa civil peruana se asemeja mucho a la normativa civil italiana sobre los contratos pero indudablemente existen normas no importadas y por lo tanto ellas son inaplicables en nuestro sistema jurídico.

⁽⁶⁾ GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003, pág. 56.

⁽⁷⁾ FERRI, Giovanni Battista, *Il potere e la parola e altri studi di diritto civile*, Cedam, Padua, 2008, pág. 419.

Entonces, sustancialmente nuestras normas se asemejan al Código Civil italiano de 1942 aunque formalmente el legislador peruano haya optado por crear el Libro II. Esta elección no constituye una Parte General como el Código Civil alemán de 1900 donde en la Sección Tercera del Libro I sobre los negocios jurídicos se regula la capacidad negociadora, la declaración de voluntad, el contrato, la condición, la determinación del tiempo, la representación, el poder, el consentimiento y la ratificación.

En el cuarto capítulo estudiaremos la invalidez, la ineficacia en sentido estricto y los específicos remedios contractuales. El objetivo de este capítulo es proponer un conjunto de conceptos a fin de tener un conocimiento claro y profundo del tema de la ineficacia del acto de autonomía privada y su normativa en el CC, haciendo énfasis en algunos remedios desarrollados por la doctrina y utilizados constantemente en la praxis, de forma tal que se pueda diferenciar nítidamente los supuestos de invalidez y de ineficacia en sentido estricto, evitando confusiones, lamentablemente muy frecuentes en nuestro ambiente jurídico. Este análisis se justifica por la mala técnica legislativa del CC cuando -por ejemplo- las autorizaciones escritas del comodante (artículo 1734 del CC) y del depositante (artículo 1817 del CC) son requisitos de validez; y por el contrario, el asentimiento escrito del arrendador (artículo 1692 del CC) y la autorización escrita del comitente (artículo 1772 del CC) son requisitos de eficacia.

Existen dos tipos de ineficacia del acto de autonomía privada. La invalidez y la ineficacia en sentido estricto. Los supuestos de invalidez o no produce los efectos jurídicos fundamentales programados por el reglamento de intereses, o deja de producir efectos jurídicos retroactivamente. La invalidez se presenta en la nulidad y en la anulabilidad. En cambio, los supuestos de ineficacia en sentido estricto son todos aquellos en los cuales un acto de autonomía privada que venía produciendo normalmente los efectos jurídicos programados, deja de producirlos posteriormente por la aparición de un hecho jurídico externo al reglamento de intereses o por el incumplimiento de un

requisito legal. La ineficacia en sentido estricto se presenta cuando la condición prevista por la partes nunca se produce, por el incumplimiento de las obligaciones esenciales, por el cumplimiento tardío, por el cumplimiento defectuoso, por el cumplimiento parcial, por la imposibilidad sobreviniente para la ejecución de la prestación, por la falta de legitimidad para contratar, por la desaparición de la presuposición causal, por la decisión unilateral de una de las partes y por otras causales determinadas convencional o legalmente.

Hay otras hipótesis donde se ubican tanto en la invalidez como en la ineficacia en sentido estricto. La lesión enorme es una de ellas donde es una situación de abuso de una parte de una situación de la contraparte para obtener ventajas excesivas. Esta situación de abuso ocasiona una grave desproporción de prestaciones (artículo 1447 del CC). También hay la hipótesis de contratos con fines lícitos que se convierten en contratos con fines ilícitos con posterioridad a la celebración del contrato. Normalmente sería una hipótesis de invalidez pero la normativa le asigna el remedio de la ineficacia en sentido estricto (numerales 7 del artículo 1681 y 3 del artículo 1697).

Los conceptos que desarrollaremos en el cuarto capítulo se apartan de la doctrina nacional sobre la ineficacia porque formularemos conceptos diferentes y más coherentes con la normativa del CC.

En el quinto capítulo describiremos algunos remedios en el novísimo Código de Protección y Defensa del Consumidor. En particular nos concentraremos en las cláusulas vejatorias y sus remedios correspondientes en las legislaciones comparadas y peruanas.

En el sexto capítulo desarrollaremos el principio de la Fe Pública Registral frente a los remedios del contrato. Esta confrontación es sumamente importante porque se revelarán las verdaderas razones de la protección de los intereses involucrados.

Finalmente, existe un gran dilema en la doctrina si es necesario adecuar los conceptos a la legislación o la legislación a los conceptos.

A propósito de las patologías contractuales, Francesco Santoro-Passarelli⁽⁸⁾ nos decía que lo decisivo no son los argumentos de la pura lógica sino los argumentos ofrecidos por el derecho positivo, es decir, según la lógica del sistema legislativo.

Nosotros pensamos lo contrario. La legislación debe adecuarse a los conceptos por la actividad de la dogmática es reconstruir en una forma lógica más correcta y representar en una forma lingüística más transparente el sistema legal, en sus integraciones y en sus correcciones derivadas de la corroboración con el sistema real del derecho⁽⁹⁾. Por ello, la dogmática es la investigación de los conceptos y de los principios más generales que caracterizan un ordenamiento jurídico y forma parte de la hermenéutica jurídica. Según el uso corriente, se llama dogmática también el resultado positivo de esta investigación, el conjunto de tales conceptos y principios organizados sistemáticamente⁽¹⁰⁾.

El método dogmático se aplica perfectamente en el Derecho Civil cuya doctrina ha alcanzado un nivel de generalidad y un grado de madurez, una firmeza y una adaptabilidad, no comparable con ningún otro campo del derecho. La centralidad del Derecho Civil es el presupuesto para hacer dogmática y consecuentemente con ello se logrará resolver problemas humanos tan necesitados de soluciones claras y no ambiguas. El análisis sistemático de las patologías y de los remedios del contrato que proponemos es una manera de defender la importancia del Derecho Civil en estos tiempos.

Lima, noviembre de 2010

-
- (⁸) SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Nona edizione, Ristampa, Jovene, Nápoles, 1997, pág. 241.
- (⁹) FALZEA, Angelo, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I. *Teoria generale*, Guiffre Editore, Milán, 1999, pág. 310.
- (¹⁰) FALZEA, *op. cit.*, pág. 263.

Capítulo 1: Hechos y actos jurídicos

Tema 1.1: Criterios de clasificación

Es común leer y escuchar que los hechos jurídicos son acontecimientos que generan efectos jurídicos pero ello no es una verdad absoluta.

¿Qué hay de común en estas seis situaciones diferentes?

- a. La fuerza del río arranca una porción considerable y reconocible en un campo ribereño y lo lleva al de otro propietario ribereño.
- b. Un agricultor descubre un tesoro en terreno ajeno no cercado y tampoco sembrado.
- c. Dos novios se prometen recíprocamente contraer matrimonio en diciembre.
- d. Un camión de una empresa, que transportaba nueve botellas de mercurio de propiedad de una empresa minera se le cayó una botella de mercurio en la carretera por la que circulaba. Un campesino que transitaba con dirección a su casa vio en dicha carretera una sustancia de color metálico que le llamó la atención, por lo que decidió manipularla y llevársela a su casa. Ese contacto le causó daño a su salud y a la de su familia.
- e. Una pareja de novios acuerda con el empleado de un hotel un alojamiento por diez días a cambio de la retribución publicada en la entrada.
- f. Un novio, ilusionado con el futuro matrimonio, invierte en el mejoramiento de la casa de propiedad de sus futuros suegros porque vivirá con su novia de toda la vida luego del casamiento. Luego se rompe el compromiso y el novio reclama los gastos efectuados por el aumento del valor del bien.

En los seis ejemplos mencionados no siempre se generan efectos jurídicos. La accesión por avulsión (artículo 944⁽¹⁾ del CC) y el hallazgo de tesoro en terreno ajeno no cercado ni sembrado (artículo 935⁽²⁾ del CC) son hechos que generan la adquisición del derecho de propiedad. En el derrame de mercurio se genera una obligación derivada de un acto ilícito (artículo 1970⁽³⁾ del CC). En el contrato de hospedaje nacen las obligaciones de dar alojamiento y de pagar una retribución. No obstante la sola promesa recíproca de matrimonio (artículo 239⁽⁴⁾ del CC) no genera efectos jurídicos. El novio tiene derecho a una indemnización por el empobrecimiento producido por los gastos realizados y el enriquecimiento del valor de la casa de los padres de su ex novia (artículo 1954⁽⁵⁾ del CC).

Entonces, la característica de los hechos jurídicos es que ellos están previamente regulados en una norma jurídica como hechos jurídicos hipotéticos. Eventualmente los hechos jurídicos producen efectos jurídicos pero no todos tienen esa capacidad de eficacia jurídica.

Para entender mejor la naturaleza de los hechos jurídicos es significativo mencionar el modo que un hecho se convierte en jurídico. En otras palabras, la juridicidad de un hecho hace que un hecho sea jurídico. Un hecho sin juridicidad no será un hecho jurídico.

-
- (1) Artículo 940.- Cuando la fuerza del río arranca una porción considerable y reconocible en un campo ribereño y lo lleva al de otro propietario ribereño, el primer propietario puede reclamar su propiedad, debiendo hacerlo dentro de dos años del acaecimiento. Vencido este plazo perderá su derecho de propiedad, salvo que el propietario del campo al que se unió la porción arrancada no haya tomado aún posesión de ella.
- (2) Artículo 935.- El tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto.
- (3) Artículo 1970 del Código Civil peruano.- 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.
- (4) Artículo 239 del Código Civil peruano.- La promesa recíproca de matrimonio no genera obligación legal de contraerlo, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento de la misma
- (5) Artículo 1954.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

El hecho jurídico forma parte de un conjunto llamado mundo jurídico. Este mundo está conformado por los sujetos, objetos, actos y hechos. ¿Qué los hacen jurídicos?

Constituyen datos esenciales de la juridicidad: (a) la norma jurídica y (b) los hechos por ella calificados. Sin norma jurídica y sin la ocurrencia de los hechos por ella previstos no es posible hablar de Derecho. Cualquier tentativa de tratar el fenómeno jurídico sin considerar, conjuntamente, esos dos elementos llegará, fatalmente, a fracasar, por despreciar su propia sustancia⁽⁶⁾. De ahí que es fundamental estudiar la norma jurídica vinculada con la realidad.

Por eso, para un estudio del fenómeno jurídico deben ser considerados los datos siguientes: (i) *la existencia de la norma jurídica, con vigencia*, que describe el mundo jurídico, definiendo, abstractamente, los hechos de la realidad [*suportes fácticos*] y atribuyendo a los hechos jurídicos respectivos la eficacia jurídica propia; (ii) *la eficacia de la norma jurídica*, que está constituida por su *incidencia sobre su realidad [suporte fáctico]*, juridizándolo (= creando el hecho jurídico); (iii) *la verificación de la eficiencia de los elementos de la realidad [suporte fáctico]*, constatando la perfección de los actos jurídicos *latu sensu* lícitos y la *aptitud de los hechos jurídicos de producir su eficacia final*⁽⁷⁾. Nótese que en el nivel (i) se menciona a la norma jurídica en función del hecho jurídico hipotético y del efecto jurídico hipotético. En el nivel (ii) aparece en el mundo jurídico el hecho jurídico concreto. Y en el nivel (iii) aparece en el mundo jurídico el efecto jurídico concreto.

De otro lado, el espacio y el tiempo forman parte del mundo de la realidad. Todo fenómeno de la realidad puede ser considerado espacial y temporalmente. Espacialmente se configura el objeto, temporalmente se configura el hecho. Los dos niveles están estrechamente ligados. Los mismos sujetos humanos son los objetos del espacio y los actos

⁽⁶⁾ MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico, Plano de eficácia*, 1ª Parte, 3ª edição revista, Editora Saraiva, San Pablo, 2007, pág. 10.

humanos son los hechos del tiempo porque se desarrollan temporalmente. Así como los hechos están vinculados a los objetos, también los actos están relacionados a los sujetos⁽⁸⁾.

Entonces, en el mundo de los seres humanos no hay duda que nos movemos en dos niveles. En el espacio están los objetos y los sujetos. En el tiempo están los hechos y los actos. De ahí que la norma jurídica y el mundo real están intensamente ligados. No se puede hablar de uno sin el otro. Los objetos, los sujetos, los hechos y los actos están permanentemente moviéndose en la realidad. Lo que hace la norma jurídica es normar esos elementos del espacio y del tiempo para permitir crear un lenguaje jurídico hipotético y concreto.

Asimismo, el mundo jurídico tiene tres planos netamente definidos:

- a. En el plano de la existencia entran todos los hechos jurídicos, lícitos o ilícitos, válidos, anulables o nulos (el acto jurídico *lato sensu* nulo o anulable es, *existe*, apenas defectuosamente) e ineficaces;
- b. En el plano de la validez solamente pasan los negocios jurídicos, por ser los únicos sujetos a la apreciación de la validez;
- c. En el plano de la eficacia son admitidos y pueden producir efectos todos los hechos jurídicos *lato sensu*, inclusive los anulables y los ilícitos; o nulos, cuando la ley, expresamente les atribuya algún efecto.

Por lo tanto, el fenómeno jurídico, analizado desde su dimensión normativa, se desenvuelve desde la incidencia de la norma, que juridiza los hechos de la realidad, creando los hechos jurídicos concretos (= eficacia normativa), hasta finalmente produciendo efectos jurídicos concretos (= eficacia jurídica) (Ver cuadro 1).

(7) MELLO, op. cit., pág. 11.

Cuadro 1: El fenómeno jurídico desde la dimensión normativa



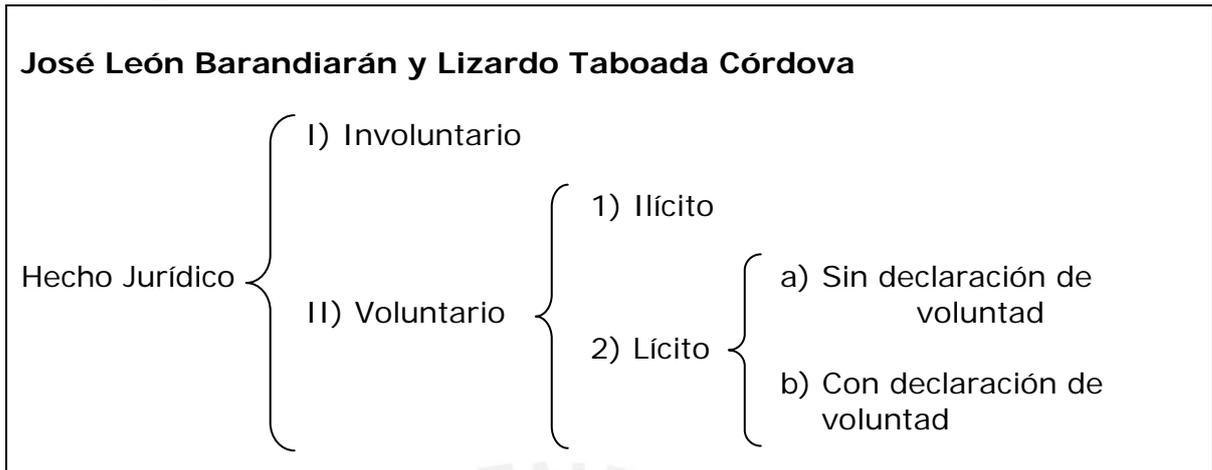
De lo expuesto podemos decir que un hecho de la realidad existe jurídicamente si una norma jurídica ha previsto hipotéticamente un hecho análogo a ese hecho. Un hecho es jurídico si ha sido normado con anterioridad en una norma jurídica.

Ahora bien, un sector importante de la doctrina nacional⁽⁹⁾ (Ver cuadros 2, 3 y 4) clasifica los hechos sin aclarar los conceptos de cada hecho y sobre todo sin respetar la clasificación tradicional nacida en la doctrina alemana.

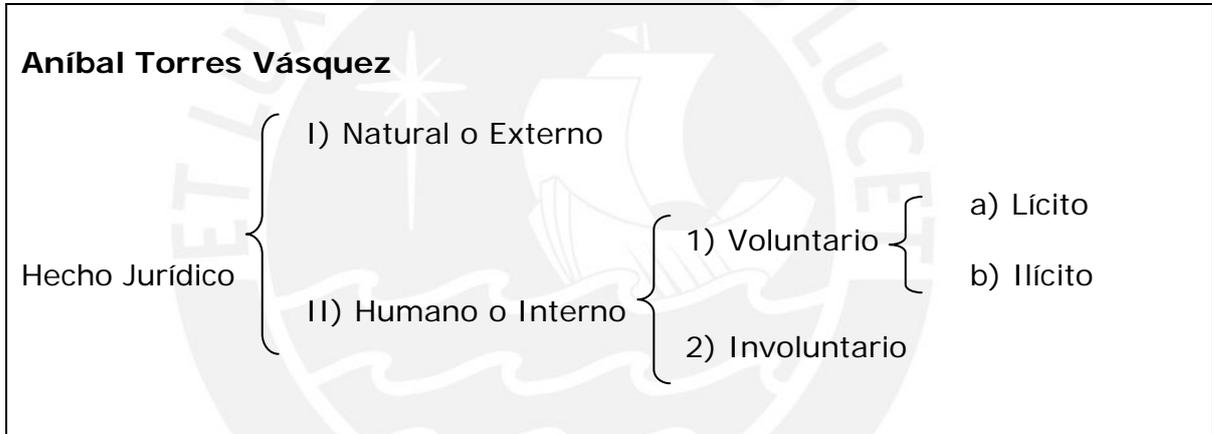
⁽⁸⁾ FALZEA, Angelo, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, Guiffre Editore, Milán, 1997, págs. 89-90.

⁽⁹⁾ Quien quiera verificar nuestra afirmación sobre la poca claridad de las clasificaciones de los hechos jurídicos propuestas por la doctrina nacional, les invitamos a leer a los siguientes autores: LEÓN BARANDIARÁN, José, *Manual del acto jurídico*, Tercera Edición aumentada y corregida, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1964, págs. 4-7. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Elementos de la responsabilidad civil, Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual*, 2ª edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, págs. 13-21. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Segunda edición, Idemsa, Lima, 2001, págs. 25-61. ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto jurídico negocial, Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, págs. 27-32.

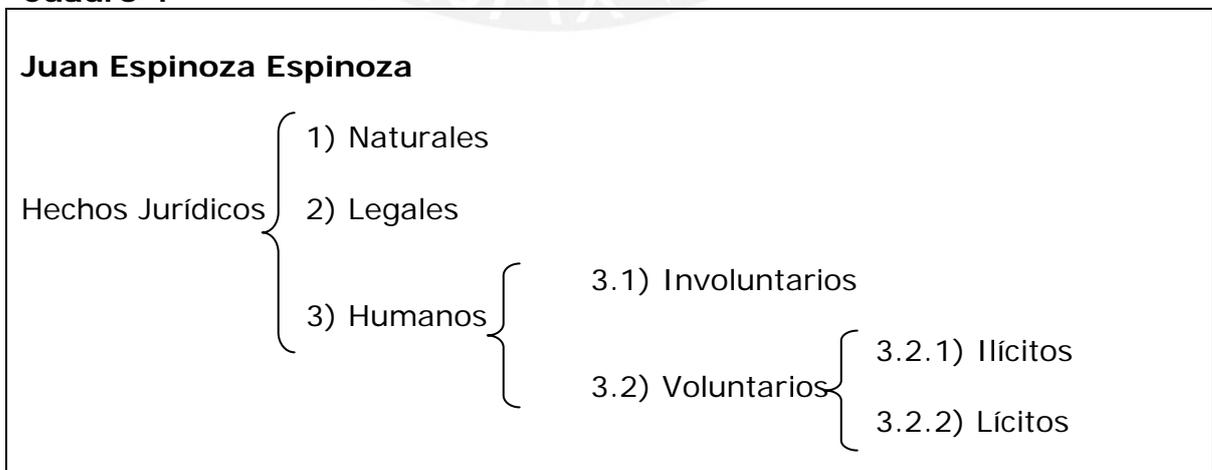
Cuadro 2



Cuadro 3



Cuadro 4



Un sector de la doctrina brasileña explicar mejor los conceptos y sus diferencias. Describiremos una óptima clasificación desarrollada por esta doctrina⁽¹⁰⁾.

El hecho jurídico en sentido amplio se clasifica en hecho conforme a derecho y en hecho contrario a derecho (ilícito).

El hecho jurídico contrario a derecho (ilícito) se divide en:

- a. Según la realidad [*suporte fático*] el hecho es absoluto (Hecho ilícito y el hecho en sentido estricto), es relativo (acto-hecho ilícito y el acto ilícito civil) y es el acto ilícito penal (ilícito penal y la contravención penal).
- b. Según la eficacia: acto ilícito indemnizatorio, el acto ilícito caduco y el acto ilícito inválido.

El hecho jurídico conforme a derecho se divide en:

- a. Hecho jurídico en sentido estricto.
- b. Acto-hecho jurídico.
- c. Acto jurídico en sentido amplio: acto jurídico en sentido estricto y el negocio jurídico.

El hecho jurídico en sentido estricto es todo hecho jurídico en que, en la composición de su realidad [*suporte fático*], está en los hechos de la naturaleza, independientes del acto humano como dato esencial, se denomina hecho jurídico *stricto sensu*.

El acto-hecho jurídico es el acto que está en la base del hecho y la norma jurídica lo recibe como acto sin voluntad, abstrayendo cualquier elemento volitivo que, de casualidad, puede existir en su origen.

El acto jurídico en sentido amplio es el hecho jurídico cuya realidad [*suporte fático*] tiene como esencia una exteriorización consciente de voluntad, que tiene por objeto obtener un resultado jurídicamente protegido o no prohibido y posible.

Los elementos esenciales del acto jurídico en sentido amplio son:

⁽¹⁰⁾ MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico, Plano de existencia*, 14ª edição revista, Editora Saraiva, San Pablo, 2007, págs. 112-129.

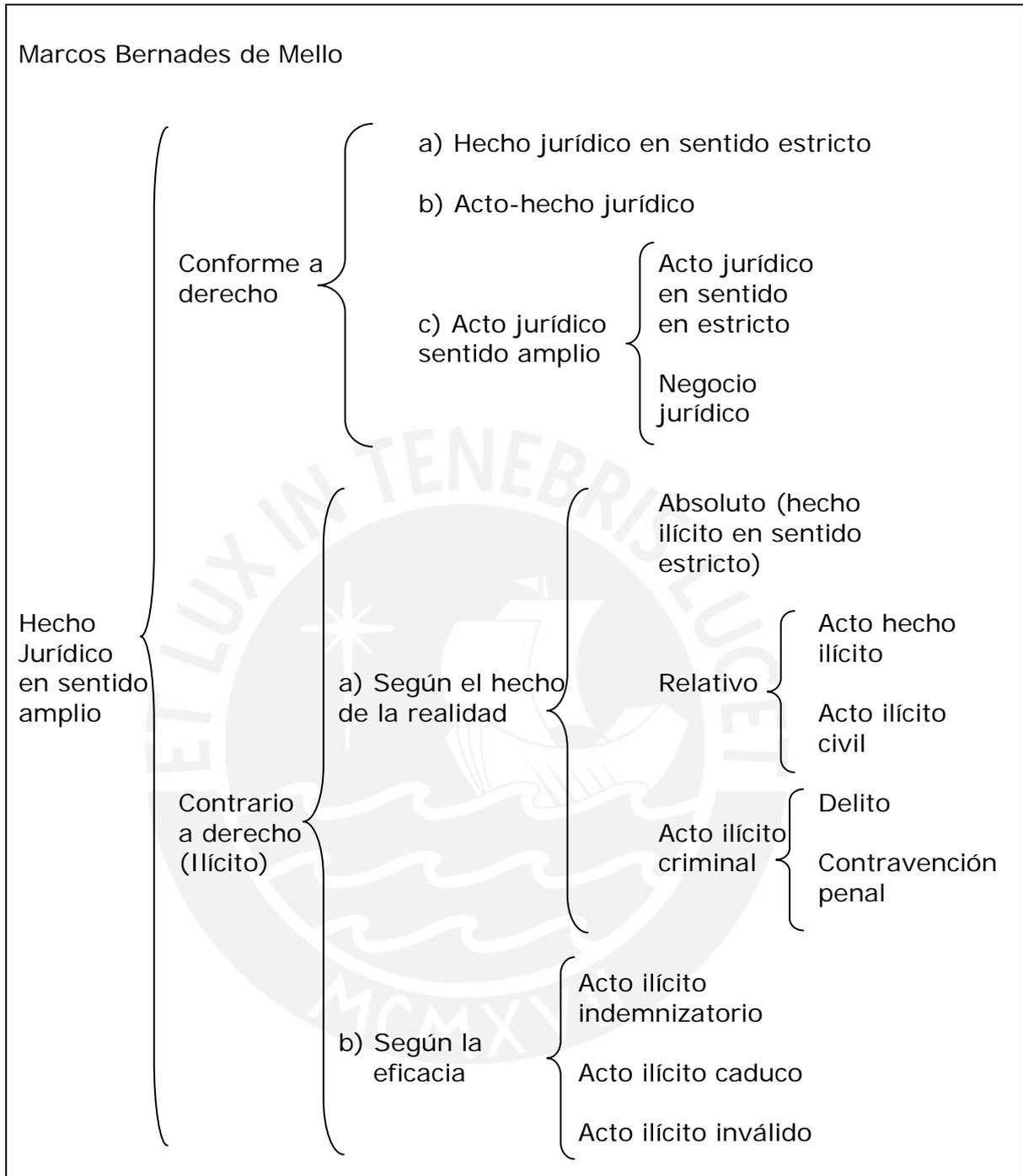
- a. Un acto humano volitivo, esto es, una conducta que representa una exteriorización de la voluntad, mediante simples manifestaciones o declaraciones, conforme a su especie, que constituye una conducta jurídicamente relevante y, por eso, prevista como realidad [*suporte fáctico*] de la norma jurídica.
- b. Que exista conciencia de esa exteriorización de voluntad, quiere decir, que la persona que manifiesta o declara la voluntad lo hace con la intención de realizar aquella conducta jurídicamente relevante.
- c. Que ese acto se dirija a la obtención de un resultado que sea protegido o, por lo menos, no prohibido (= permitido), por el derecho, y posible.

En el acto jurídico, en sentido estricto, la voluntad no tiene el poder de elegir la categoría jurídica, razón por la cual su manifestación apenas produce los efectos necesarios, o sea, preestablecidos por las normas jurídicas respectivas, e invariables.

El negocio jurídico es el hecho jurídico cuyo elemento central de realidad [*suporte fáctico*] consiste en la manifestación o declaración consciente de voluntad, en relación a la cual el sistema jurídico faculta a las personas, dentro de los límites predeterminados y de amplia variedad, el poder escoger la categoría jurídica y la estructura de contenido eficaz de las relaciones jurídicas respectivas, en cuanto a su surgimiento, a su permanencia y a su intensidad en el mundo jurídico. Esta clasificación (Ver cuadro 6) demuestra que los distintos tipos de hechos jurídicos tienen su propia normativa.

Esta clasificación (Ver cuadro 5) demuestra que los distintos tipos de hechos jurídicos tienen su propia normativa.

Cuadro 5



Sin embargo, todas las clasificaciones mencionadas se apartan de la clasificación clásica alemana del hecho jurídico. Esta clasificación tiene como propósito clarificar los distintos tipos de hechos para aplicar sus efectos jurídicos correspondientes. En efecto, cada tipo de hecho jurídico tiene su efecto jurídico respectivo. Así el contrato de hospedaje no genera la adquisición del derecho de propiedad. El hallazgo de tesoro

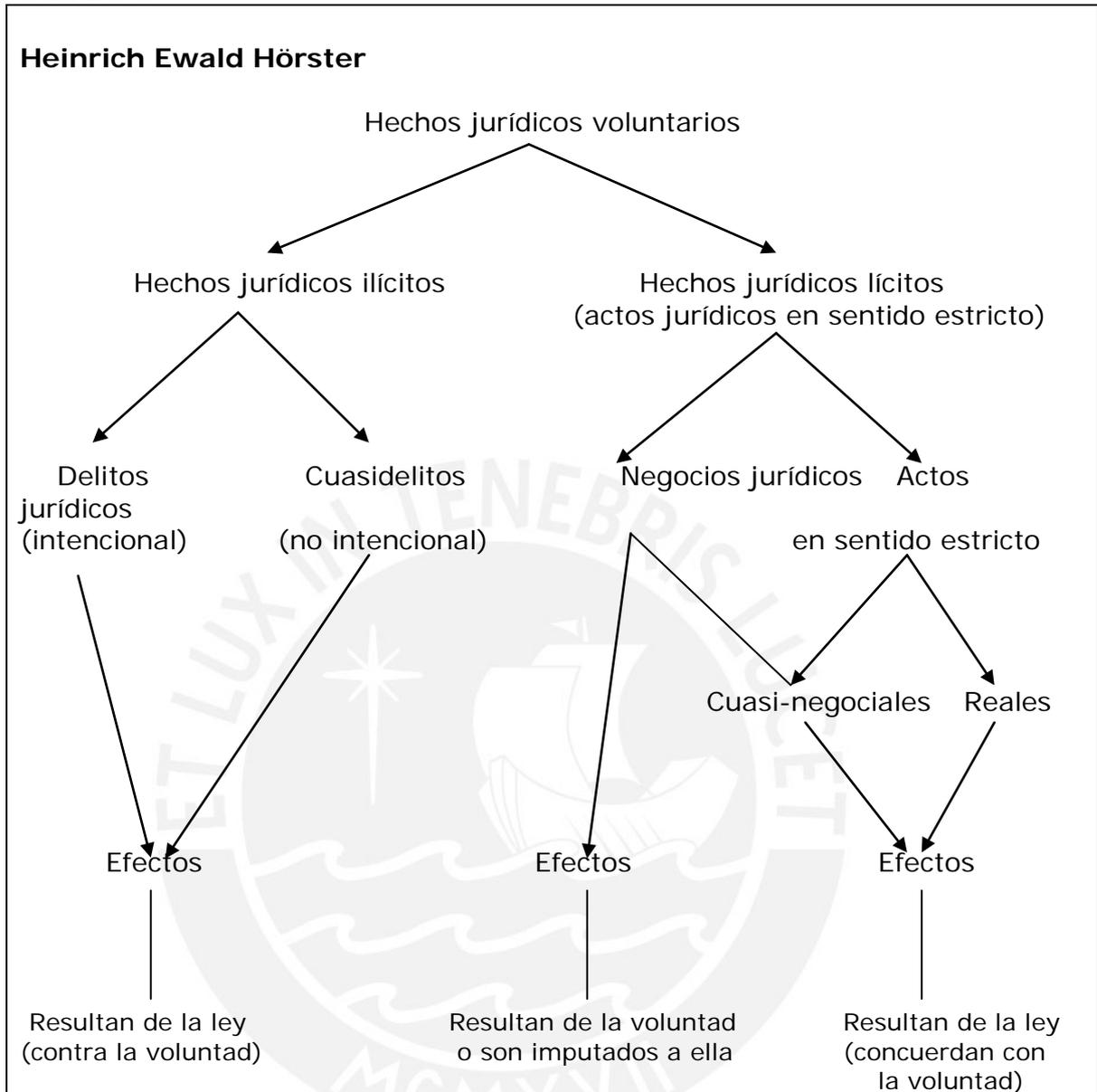
en terreno ajeno no cercado ni sembrado no produce la obligación de pagar una retribución. Cada hecho jurídico tiene su correspondiente efecto jurídico. La construcción de la clasificación del hecho jurídico no es una actividad estrictamente teórica sino también es una actividad práctica. Quien piensa que la praxis es suficiente para resolver los problemas jurídicos incurre en un error grave. La praxis sin teoría genera un discurso sin consistencia o un discurso vacío. Al contrario, la praxis con teoría produce argumentos convincentes y a la larga persuasivos.

A continuación utilizaremos una clasificación⁽¹¹⁾ (Ver cuadro 6) que se asemeja mucho a la clasificación clásica alemana donde la voluntad es el criterio determinante para diferenciar los distintos tipos de hechos jurídicos.

Definimos a la voluntad como la libertad de actuar con conocimiento. Es un acto de querer y de conocer. El autor del acto quiere y conoce su comportamiento.

(¹¹) HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Edições Almedina, Coimbra, 2005, págs. 202-214.

Cuadro 6



Según esta clasificación (Ver cuadro 6) en un sentido amplio los hechos jurídicos son los que conducen a la producción de efectos jurídicos. Estos hechos dan origen a la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas o, lo que es lo mismo, a la adquisición, a la modificación o a la extinción de derechos subjetivos y de las correspondientes obligaciones.

En los hechos jurídicos involuntarios el propio hecho se produce independientemente de la voluntad humana. Por casualidad una voluntad coexiste con el hecho pero no tiene ninguna relevancia jurídica.

Por el contrario, en los hechos jurídicos voluntarios, la voluntad es la que provoca el propio hecho al cual se dirige.

En los hechos jurídicos voluntarios ilícitos los efectos resultan de la ley (contra la voluntad) y son de dos tipos. Los delitos (intencional) y los cuasi-delitos (no intencional). El derrame del mercurio es un delito porque genera responsabilidad extracontractual. Los gastos realizados por el novio causan un enriquecimiento para sus futuros suegros pero un empobrecimiento en él.

Los hechos jurídicos voluntarios lícitos son de dos clases.

- a. En los actos jurídicos en sentido estricto los efectos resultan de la ley (concuerdan con la voluntad). Ellos son los actos reales y los actos cuasi-negociales. El descubrimiento de un tesoro en terreno ajeno no cercado ni sembrado es un acto real y la promesa recíproca de contraer matrimonio es un acto cuasi-negocial.

El acto jurídico en sentido estricto produce sus efectos independientemente de la voluntad, aunque no raras veces existe coincidencia entre los efectos producidos y la voluntad del sujeto. Los efectos de un acto jurídico se producen por la ley, en virtud de normas imperativas, sin importar si tales efectos son considerados por la voluntad o no.

- b. En los negocios jurídicos los efectos resultan de la voluntad o son imputados a ella. El negocio jurídico produce sus efectos, que son efectos jurídicos, porque ellos fueron queridos por la voluntad.

El negocio jurídico es un acto volitivo-final en cuanto a los efectos previstos; es un acto creador respecto de la conformación a las relaciones jurídico-privadas.

Entonces, la clasificación tradicional está basada sobre el dato estructural de la relevancia de la voluntad de un sujeto en la producción de los efectos jurídicos y por eso cabe diferenciar tres tipos de hechos jurídicos.

Los hechos según los cuales el efecto se produce únicamente por acontecimiento material o por un comportamiento humano que

prescinde de la voluntad de un sujeto (irrelevancia de la voluntad): hechos jurídicos involuntarios.

Los actos según los cuales el efecto jurídico se genera porque el sujeto quiere y conoce el acto, independientemente de la voluntad del efecto (voluntad final o de los efectos jurídicos): el acto jurídico en sentido estricto.

Los actos según los cuales el efecto jurídico se produce en cuanto es querido y conocido por el sujeto (voluntad de los efectos). De ahí que la teoría del hecho jurídico se construyó a partir del concepto de la voluntad.

Las críticas a este concepto de negocio jurídico fueron incontestables por la doctrina clásica alemana.

No todo negocio jurídico contiene una voluntad final porque realmente no todos los autores de negocios jurídicos quieren y conocen los efectos jurídicos. Ni siquiera los abogados o los jueces conocen el contenido de todas las normas jurídicas. Cuando se celebran negocios jurídicos, los sujetos solo quieren y conocen las necesidades prácticas que inspiran a realizar tales actos.

Tampoco la voluntad final o de los efectos jurídicos es el único elemento del negocio jurídico. Las partes, el objeto, la causa y la formalidad obligatoria son otros elementos que forman el negocio jurídico. La declaración de voluntad no es el único elemento.

También los actos jurídicos en sentido estricto pueden tener voluntad final. En ocasiones muchos autores de tales actos son conscientes de los efectos jurídicos que generarán.

No es cierto que los efectos jurídicos siempre son conformes a la voluntad final en los negocios jurídicos. Muchas consecuencias jurídicas se generan inclusive contra la voluntad de los autores del negocio jurídico.

Asimismo la voluntad final es una voluntad psicológica. Para saber si quiso o si conoció el acto que estaba ejecutando, será necesario recurrir a los profesionales de la psicología o de la psiquiatría. Esto puede

producir grandes problemas contra la seguridad del tráfico jurídico o la confianza no culpable del destinatario de la declaración.

La declaración de voluntad es solo un momento del desarrollo del negocio jurídico. En efecto, pueden distinguirse cuatro momentos en el esquema lógico de la producción de los efectos subsiguientes al negocio: el momento de la voluntad, el momento de la adopción de un reglamento de intereses, el momento de la verificación de los efectos jurídicos y el momento del resultado práctico⁽¹²⁾.

Las críticas mencionadas coadyuvan a que paulatinamente la voluntad pierda relevancia en el hecho jurídico productivo del efecto jurídico. Esto no significa que la voluntad no debe estar presente en la definición de los hechos jurídicos pero su presencia ya no es determinante ni exclusiva.

Proponemos una clasificación⁽¹³⁾ de los **hechos jurídicos** que distingue entre:

Los hechos jurídicos en sentido estricto son acaecimientos naturales o comportamientos humanos, según los cuales es irrelevante la voluntariedad del comportamiento.

Los actos jurídicos en sentido estricto son los actos que simplemente se quiere o se conoce el hecho que ejecuta. Aquí los autores de los actos jurídicos en sentido estricto tienen que tener necesariamente capacidad natural.

Los actos de autonomía privada⁽¹⁴⁾ son los actos según los cuales se ejercita un poder privado autónomo de reglamentación de los

(12) SCOCA, Franco Gaetano, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, N° 18, Università di Perugia, Perugia, 1979, pág. 117.

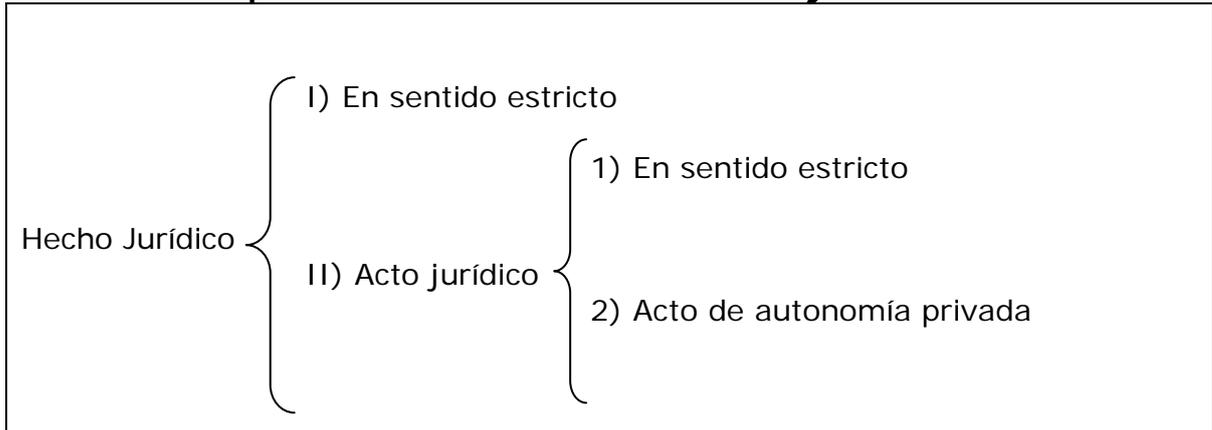
(13) Seguiremos el esquema propuesto por la profesora Navarretta con algunas modificaciones: NAVARRETTA, Emanuela, "Hechos y actos jurídicos" en BRECCIA, Umberto; BRUSCUGLIA, Luciano; BUSNELLI, Francesco Donato; GIARDINA, Francesca; GIUSTI, Alberto; LOI, Maria Leonarda; NAVARRETTA, Emanuela; PALADINI, Mauro; POLETTI, Dianora; y ZANA, Mario, *Diritto privato*, Parte Prima, Utet, Turín, 2003, pág. 179. También en: *Revista Jurídica del Perú*, Número 91, Setiembre, 2008, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 295 (Traducción de Rómulo Morales Hervías).

(14) Nosotros justificamos la traducción de la expresión italiana "*autonomia privata*" por "autonomía privada" como poder de los privados de crear reglamentos de

intereses destinado a producir efectos jurídicos. Aquí los autores de los negocios jurídicos tienen que tener necesariamente capacidad natural y capacidad normativa.

intereses y consecuentemente efectos jurídicos programáticos a diferencia del poder público como expresión de una autonomía pública. FERRI, Luigi, *L'autonomia privata*, Giuffrè, Milán, 1959, pág. 277. También: *Id.*, *La autonomía privada*, Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2001., pág. 308: "Poder público es sólo aquel al que está asignada e impuesta la persecución del interés público. La calidad de privado resulta, *a contrariis*, de la ausencia de tal imposición, es decir, de la independencia del poder respecto del interés público. En este sentido, precisamente, es poder privado de autonomía privada".



Cuadro 7: Propuesta de clasificación de hechos jurídicos

Ahora bien, hoy el hecho jurídico ya no se fundamenta en la voluntad sino en el interés. Ello no significa que la voluntad no existe o no es importante sino que tiene una participación menor en la definición del hecho jurídico. Podemos definir al interés como aquella situación de necesidad humana que será satisfecha mediante un bien. Esa necesidad humana es la finalidad o el fin del comportamiento. El bien es el medio que coadyuvará a la realización del fin o de la finalidad. No se puede cumplir el fin o la finalidad sin el bien. Tampoco es posible hablar abstractamente del bien si no se tiene en consideración el objetivo del comportamiento. Decimos que hoy ya no cabe hablar propiamente de la voluntad como único fundamento de los hechos jurídicos. Las legislaciones, las doctrinas y las jurisprudencias se refieren a la regulación y a la protección de intereses y no de voluntades.

Así, la rectificación del criterio de clasificación de los fenómenos temporales, en función de los intereses jurídicos en lugar que estén en función de la voluntad, y la consideración que los intereses jurídicos se constituyen en todos los niveles de la realidad y exigen su exteriorización sobre el plano objetivo de la común experiencia y de la cultura, conducen en definitiva a la distinción de los fenómenos temporales (o hechos jurídicos en sentido amplio) en las dos grandes clases de los «eventos» (o hechos jurídicos en sentido estricto, o, más

simplemente, «hechos») y de los «comportamientos». La distinción reposa en el modo de constitución de los intereses jurídicos, que en los hechos se debe al despliegue de energías –físicas, orgánicas, psíquicas, espirituales- fuera de toda actitud del cuerpo humano, mientras que en los comportamientos se produce por una iniciativa externa del mismo sujeto y consiste en un modo de expresarse de su cuerpo⁽¹⁵⁾.

El interés, en efecto, está en relación necesaria con los fenómenos de la existencia –orgánica y material, psíquica y espiritual- del hombre, y los hechos de vida representan la dinámica de la existencia humana. Nacido de los hechos de vida, el interés extiende su rayo de influencia sobre cualquier acontecimiento que se relaciona como en los hechos naturales y en los hechos socio-culturales. Y entra sobre todo en relación con el comportamiento humano, que constituye el vehículo primario de las exigencias del hombre, de la esfera de la realidad en la cual se constituye, traspasa la dimensión objetiva de la juridicidad. En su raíz, por eso, hecho de vida, situación de interés y comportamiento constituyen nociones estrictamente complementarias: ninguna de ellas puede ser comprendida a fondo sin las otras dos⁽¹⁶⁾.

Tema 1.2: Hechos jurídicos en sentido estricto

Los hechos jurídicos en sentido estricto incluyen acontecimientos naturales (hechos naturales) o comportamientos humanos (hechos humanos) porque no es relevante el querer y el conocer el comportamiento mismo. La norma jurídica solo valora los hechos naturales o humanos sin considerar la voluntad del comportamiento.

En particular, los hechos jurídicos en sentido estricto comprenden⁽¹⁷⁾:

⁽¹⁵⁾ FALZEA, *op. cit.*, págs. 352-353.

⁽¹⁶⁾ FALZEA, *op. cit.*, pág. 748.

⁽¹⁷⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 182-183. También en: *Revista Jurídica del Perú*, *op. cit.*, págs. 300-301.

1. Acaecimientos necesariamente naturales: como el aluvión (*"las uniones de tierra y los incrementos, que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a lo largo de las orillas de los ríos o torrentes"*, artículo 939⁽¹⁸⁾ del CC) que produce el efecto de la adquisición a título originario de la propiedad, pero *solo si el aluvión no es ocasionada por la intervención del hombre.*
2. Hechos indiferentemente naturales o humanos: como la accesión (artículo 938⁽¹⁹⁾ del CC, en virtud del cual la propiedad del fundo atrae la titularidad de aquello que existe encima o debajo del suelo sea que resulte el producto del evento natural, como el aumento espontáneo de plantas, sea que derive de una actividad humana, como el cultivo del fundo o la construcción de un edificio.
3. Comportamientos necesariamente humanos pero:
 - a. Imprescindiblemente involuntarios e inconscientes, como en el caso del descubrimiento del tesoro (artículos 934 al 936⁽²⁰⁾ del CC) que hace adquirir a quien descubre un tesoro sobre el fundo ajeno la propiedad, solo si el hallazgo ha sido fruto de la casualidad y, por ello, ha sido involuntario;
 - b. Indiferentemente con conocimiento o sin conocimiento: como en la hipótesis de la edificación de buena fe en terreno

⁽¹⁸⁾ Artículo 939.- Las uniones de tierra y los incrementos que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a lo largo de los ríos o torrentes, pertenecen al propietario del fundo.

⁽¹⁹⁾ Artículo 938.- El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

⁽²⁰⁾ Artículo 934.- No está permitido buscar tesoro en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado, salvo autorización expresa del propietario. El tesoro hallado en contravención de este artículo pertenece íntegramente al dueño del suelo.

Quien buscare tesoro sin autorización expresa del propietario está obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes.

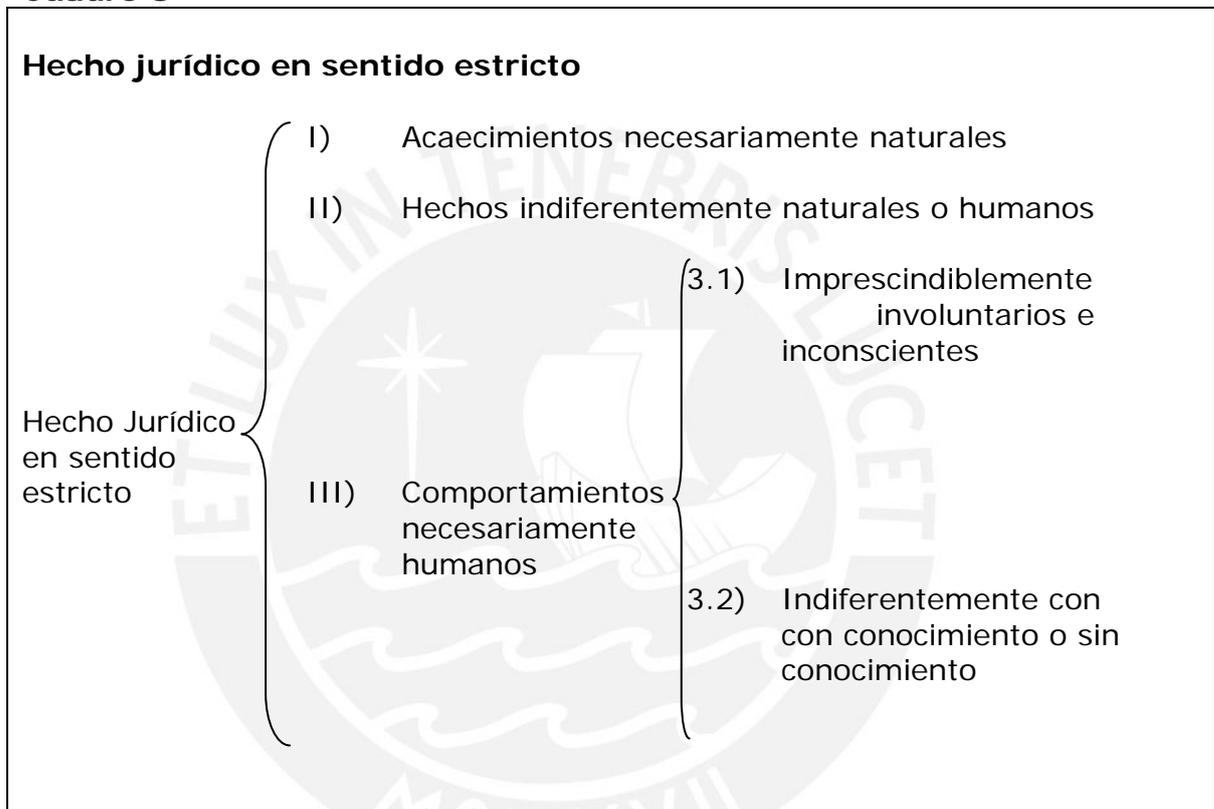
Artículo 935.- El tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto.

Artículo 936.- Los artículos 934 y 935 son aplicables sólo cuando no sean opuestos a las normas que regulan el patrimonio cultural de la Nación.

ajeno (artículo 941⁽²¹⁾) del CC), prescindiendo del conocimiento o no del sujeto que construye sin saber que debe pagar el valor comercial actual del terreno o perder lo edificado.

Lo descrito se puede resumir en el cuadro 8.

Cuadro 8



En los hechos jurídicos en sentido estricto la voluntad es indiferente pero no son hechos involuntarios como lo describe un sector de la doctrina nacional. En tales hechos puede existir la voluntad pero la norma jurídica no la valora para aplicar los efectos jurídicos correspondientes.

⁽²¹⁾ Artículo 941.- Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.

Tampoco los hechos jurídicos en sentido estricto son exclusivamente hechos naturales como lo expone un sector de la doctrina nacional. También pueden comprender comportamientos humanos pero ellos no son tomados en consideración para la aplicación de las consecuencias jurídicas.

Tema 1.3: Actos jurídicos en sentido estricto

La noción de acto jurídico en sentido estricto se refiere al acto según el cual la norma jurídica toma en cuenta únicamente la voluntad de la realización del acto. La norma jurídica valora lo que el sujeto quiere y conoce sobre el acto que está ejecutando. Esa voluntad de comportamiento es tomada en consideración por la norma jurídica para la producción de los efectos jurídicos.

Un ejemplo claro es la promesa de matrimonio (artículo 239 del CC) –aunque esté formalizada indubitablemente- que no obliga a contraerlo ni es exigible si se incumple. Pero si el matrimonio no se celebra por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros (artículo 240⁽²²⁾ del CC), *el promitente está obligado a indemnizar el daño.*

Por lo tanto, el acto jurídico en sentido estricto es un acto de voluntad de comportamiento según el cual el propio acto no tiene el poder de producir efectos jurídicos. Los efectos -en su mayoría- son producto de la ley. El acto tiene capacidad natural pero no capacidad normativa.

⁽²²⁾ Artículo 240.- Si la promesa de matrimonio se formaliza indubitablemente entre personas legalmente aptas para casarse y se deja de cumplir por culpa exclusiva de uno de los promitentes, ocasionando con ello daños y perjuicios al otro o a terceros, aquél estará obligado a indemnizarlos. La acción debe de interponerse dentro del plazo de un año a partir de la ruptura de la promesa. Dentro del mismo plazo, cada uno de los prometidos puede revocar las donaciones que haya hecho en favor del otro por razón del matrimonio proyectado. Cuando no sea posible la restitución, se observa lo prescrito en el artículo 1635.

Para ser responsables de un ilícito y, por consiguiente, imputables por ello, es necesario que se realice el acto en condiciones de capacidad de entender y de querer (artículo 1976⁽²³⁾ del CC): el acto, es decir, debe ser querido y conocido. De otro lado, quien comete el ilícito no quiere ciertamente el efecto jurídico del deber resarcitorio y también puede ignorarlo: en todo caso, la ley lo considera responsable por los daños.

También los actos jurídicos en sentido estricto pueden ser ordenados mediante clasificaciones que utilizan los siguientes criterios⁽²⁴⁾:

- a. La licitud (como en la promesa de matrimonio) o ilicitud (como en el ilícito extracontractual);
- b. la facultatividad (como en el derecho de exigir el cumplimiento de la obligación) o la obligatoriedad [*doverosità*] (como en el pago);
- c. la materialidad (como la posesión, artículo 896⁽²⁵⁾ del CC) o el carácter declarativo del acto (la declaración, a su vez, puede ser una notificación, una declaración de ciencia o una declaración de voluntad).

En los actos jurídicos en sentido estricto no hay algún espacio para que los propios autores produzcan efectos jurídicos y, precisamente, no realizan autonomía privada. Solo importa la voluntad del comportamiento para que la norma jurídica le aplique las consecuencias correspondientes.

Tema 1.4: Actos de autonomía privada

(²³) Artículo 1976.- No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal].

(²⁴) NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 180-182. También en: *Revista Jurídica del Perú*, *op. cit.*, págs. 296-300.

(²⁵) Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

Los actos de autonomía privada son los negocios jurídicos porque los autores crean un reglamento de intereses o un programa de funcionamiento. La norma jurídica valorará ese reglamento creado por los privados. Estos actos tienen la capacidad normativa de crear efectos jurídicos pero ello no quiere decir que los autores de los actos conozcan y deseen las normas jurídicas. Basta que sepan y quieran su propio reglamento de intereses o programa de acciones.

Los actos de autonomía privada se pueden clasificar con los siguientes criterios⁽²⁶⁾:

1. La *estructura* unilateral, bilateral o plurilateral del acto. Los actos de autonomía privada pueden ser unilaterales como el testamento, bilaterales como el contrato y plurilaterales como el contrato asociativo.

El acto de autonomía privada puede emanar de la *voluntad de una sola parte*⁽²⁷⁾. Por el contrario, se habla de *acto unipersonal y personalísimo* con referencia al testamento (artículo 686⁽²⁸⁾ del CC), ya que debe ser hecho necesariamente por una sola persona (*unipersonal*), que no puede hacerse representar, pero debe realizarlo personalmente (*personalísimo*).

2. La *naturaleza* patrimonial o no patrimonial *del interés regulado*. El acto de autonomía privada puede *regular intereses de naturaleza esencialmente patrimonial*, como en la hipótesis del contrato, o

⁽²⁶⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 179-180. También en: *Revista Jurídica del Perú*, *op. cit.*, págs. 295-296.

⁽²⁷⁾ "Parte del contrato es un autónomo centro de intereses. Tal noción se vincula con aquella del sujeto, pero no se identifica con ella. A un único sujeto pueden referirse dos distintas partes contratantes (...) De otro lado, una única parte contractual puede incluir una pluralidad de sujetos" [NAVARRETTA, Emanuela, "El contrato y la autonomía privada" en BRECCIA, Umberto, BRUSCUGLIA, Luciano, BUSNELLI, Francesco Donato, GIARDINA, Francesca, GIUSTI, Alberto, LOI, Maria Leonarda, NAVARRETTA, Emanuela, PALADINI, Mauro, POLETTI, Dianora y ZANA, Mario, *Diritto privato*, Parte Prima, Utet, Turín, 2003, pág. 218].

⁽²⁸⁾ Artículo 686 del Código Civil peruano.- Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que ésta señala.

- intereses de naturaleza predominantemente no patrimonial*, como en el caso del contrato de donación que es un acto de autonomía privada bilateral patrimonial y no patrimonial.
3. La *función del acto*, que puede ser *inter vivos* o *mortis causa*. La autonomía privada puede ser ejercitada sea a través de *actos que regulan relaciones entre vivientes (actos inter vivos)* sea mediante *actos que presuponen la muerte de su autor para generar efectos (actos mortis causa: en particular al testamento)*⁽²⁹⁾.
 4. La onerosidad y la *gratuidad del acto*. El acto es oneroso cuando una de las partes asume un sacrificio para conseguir una ventaja, y en los que se instaura una relación de equivalencia entre las respectivas prestaciones. El acto es gratuito cuando una parte recibe la ventaja patrimonial, y la otra sólo experimenta un sacrificio⁽³⁰⁾.

Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas.

- (²⁹) SAAVEDRA VELASCO, Renzo, "El negocio jurídico testamentario. Algunas reflexiones en torno a su esencia y estructura" en *Ius et veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XVI, N° 33, Lima, 2006, págs. 96-97: Dentro de la categoría de los actos de autonomía *mortis causa* están los actos con efectos *post mortem*, con efectos *trans mortem* y el acto de última voluntad. En los actos con efectos *trans mortem* se produce la cesación o la extinción de la relación de pertenencia del bien al patrimonio del transferente desde el momento mismo en el que se realiza el negocio; la adquisición del bien por parte del beneficiario se encuentra suspendida hasta el momento de la muerte del transferente; y, se encuentra reservado en favor del transferente el poder de revocar la atribución, tal poder puede ser ejercido hasta que no se haya producido la muerte del transferente. El contrato a favor de tercero con efectos *post mortem*, el contrato de seguro de vida y la renta vitalicia a favor de tercero son ejemplos de actos con efectos *trans mortem*. En los actos con efectos *post mortem*, la adquisición del bien por parte del beneficiario se encuentra suspendida hasta el momento de la muerte del transferente. Un ejemplo es el contrato de donación que será eficaz a partir del momento de la muerte del donante. El testamento es un acto de última voluntad que adquiere eficacia frente a terceros hasta el momento en el que se produce la muerte de su autor.
- (³⁰) FERRI, Giovanni Battista, "El negocio jurídico" en AA.VV., *Teoría general del negocio jurídico, 4 Estudios Fundamentales*, Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2001, pág. 243.

El concepto de autonomía ha sido interpretado de muchas maneras⁽³¹⁾.

Una teoría⁽³²⁾ propone dos conceptos. Autonomía es el poder de crear una mutación jurídica al interior de aquel ordenamiento y comporta ejercicio de un poder normativo. No significa reglamentación de relaciones propias. Auto-nomía significa poder normativo propio; no significa poder normativo sobre la esfera propia. En cambio, el negocio es una declaración. La declaración expresa la voluntad de una mutación jurídica. La voluntad de quien declara es la voluntad de una mutación de relación jurídica, esto es, una voluntad normativa y preceptiva, que puede establecer deberes y derechos de otras personas. El negocio aparece como declaración, como programa, como participación de este programa. El negocio como declaración programa óptimamente las mutaciones de derechos o de otras situaciones jurídicas. Los derechos son creaciones del pensamiento humano, son ideas; las mutaciones de los derechos son abstracciones de segundo grado, y también son ideas. Donde hay una idea consciente y la capacidad de expresar con palabras las abstracciones, las mutaciones tienen un nombre. Este "maravilloso instrumento llamado negocio implica un comportamiento (dominado por la voluntad), e implica una declaración que objetivamente suena como propósito [*intento*] de que exista una determinada mutación de una relación jurídica. Según esta teoría en los actos jurídicos en sentido estricto también hay autonomía pero no una declaración programática (negocio jurídico). Así quien arma una flota de pescadores para capturar atunes para venderlos en el mercado piensa, calcula y quiere en términos de propiedad.

⁽³¹⁾ Sugerimos revisar las descripciones de los diferentes conceptos de autonomía: LEÓN, Leysser L., "Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas", en *Negocio jurídico y responsabilidad civil, Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova*, Al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervías y Eric Palacios Martínez, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, págs. 67-113.

⁽³²⁾ SACCO, Rodolfo, *Il fatto, l'atto, Il negozio*, con la colaboración de Paola CISIANO, en "Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco", UTET Giuridica, Turín, 2005, págs. 103, 309, 310, 356, 426 y 137.

El concepto de autonomía que seguimos es otro. La autonomía es un poder normativo de crear efectos jurídicos que no solo se desarrolla en el momento que se declara la voluntad –como dice la teoría que hemos descrito en el anterior párrafo- sino que se desenvuelve en la creación de un reglamento de programación de intereses. Luego los efectos creados por los privados deben confrontarse o armonizarse con los efectos jurídicos de la ley a fin que se llegue a un momento final que es la efectiva satisfacción de los intereses particulares.

En efecto, la diferencia fundamental entre el acto en sentido estricto y el acto de autonomía privada se halla, por lo tanto, en que en la estructura del primero interviene la situación subjetiva de poder; y en la estructura del segundo, la situación subjetiva de poder normativo. El acto jurídico en sentido estricto es el ejercicio del poder jurídico de realizar comportamientos. El acto de autonomía privada es el ejercicio de un poder normativo porque crea nuevas normas jurídicas (reglamentos de intereses). Entonces, la diferencia entre actos jurídicos en sentido estricto y actos de autonomía privada tiene valor jurídico en cuanto se deriva de la diversidad de elementos jurídicos de su estructura⁽³³⁾.

La construcción del acto de autonomía privada como norma tiene el mérito de dar cuenta de su relevancia para la configuración de los efectos. La presencia en el acto de autonomía privada del diseño programático está perfectamente en armonía con su naturaleza normativa. En efecto, no hay duda que la presencia de un programa de efectos (para producirse) sea atribuible más fácilmente a la noción de norma jurídica⁽³⁴⁾. Ello sin perjuicio de aceptar que el acto de autonomía consiste también siempre en una acción.

Tema 1.5: Conclusiones

⁽³³⁾ SCOCA, *op. cit.*, pág. 230.

⁽³⁴⁾ SCOCA, *op. cit.*, pág. 157.

A continuación presentamos las conclusiones a las que arribamos luego de desarrollar el capítulo 1:

1. El hecho de la realidad es jurídico siempre y cuando la norma jurídica haya regulado previa e hipotéticamente ese hecho.
2. Los hechos jurídicos en sentido estricto comprenden hechos naturales o hechos humanos pero la norma jurídica no valora el querer y el conocer del comportamiento mismo. Ella solo valora el solo acaecimiento.
3. El acto jurídico en sentido estricto es un acto de voluntad de comportamiento. El sujeto quiere y conoce su comportamiento y la norma jurídica valora eso. Esa voluntad de comportamiento es considerada por la norma jurídica para la producción de los efectos jurídicos.
4. El acto de autonomía privada es un poder privado de crear reglas productoras de efectos jurídicos. Los autores del acto crean un reglamento de intereses o un programa de funcionamiento. La norma jurídica valora el reglamento o el programa creado por los privados quienes tienen capacidad normativa de producir efectos jurídicos.

Capítulo 2: Situaciones jurídicas subjetivas

Tema 2.1: Conceptos generales

2.1.1. Concepto de situación jurídica subjetiva

Las situaciones de vida son complejas de acontecimientos en que las personas (subjetividad) se insertan al mundo (objetividad) y coexisten con sus circunstancias. Estas situaciones pueden tener, o no tener, relevancia jurídica. Son situaciones jurídicas las situaciones de vida que tienen relevancia jurídica⁽¹⁾.

Las situaciones jurídicas subjetivas son las posiciones ideales del sujeto jurídicamente relevantes⁽²⁾.

El concepto de situación jurídica subjetiva está estrechamente relacionado con la posición del sujeto en el ordenamiento jurídico y coincide, en una primera aproximación, con la fórmula sintética que describe la regla de derecho en relación al sujeto o que individualiza los efectos jurídicos con referencia al sujeto de derecho⁽³⁾. Es la situación, o posición, en la cual se encuentra un sujeto, por efecto de la aplicación de una o más reglas de derecho⁽⁴⁾.

La situación jurídica subjetiva es la posición que ocupa el sujeto luego de la ocurrencia del hecho jurídico.

Hay una conexión entre las consecuencias de una regla de derecho y un sujeto. Esta conexión es el núcleo conceptual de la noción

(1) PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005, pág. 631.

(2) BIANCA, Massimo, *Diritto civile, La proprietà*, 6, Giuffrè Editore, Milán, 1999, pág. 1.

(3) GIARDINA, *op. cit.*, pág. 144.

(4) ZATTI, Paolo, "Las situaciones jurídicas", Traducción de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza Del Maestro. Revisión y notas de Rómulo Morales Hervias, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LV, N° 64, Setiembre-October, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, pág. 359.

de situación jurídica subjetiva. Por eso la situación jurídica subjetiva se hace en referencia al sujeto⁽⁵⁾.

Por ejemplo, según el artículo 1969 del CC hay que dividir el hecho jurídico hipotético del efecto jurídico hipotético. El hecho ilícito o doloso que ha ocasionado un daño. El damnificado tiene un derecho subjetivo al resarcimiento y el autor del ilícito un deber al resarcimiento. Derecho subjetivo y deber son fórmulas sintéticas (situaciones jurídicas subjetivas) que resumen las consecuencias del ilícito en cabeza de los sujetos de derecho⁽⁶⁾.

Otro ejemplo es el artículo 923 del CC. La definición de propiedad es una definición compleja que se refiere a la definición de las conductas permitidas al propietario, de las conductas que no puede realizar y de las conductas que debe realizar. La definición se completa ulteriormente cuando a ella se agregan las necesarias referencias a los modos en que se convierte en propietario y a los modos en que se protege la propiedad. La fórmula derecho de propiedad se resume en una única expresión sintética que evoca, en su conjunto, contenido, presupuestos y protección⁽⁷⁾.

La situación jurídica subjetiva es el producto de la calificación jurídica de un interés.

La situación jurídica en sentido es el resultado de la aplicación de una norma jurídica. Como la función de la norma es ser aplicada, cada norma se proyectaría en las situaciones jurídicas correspondientes⁽⁸⁾.

Cuando la norma crea una situación jurídica subjetiva favorable al sujeto, el ordenamiento jurídico toma en consideración un interés del privado que constituye el presupuesto. Se trata de un interés subjetivo, en cuanto se hace referencia al sujeto de derecho pero objetivamente

⁽⁵⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 144.

⁽⁶⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 145.

⁽⁷⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 145.

⁽⁸⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral*, Vol. III, *Relações e situações jurídicas*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 11.

relevante, en cuanto interés típico abstractamente identificado por la ley⁽⁹⁾.

Así por ejemplo el interés al resarcimiento en el artículo 1969 del CC o el interés de gozar y de disponer del bien en el artículo 923 del CC.

Es necesario que el interés sea considerado merecedor de protección por parte del ordenamiento jurídico. El interés está en el hecho jurídico y luego se transforma en el efecto jurídico. Así el hecho se convierte en hecho constitutivo de una situación jurídica subjetiva.

Se trata de un proceso de calificación que, sobre la base de un positivo juicio de valor sobre el interés (presupuesto), lo eleva al rango de situaciones jurídicas subjetivas (consecuencia)⁽¹⁰⁾.

De esta manera, las situaciones jurídicas subjetivas no son sino el resultado de la valoración discrecional que el ordenamiento hace de los diversos intereses y, en particular, de aquellos que considera dignos de protección⁽¹¹⁾.

En conclusión se puede decir que las situaciones jurídicas subjetivas son el modo en que las normas regulan las posibilidades de los diversos sujetos relativamente a los diversos bienes, de conformidad con la graduación que las normas mismas pretenden establecer entre los intereses de los sujetos⁽¹²⁾.

Una situación jurídica puede analizarse en un único elemento o en varios; así se dirá simple o compleja. La situación jurídica simple se compone de un único elemento; la situación jurídica compleja contiene varios. El poder de exigir a otro un comportamiento es una situación

⁽⁹⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 145.

⁽¹⁰⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 146.

⁽¹¹⁾ GAZZONI, *op. cit.*, pág. 56.

⁽¹²⁾ ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi Editore, Bologna, 1994, pág. 77. También en: LEÓN, Leysser L., *Derecho de las relaciones obligatorias*, Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios, Jurista Editores, Lima, 2007, pág. 47.

jurídica simple. El derecho de propiedad sobre un inmueble es complejo⁽¹³⁾.

La situación jurídica es unisubjetiva cuando la ocupa un solo sujeto, esto es, una sola persona; la plurisubjetiva la ocupa más de una persona⁽¹⁴⁾.

Otra cuestión es la naturaleza y los caracteres de la situación jurídica subjetiva. Por ejemplo, las situaciones de naturaleza personal o patrimonial según la naturaleza (personal o patrimonial) del interés presupuesto. Así, el derecho de propiedad y el derecho de crédito que son fruto de la calificación de intereses de naturaleza patrimonial y ambos son derechos subjetivos de naturaleza patrimonial. Por el contrario, otros son derechos subjetivos de naturaleza no patrimonial que nacen de la calificación de intereses no patrimoniales (porque están ligados a exigencias de tipo existencial o personal como el derecho al nombre; o los derechos y deberes recíprocos de los cónyuges que nacen del matrimonio)⁽¹⁵⁾.

La situación jurídica subjetiva es natural cuando no puede ser coactivamente ejecutada o es no es vinculante jurídicamente. Ejemplo típico de esta situación es la obligación natural⁽¹⁶⁾ que es una obligación moral o social. Es jurídica porque su inexigibilidad es amparada jurídicamente. A nadie se le puede obligar a restituir lo pagado si el cumplimiento de la obligación no tenía correlativamente un derecho garantizado por el ordenamiento jurídico. Conforme al primer párrafo del artículo 1275 del CC no hay lugar a repetición o restitución de lo pagado cuando la deuda ya no es exigible por prescripción, o cuando la

⁽¹³⁾ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de Direito Civil Português, I, Parte General, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, 3.^a Edição Aumentada e inteiramente revista, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 304.

⁽¹⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 305.

⁽¹⁵⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 146.

⁽¹⁶⁾ Sobre la obligación natural se ha dicho que “no es una obligación jurídica porque no es socialmente garantizada. En efecto, ella no da lugar a una pretensión jurídicamente sancionada: quien tiene una mera obligación moral o social es jurídicamente libre de cumplirlo o no cumplirlo”: BIANCA, Massimo, *Diritto civile, L'obbligazione*, 4, Ristampa aggiornata, Giuffrè, Milán, 1999, págs. 782-783.

deuda sirve para cumplir deberes morales o de solidaridad social; o cuando la deuda busca obtener un fin inmoral o ilícito. Asimismo, quien paga voluntariamente una deuda proveniente del juego y la apuesta no autorizados, según el artículo 1943 del CC, no puede solicitar la restitución de dicho pago.

La situación jurídica es precaria cuando subsiste o se mantiene hasta que otro sujeto decida su terminación. Ejemplo típico de ella es la posesión precaria regulada en el artículo 911 del CC que hace referencia al poseedor precario que mantiene su posesión sin título o el que tenía se extinguió. Su posesión se mantendrá hasta que el propietario decida su desocupación mediante el uso de los mecanismos jurisdiccionales.



2.1.2. Tipos de situaciones jurídicas subjetivas

Una clasificación de las situaciones jurídicas subjetivas se basa en ocho conceptos elementales ordenados en el siguiente esquema⁽¹⁷⁾:



Las líneas verticales unen entre sí los conceptos que son correlativos; las líneas oblicuas conexionan los conceptos opuestos.

Resulta claro que la mayor parte de las posiciones jurídicas subjetivas, y la mayor parte de los derechos subjetivos en particular constituyen en realidad congregaciones complejas de relaciones jurídicas elementales. El derecho de propiedad, por ejemplo, es un congegado de pretensiones (de excluir a otros de la utilización de la cosa), facultades (de utilizar la cosa, de no utilizarla, de modificarla), inmunidades (no padecer la expropiación si no por pública utilidad, no padecer la enajenación por parte de un tercero privado del poder de representación).

Esta clasificación considera conceptos diferentes de nuestra construcción terminológica. De ahí que no la adoptaremos.

Otra clasificación diferencia las situaciones en activas y en inactivas. Las situaciones activas comportan un hacer del titular y las situaciones inactivas no comportan ningún hacer del titular. En la primera categoría están comprendidos los deberes jurídicos positivos (y negativos, en caso de que la omisión sea considerada un hacer); en la segunda, los derechos subjetivos y los deberes jurídicos negativos (si se

⁽¹⁷⁾ TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di Diritto privato*, Sesta Edizione, Giuffrè, Milán, 1983, pág. 47.

considera la omisión como un no hacer)⁽¹⁸⁾. En nuestro esquema que desarrollaremos propondremos que los derechos subjetivos y los deberes son situaciones jurídicas activas.

Hay otra clasificación entre las situaciones jurídicas subjetivas entre activas y pasivas. Las primeras son posiciones de preeminencia del sujeto. Tales son las facultades, los poderes y las pretensiones. Las situaciones activas constituidas para la tutela directa de un interés del sujeto toman el nombre de derechos subjetivos. Las situaciones jurídicas pasivas son, por el contrario, las situaciones de subordinación del sujeto. Tales son los deberes como posiciones correlativas a las pretensiones, y las sujeciones como posiciones correlativas a los poderes jurídicos⁽¹⁹⁾. En ese mismo sentido hay otra que clasifica las situaciones jurídicas en activas y pasivas. Las situaciones jurídicas activas son aquellas que determinan la prevalencia del interés de quien es titular, sobre el interés de otros sujetos. Incluye entre ellas al derecho subjetivo, al derecho potestativo, a la facultad, a la expectativa, al interés legítimo y a los intereses difusos. Y las situaciones jurídicas pasivas son aquellas que determinan la subordinación del interés de su titular respecto al interés de otros sujetos, que tiene prevalencia. Entre ellas están el deber, la obligación, la sujeción, la responsabilidad. Las situaciones mixtas, son la potestad, la carga y el estatus⁽²⁰⁾. También en esa misma dirección las situaciones jurídicas pueden clasificarse en activas y pasivas. Las situaciones activas corresponden a la titularidad de un derecho o de un poder; las pasivas a la titularidad de un deber o de una sujeción⁽²¹⁾.

Esta última clasificación no la vamos a seguir porque confunde las activas como las favorables en la esfera jurídica del titular y las pasivas

(18) IRTI, Natalino, *Introducción al estudio del derecho privado*, Traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Primera edición en castellano de la 4.^a reimpresión de la 4.^a edición (1990) italiana, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003, pág. 121.

(19) BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, págs. 1-2.

(20) ROPPO, *op. cit.*, pág. 78. También en: LEÓN, *op. cit.*, págs. 47-48.

(21) PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 631

como desfavorables en la esfera jurídica del titular⁽²²⁾. Por el contrario, hay situaciones activas desfavorables y hay situaciones pasivas favorables.

Una distinción fundamental entre las situaciones jurídicas subjetivas está indudablemente ligada a la naturaleza favorable o desfavorable de las consecuencias que la norma jurídica conecta al sujeto de derecho: se distinguen así situaciones de ventaja y situaciones de desventaja⁽²³⁾.

La distinción está fácilmente orientada al interés protegido. Son situaciones subjetivas de ventaja las situaciones atribuidas al sujeto en su interés (seguidamente de la calificación de su interés) y son situaciones subjetivas de desventaja las situaciones impuestas a un sujeto por un interés ajeno (seguidamente de la calificación y a fin de garantizar un interés ajeno)⁽²⁴⁾.

La situación de ventaja es apta para asegurar al titular la obtención de un resultado favorable (satisfacción de un interés por medio de la consecución de una utilidad). La situación de desventaja sirve de instrumento para la realización de la primera y se determina en función de ella⁽²⁵⁾.

Otra distinción, que se refiere tanto a la situación de ventaja como a la de desventaja, es aquella entre situaciones activas y situaciones pasivas.

En la situación de ventaja, el ordenamiento jurídico, al proteger el interés, permite al sujeto actuar para hacer posible la satisfacción. El ordenamiento califica el interés como derecho subjetivo que representa la única situación de ventaja activa. Pero no siempre un interés, aunque merecedor de protección, es dotado de la facultad de actuar. En estos

⁽²²⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 147.

⁽²³⁾ GIARDINA, *op. cit.*, págs. 146-147.

⁽²⁴⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 147.

⁽²⁵⁾ BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Derecho Civil, Normas, sujetos y relación jurídica*, Tomo I, Volumen 1, Reimpresión de la primera edición, Traducción de Fernando Hinestrosa,

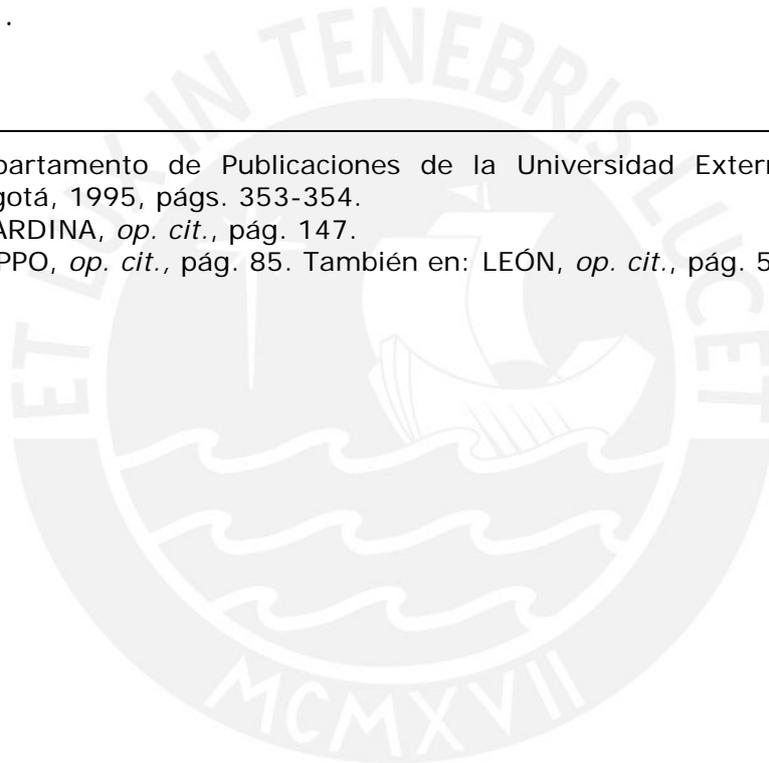
casos estamos en situaciones de ventaja inactivas como la expectativa y el interés legítimo.

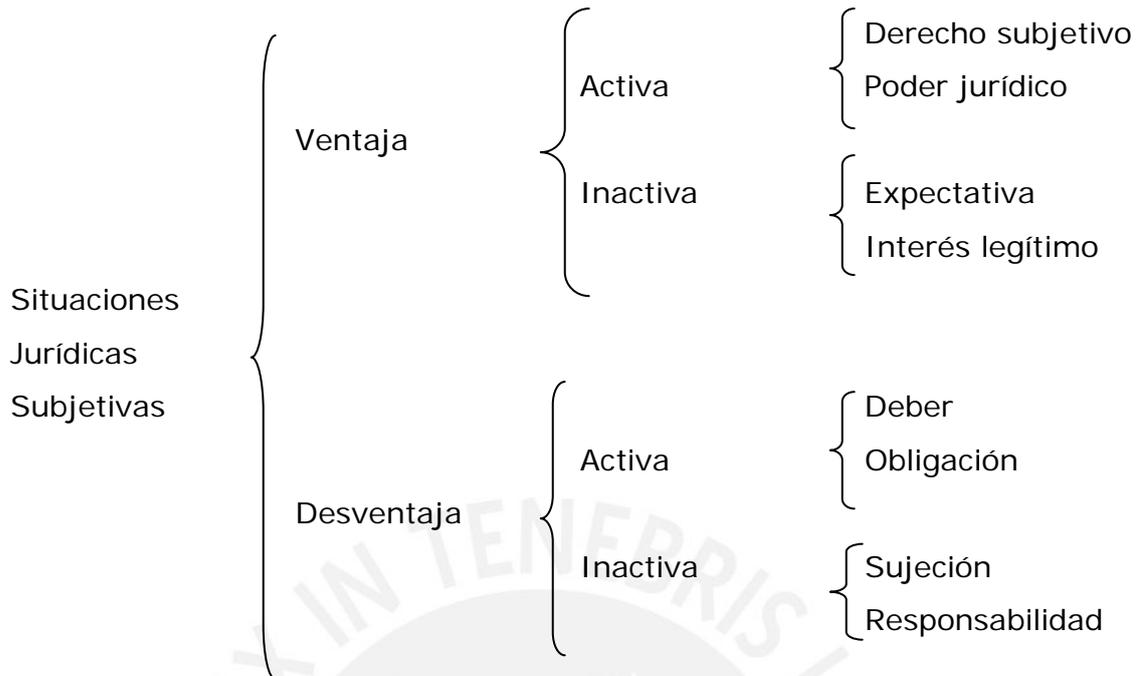
También las situaciones de desventaja pueden ser activas o inactivas, según que el titular, para satisfacer un interés ajeno, deba actuar (como en el caso del deber) o en la condición de sufrir la actividad ajena (sujeción)⁽²⁶⁾ o en la situación de quien, habiéndose cometido un acto ilícito, está expuesto a sufrir la sanción correspondiente o la situación que grava incluso a alguien que no ha violado ninguna regla y que, por lo tanto, no ha cometido ningún acto ilícito⁽²⁷⁾.

Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 353-354.

⁽²⁶⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 147.

⁽²⁷⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 85. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 54.





Entonces, la situación jurídica subjetiva de ventaja es la posición de preeminencia del sujeto para satisfacer un interés propio. El derecho subjetivo, el poder jurídico, la expectativa y el interés legítimo son situaciones jurídicas de ventaja.

La situación jurídica subjetiva de desventaja es la posición de subordinación del sujeto para satisfacer un interés ajeno. El deber, la obligación, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas de desventaja.

Las situaciones activas se contraponen a las situaciones pasivas por un "poder de obrar" o un "no poder obrar" respectivamente⁽²⁸⁾.

La situación jurídica subjetiva activa implica un poder de obrar o un poder de realizar un comportamiento. El derecho subjetivo, el poder jurídico, el deber y la obligación son situaciones jurídicas subjetivas activas.

La situación jurídica subjetiva inactiva implica un poder de no obrar o un poder de no realizar una actividad. La expectativa, el interés

⁽²⁸⁾ BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *op. cit.*, pág. 356.

legítimo, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas subjetivas inactivas.

2.1.3. La relación jurídica

La situación jurídica subjetiva esta ligada a la relación jurídica. La situación jurídica de un sujeto puede ser correlativa a aquella de otro sujeto, y dar lugar a una relación jurídica. La relación puede ser definida como la síntesis de situaciones subjetivas correlativas⁽²⁹⁾.

La relación jurídica es el vínculo de situaciones jurídicas subjetivas. Entre derecho de crédito y deber subsiste un nexo de interdependencia necesaria entre la relación entre sujetos titulares de las dos situaciones. En una primera aproximación, la relación jurídica puede ser definida como la relación jurídicamente regulada entre situaciones subjetivas (o entre sujetos titulares de situación subjetiva) entre ellas conectadas, de las cuales una está funcionalmente coordinada –en términos de necesidad [*necessarietà*]- a la satisfacción de la otra. La particular relación que vincula el derecho de crédito y el deber (o, si se quiere, los sujetos que son titulares) lleva el nombre más específico de relación obligatoria⁽³⁰⁾.

Específicamente entre el derecho de crédito y la obligación hay una relación jurídica llamada relación obligatoria. La relación obligatoria puede definirse como la relación que tiene por objeto una prestación patrimonial que un sujeto, llamado deudor, está obligado a cumplir para satisfacer el interés de otro sujeto llamado acreedor. La relación obligatoria se estructura en dos posiciones correlativas. A la posición pasiva, el débito, corresponde una posición activa, el crédito. Puede hablarse indiferentemente de relación obligatoria o de relación creditoria según se haga referencia a una u otra posición.

⁽²⁹⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 10.

⁽³⁰⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 147.

Tradicionalmente la relación ha sido considerada desde el punto de vista del deudor y por eso se le llama relación obligatoria⁽³¹⁾.

La relación jurídica es la síntesis de situaciones jurídicas subjetivas.

En el ámbito de la relación jurídica se definen partes a los sujetos titulares de las situaciones contrapuestas. En la relación obligatoria son partes el titular del derecho de crédito (acreedor) y el titular del deber (deudor). El término parte es usado también si la parte es unisubjetiva, es decir, coincide con el sujeto de derecho: la expresión sirve para indicar el lado de la relación. En la relación obligatoria se dirá parte acreedora o parte deudora para indicar el lado de la relación, independientemente del número de los sujetos. A la noción de parte se contraponen aquellos de terceros que son todos que no son partes de la relación. La noción de tercero no siempre coincide con la indiferenciada categoría de los "extraños" a la relación. La ley a veces usa el término tercero para indicar un sujeto interesado a la mutación que se desarrolla entre las partes de una relación o, más genéricamente, a una actividad jurídica ajena como el tercero subadquirente en las impugnaciones contractuales (así por ejemplo los artículos 194, 197 y 1372 del CC). Otras veces la figura del tercero es considerado para indicar un sujeto calificado que de algún modo "accede" a una relación obligatoria como por ejemplo cuando se subroga en los derechos del acreedor (artículo 1262 del CC). Otras veces el sujeto al cual la ley hace referencia con el término tercero es un verdadero y propio obligado como la delegación, la expromisión y la asunción de deuda⁽³²⁾.

Tema 2.2: Derecho subjetivo. Concepto, contenido y límites

El derecho subjetivo es una posición jurídica de ventaja, y precisamente, es la posición jurídica reconocida al sujeto para tutelar directamente su propio interés. En el derecho subjetivo se distinguen el

⁽³¹⁾ BIANCA, *Diritto civile, L'obbligazione*, 4, *op. cit.*, pág. 3.

⁽³²⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 148.

elemento formal, el contenido que identifica la posición del titular, y el elemento funcional, el interés, en razón del cual el derecho está constituido⁽³³⁾.

La esencia del derecho subjetivo se concreta en la actividad (potencial) estructuralmente caracterizada por un *agere licere* que, por el aspecto del contenido, se traduce en una *facultas agendi* para la realización del interés⁽³⁴⁾.

El derecho subjetivo es una posición concreta de ventaja de personas individualmente consideradas resultante de la afectación de medios jurídicos para permitir la realización de fines que el orden jurídico acepta como dignos de protección⁽³⁵⁾.

El derecho subjetivo debe ser entendido como una posición jurídica personal de ventaja, predominantemente activa, inherente a la afectación de bienes (de medios, esto es, de poderes) para la realización de los fines de su titular⁽³⁶⁾.

El derecho subjetivo es la forma jurídica de más intensa protección de un interés humano, en cuanto es la síntesis de una posición de fuerza y de una posición de libertad. Se atribuye al portador del interés el poder de realizarlo y la libertad de usar o no los instrumentos que son predispuestos por el ordenamiento para asegurar la realización del poder mismo⁽³⁷⁾.

Podemos definirlo como el poder de obrar por el propio interés, o de pretender que algún otro tenga un determinado comportamiento en el interés del titular del derecho⁽³⁸⁾.

El derecho subjetivo es la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio. En este sentido, constituye un medio para

⁽³³⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 12.

⁽³⁴⁾ BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *op. cit.*, pág. 370.

⁽³⁵⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO DE, *op. cit.*, pág. 79.

⁽³⁶⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 676.

⁽³⁷⁾ NICOLÒ, Rosario, "Las situaciones jurídicas subjetivas", Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias, en *Advocatus*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 12, Lima, 2005, pág. 109.

eliminar las necesidades que experimenta el hombre y no un fin en sí mismo. Dicha facultad puede traducirse en un "poder" (entendido este término en un sentido muy lato) o en una pretensión. Lo primero ocurre cuando el titular del derecho subjetivo tiene la posibilidad de realizar su interés mediante un comportamiento propio. Lo segundo ocurre cuando tal titular tiene que recurrir a un tercero para lograr dicha realización⁽³⁹⁾.

El derecho subjetivo es un permiso normativo específico⁽⁴⁰⁾.

En general se puede afirmar que el derecho subjetivo atribuye al sujeto la facultad de obrar para satisfacer su propio interés. Por consiguiente, el derecho subjetivo además de ser una situación subjetiva de ventaja, también es la única situación jurídica subjetiva de ventaja activa. Tomando como punto de referencia este carácter distintivo, se puede afirmar que el derecho subjetivo es la posibilidad de obrar (*agere licere*), o sea que el contenido de la situación atribuida al sujeto es la facultad de obrar (*facultas agendi*)⁽⁴¹⁾.

Pero el derecho subjetivo no se protege por sí mismo sino requiere de mecanismos de protección

La tutela del derecho subjetivo es una situación jurídica subjetiva de ventaja que nace a modo de reacción del ordenamiento jurídico ante la lesión (o el peligro de lesión) de un interés. Dicha situación tiene como finalidad (i) eliminar el obstáculo que impide la satisfacción de un interés o (ii) lograr la satisfacción de uno nuevo cuando el original hubiera desaparecido⁽⁴²⁾.

Ahora bien, esta tutela del derecho subjetivo es un nuevo derecho subjetivo.

Dicho mecanismo de protección o tutela del derecho subjetivo se resuelve finalmente en una facultad de obrar para realizar un interés propio. Es decir, la tutela del derecho subjetivo tiene la misma naturaleza

⁽³⁸⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 79. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 48.

⁽³⁹⁾ ESCOBAR ROZAS, Freddy, *Teoría general del derecho civil, 5 ensayos*, Ara Editores, Lima, 2002, págs. 170-171.

⁽⁴⁰⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 334.

⁽⁴¹⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 149.

⁽⁴²⁾ ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, pág. 171.

de derecho subjetivo. En tal sentido, como derecho subjetivo que es, este mecanismo de tutela requiere de la presencia de situaciones jurídicas subjetivas que, siendo opuestas a él, garanticen tanto su existencia como su realización⁽⁴³⁾.

El derecho subjetivo tiene dos aspectos⁽⁴⁴⁾: a) La atribución de un poder –o como poder de pretender un comportamiento de otro- o como poder de impedir interferencia de otros, o por lo menos como poder de dirigirse al juez para la tutela del propio interés; y b) La relación entre los poderes y las facultades que la ley atribuye a un sujeto, y el interés de este último, que constituye el fin inmediato y directo por las cuales aquellas prerrogativas le son conferidas. Entonces, hay derecho subjetivo cuando la ley atribuye a un sujeto un poder para la tutela primaria y directa del propio interés⁽⁴⁵⁾.

El contenido del derecho subjetivo está conformado por facultades.

La facultad no es una situación jurídica subjetiva autónoma, sino uno de los modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho. Por consiguiente, ella forma parte del contenido del derecho mismo⁽⁴⁶⁾. En efecto, la facultad es la posibilidad, reconocida al titular de un derecho, para efectuar un determinado comportamiento, el cual está comprendido en el contenido del derecho, pero que no agota dicho contenido⁽⁴⁷⁾.

La expresión facultad describe las conductas que son en potencia permitidas por el ordenamiento jurídico al titular del derecho para satisfacer su propio interés jurídicamente protegido y calificado como derecho subjetivo. Tener la facultad de tener una cierta conducta es diferente de un simple poder hacer cualquier cosa. Tener facultad se entiende la posibilidad de tener una conducta que el ordenamiento

⁽⁴³⁾ ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, pág. 167.

⁽⁴⁴⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, págs. 368-369.

⁽⁴⁵⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, págs. 368-369.

⁽⁴⁶⁾ GAZZONI, *op. cit.*, pág. 58.

⁽⁴⁷⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 80. También en: LEÓN, *op. cit.*, págs. 49-50.

considera particularmente calificada. Se trata de la conducta que en potencia se conecta a la titularidad de un derecho subjetivo y, consecuentemente, a un juicio de valor expresado por el ordenamiento jurídico en relación de interés privado merecedor de particular protección. En el poder hacer cualquier cosa se expresa la mera licitud de una conducta, solo permitida o simplemente no prohibida y no contraria a las normas y a los principios del ordenamiento jurídico⁽⁴⁸⁾.

El propietario de un predio tiene la facultad de gozar del bien objeto de su derecho. Entre los muchos comportamientos que esta autorizado existe ciertamente la posibilidad de recorrer su propio terreno. En algunos casos otros sujetos pueden acceder y pasar sobre el predio ajeno como en los casos de los artículos 959 y 960 del CC.

El recorrer del propietario sobre su propio predio es expresión de una facultad, el pasar sobre el predio ajeno es simplemente lícito, expresión de un simple poder hacer cualquier cosa⁽⁴⁹⁾.

Las facultades son los específicos poderes jurídicamente correspondientes al sujeto para realizar determinadas actividades de hecho o comportamientos⁽⁵⁰⁾. Las facultades forman parte del contenido de derechos subjetivos. Su tutela se identifica con la tutela de los derechos que ellas forman parte, y su ejercicio constituye ejercicio de los mismos derechos⁽⁵¹⁾.

Las facultades es una forma de ejercitar el derecho y por ello configura el contenido del derecho mismo. Son expresiones de la situación dinámica del derecho subjetivo y por lo tanto pertenecen al contenido del derecho subjetivo.

Todas las facultades, o sea las posibilidades de comportamiento ofrecidas al sujeto constituyen el contenido del derecho subjetivo⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 150.

⁽⁴⁹⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 150.

⁽⁵⁰⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà, ó, op. cit.*, pág. 3.

⁽⁵¹⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà, ó, op. cit.*, pág. 4.

⁽⁵²⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 104.

La facultad es un poder obrar para desarrollar el propio interés. Por ejemplo cuando el propietario le permite a alguien coger una rosa en su jardín. La facultad es el poder de aquel que ha obtenido el permiso del propietario del jardín para poder coger la rosa⁽⁵³⁾. Por lo tanto, la facultad es la situación del sujeto que puede lícitamente realizar un acto (al cual es lícito efectuar el comportamiento descrito por la norma)⁽⁵⁴⁾. Por ejemplo, el contrato de arrendamiento otorga al arrendatario la facultad de usar el bien⁽⁵⁵⁾.

El hecho que el ordenamiento atribuya a un sujeto la facultad de obrar para satisfacer un interés jurídicamente protegido no significa que esa atribución se realice sin límites⁽⁵⁶⁾.

Es importante aclarar la diferencia entre la noción de límite al derecho subjetivo y aquella de obligación impuesta al titular de un derecho subjetivo. El límite traza la frontera del derecho subjetivo, la línea que la facultad de obrar no puede pasar. Al titular no le es permitido ir más allá del límite. Es importante señalar que los límites no son aquellos precisados en las normas legales. Será decisivo el rol del intérprete que pueda deducir de los principios generales del derecho del ordenamiento jurídico, y en particular de los principios constitucionales sobre los límites del contenido y de ejercicio sobre los derechos subjetivos⁽⁵⁷⁾.

Por ejemplo, en los numerales 8) y 16) del artículo 2 de la Constitución Política, se reconoce el derecho de propiedad pero este derecho debe ejercerse en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley al amparo del artículo 70 de la Constitución Política. El Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia de 11 de noviembre de 2003 (Expediente N° 0008-2003-

⁽⁵³⁾ CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, Traducción de Carlos G. Posada, Ara Editores, Lima, 2006, págs. 211-212.

⁽⁵⁴⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 361.

⁽⁵⁵⁾ Artículo 1666.- Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida.

⁽⁵⁶⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 150.

⁽⁵⁷⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 151.

AI/TC-LIMA) que la propiedad no se agota en un cometido individual, sino que se despliega hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común. El ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar. Así, el derecho de propiedad individual debe ejercerse con el ejercicio de las restantes libertades individuales, con el orden público y el bien común.

Diversa de la noción de límite es la noción de deber conectado a un derecho subjetivo. El deber en sentido técnico es una autónoma situación jurídica subjetiva. Los obligados relacionados a la titularidad del derecho subjetivo son autónomos y no forman parte del derecho al cual se refieren⁽⁵⁸⁾.

Tema 2.3: Tipos de derecho subjetivo

2.3.1. Derechos absolutos y derechos relativos

Los derechos absolutos son aquellos que se pueden ejercer contra cualquiera (*erga omnes*, es decir contra todos) mientras los derechos relativos, en cambio, son aquellos que se ejercen solo frente a determinados sujetos⁽⁵⁹⁾. La absolutez [*L'assolutezza*] es el carácter de los derechos que se ejercen frente a todos los coasociados (*erga omnes*), es decir, de los derechos que se estructuran como una relación de preeminencia respecto a los terceros; mientras relativos son los derechos que se ejercen frente a determinados sujetos⁽⁶⁰⁾.

El derecho es relativo en el sentido que el poder subsiste en relación a un determinado o determinados sujetos pasivos, es absoluto en el sentido que goza de tutela contra la generalidad de los sujetos⁽⁶¹⁾.

⁽⁵⁸⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 151.

⁽⁵⁹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 374.

⁽⁶⁰⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà, ó, op. cit.*, pág. 29.

⁽⁶¹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 374.

Un sector de la doctrina vincula los derechos absolutos con los deberes de abstención. Los derechos absolutos prescinden totalmente de la colaboración de los terceros en la fase realizativa, de modo que la situación jurídica subjetiva pasiva se configura como un mero deber de abstención a cargo de terceros. Así se explica la absolutez [L'assolutezza], es decir, la posibilidad de ejercer el derecho erga omnes. Se trata, pues, de una situación final en cuanto el interés es realizado por sí mismo. Tal derecho tiene como contenido una pluralidad de facultades que se exteriorizan a través de múltiples actividades que varían dependiendo de cada derecho absoluto según el cual se es titular⁽⁶²⁾. Así, se formaría una relación jurídica "abstracta" (o de protección) que vincula al titular de la situación de goce con todos los terceros que estén en condiciones de perturbar la satisfacción del interés presupuesto por la misma⁽⁶³⁾.

Para otro sector no hay una vinculación entre los derechos absolutos con los deberes. En este sentido, derechos absolutos serán los derechos subjetivos que no se desarrollan en una relación jurídica y los derechos relativos se desarrollan en una relación jurídica⁽⁶⁴⁾ donde ella vincula un derecho relativo con un deber. La situación absoluta existe por ella misma sin dependencia de otra situación contraria. Al contrario, la situación relativa relaciona dos situaciones jurídicas⁽⁶⁵⁾.

Los derechos absolutos constituyen las situaciones finales porque el sujeto realiza el interés con su solo comportamiento sin cooperación ajena. El comportamiento negativo debido por los otros sujetos no es por tanto instrumento dirigido inmediatamente a la realización del interés, sino funciona como una red de protección externa (función mediata) dirigida a evitar que el comportamiento ajeno impida aquella realización⁽⁶⁶⁾. Los derechos absolutos tienen un contenido

⁽⁶²⁾ GAZZONI, *op. cit.*, pág. 58.

⁽⁶³⁾ ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, pág. 217.

⁽⁶⁴⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 152.

⁽⁶⁵⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 306.

⁽⁶⁶⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 104.

esencialmente caracterizado por el poder mediante el cual el titular satisface por si mismo su interés. Este poder está conectado y dependiente de su tutela externa⁽⁶⁷⁾. Para otro sector de la doctrina los derechos absolutos son vinculaciones intersubjetivas abstractas, en donde el contacto entre los sujetos se produce dentro de un plano de indeterminación subjetiva⁽⁶⁸⁾.

Se consideran "absolutos", los otros derechos que atribuyen al titular facultades y poderes de diverso contenido, que tienen por objeto inmediato una cosa como los derechos "reales" que comprenden, además de la propiedad, los derechos sobre las cosas de otros o los llamados derechos reales limitados).

También son derechos absolutos todos los derechos de la personalidad. También estos derechos de la personalidad asumen un contenido específico, como derechos relativos, cuando se hacen valer al interior de una relación entre sujetos particulares⁽⁶⁹⁾.

Por el contrario, los derechos relativos son esencialmente caracterizados por la relación hacia determinados sujetos, cuya intermediación es necesaria para la satisfacción del interés del titular⁽⁷⁰⁾.

2.3.2. Derechos patrimoniales y derechos no patrimoniales

Los derechos subjetivos se clasifican en derechos de la personalidad y derechos patrimoniales. Pertenecen a la primera categoría el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de circulación, al nombre, al honor, a la intimidad de la vida privada, a ser reconocido como autor de las obras propias, y otros. También pertenecen a este grupo los derechos que tienen por objeto intereses

⁽⁶⁷⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 31.

⁽⁶⁸⁾ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto" en *Themis, Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 27-28, Lima, 1994, pág. 47.

⁽⁶⁹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, págs. 374-375.

⁽⁷⁰⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 31.

no patrimoniales derivados de vínculos familiares. Todos los derechos de la personalidad son intransmisibles. Los derechos patrimoniales son aquellos que tienen por contenido una utilidad económica: por regla, son transmisibles. Los derechos patrimoniales absolutos comprenden la propiedad y los demás derechos absolutos sobre las cosas (derechos reales), así como los derechos sobre las obras del ingenio y las invenciones. Los derechos patrimoniales relativos son llamados derechos de crédito (o derechos personales), mientras que las relaciones que derivan de ellos se denominan relaciones obligatorias (u obligaciones)⁽⁷¹⁾.

Entonces, los derechos patrimoniales son los derechos reales y los derechos de crédito. Los derechos no patrimoniales son los derechos de la personalidad y los derechos relativos con contenido no patrimonial (como los derechos de los cónyuges de pedir fidelidad, asistencia moral, a la colaboración y la cohabitación)⁽⁷²⁾.

Los derechos subjetivos patrimoniales son aquellos derechos que tienen un valor de intercambio o derechos basados en bienes susceptibles de valoración económica. El carácter patrimonial es reconocido a los derechos de propiedad o a los otros derechos reales. También es reconocido carácter patrimonial a los derechos de crédito⁽⁷³⁾.

Los derechos subjetivos extrapatrimoniales son derechos personales que no tienen un valor de intercambio. En cuanto protegen a la persona son inkomerciales. Hay derechos personales que tienen por objeto prestaciones susceptibles de valoración económica (por ejemplo: el derecho a los alimentos). Los derechos de la personalidad –derechos personalísimos- tutelan la persona humana en sus valores esenciales. Los derechos de solidaridad exigen a otros el deber de cooperación para la satisfacción de intereses esenciales de la persona. Este deber puede gravar sobre determinados sujetos privados (por ejemplo los deberes

⁽⁷¹⁾ TRIMARCHI, *op. cit.*, págs. 49-50.

⁽⁷²⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 153.

de asistencia familiar) o sobre el Estado (por ejemplo la pensión social). Los derechos fundamentales de solidaridad son los derechos subjetivos que tutean directamente un interés específico del sujeto y que el titular puede hacer valer también en la vía judicial. Como tales estos derechos son expresiones de las exigencias de justicia social de la colectividad, constitucionalmente reconocidos mediante la previsión de deberes de intervención del Estado (como el derecho a la igualdad sustancial o el derecho al trabajo)⁽⁷⁴⁾.

2.3.3. Derechos reales y derechos de crédito

Radicalmente se ha propuesto que el derecho de crédito, como pretensión, es un conjunto de posiciones de poder, cuidadosamente programadas para distribuir entre las partes una serie de costos y de riesgos⁽⁷⁵⁾.

El derecho de crédito es una pretensión. La pretensión es una posición correlativa a un deber ajeno. El titular de la pretensión es portador de un interés cuya satisfacción requiere la colaboración de otro. Se ha definido a la pretensión que no es un poder sino un 'deber tener', es decir, la pertenencia de una prestación⁽⁷⁶⁾. Para nosotros, la pretensión es un poder específico de exigir un comportamiento al deudor.

El derecho de crédito es una pretensión de exigir el cumplimiento de la obligación al deudor.

El derecho de crédito es el derecho de exigir a otra persona (el deudor) una prestación. Lo que cuenta, es el cumplimiento de la obligación del deudor, es decir, la ejecución de la prestación es una forma de colaboración para la satisfacción del interés del acreedor; y

⁽⁷³⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 32.

⁽⁷⁴⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 32.

⁽⁷⁵⁾ TERRANOVA, Giuseppe, "La estructura de las situaciones subjetivas: contribución a una semántica de la obligación", Traducción realizada por Nélvor Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervias, en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Volúmen 5, Piura, 2004, págs. 384.

desde el punto de vista del acreedor, es esencial el poder de exigir para alcanzar la satisfacción de su interés⁽⁷⁷⁾. El derecho de crédito es una pretensión contra el obligado, y sólo contra él puede ser hecho valer. Su aspecto esencial se puede ver en la pretensión a una “prestación” que se puede valorar desde el punto de vista económico⁽⁷⁸⁾.

El derecho de crédito es la pretensión a la prestación debida por parte del sujeto pasivo. La pretensión es el ejercicio del derecho como comportamiento del titular. El acto de pretender representa la forma en la cual el derecho de crédito se revela en su aspecto dinámico, en su concreto ejercicio⁽⁷⁹⁾.

Los derechos reales constituyen la categoría más importante de derechos absolutos incluso desde el punto de vista económico. Teniendo presente el tratamiento del régimen, estos derechos se diferencian entre sí según tengan por objeto una cosa propia o una cosa ajena. Dentro de ésta segunda hipótesis a su vez pueden diferenciarse derechos según que el interés realizado sea aquel de disfrutar de la cosa ajena (derechos reales de disfrute) o bien de constituirla en garantía del cumplimiento de una obligación (derechos reales de garantía), como en el caso en el que el deudor inscriba en favor del acreedor, una hipoteca sobre un inmueble propio, con la consecuencia que, en caso de incumplimiento, el acreedor pueda vender el bien hipotecado a fin de cobrarse con el precio conseguido hasta la satisfacción del propio crédito⁽⁸⁰⁾.

2.3.4. Derechos reales de disfrute

Los derechos reales de disfrute son derechos subjetivos que se caracterizan por una directa expresión de la facultad de disfrute sobre el bien objeto del derecho. El titular puede obtener del bien su utilidad sin

⁽⁷⁶⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 9.

⁽⁷⁷⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 366.

⁽⁷⁸⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 375.

⁽⁷⁹⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 114.

que sea necesaria la intermediación de otro sujeto. En eso consiste su carácter de inmediatez⁽⁸¹⁾.

El derecho de propiedad tiene como contenido a la facultad de disfrute (artículo 923 del CC) pero hay otros derechos reales menores como el usufructo (artículo 999 del CC), la anticresis (artículo 1021 del CC) y la superficie (artículo 1030 del CC).

Los derechos reales menores son derechos que un sujeto tiene sobre un bien de propiedad de otro sujeto. Se trata de derechos reales sobre la cosa ajena. La propiedad resulta limitada en el ejercicio de la facultad de disfrute. La propiedad limitada por un derecho real menor se define como *nuda propiedad*. Entre el propietario y el titular del derecho real menor no nace una relación jurídica porque los dos derechos subjetivos son autosuficientes. El titular del derecho real menor adquiere su propia facultad de disfrute. Cuando la propiedad se transfiere, ella se transfiere gravada del derecho real menor. El nuevo propietario adquiere solo la *nuda propiedad*, a él se le transmite el límite o el peso impuesto al precedente propietario. Este carácter de los derechos reales lleva el nombre de inherencia que, para los derechos reales menores, se manifiesta como derecho de seguimiento (*ius sequelae*), expresión que describe la posibilidad de “seguir” el bien al sucesivo y diverso propietario⁽⁸²⁾.

2.3.5. Derechos reales de garantía

El titular del derecho real de garantía no tiene la facultad de disfrute sobre el bien objeto de su derecho, pero puede, garantizar el crédito, obtener la venta forzada del bien objeto del derecho (*ius distrahendi*) y satisfacerse con la preferencia sobre lo recaudado (*ius praelationis*)⁽⁸³⁾.

⁽⁸⁰⁾ GAZZONI, *op. cit.*, pág. 58.

⁽⁸¹⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 154.

⁽⁸²⁾ GIARDINA, *op. cit.*, págs. 154-155.

⁽⁸³⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 155.

2.3.6. Derecho de crédito y la obligación

La relación obligatoria está formada de dos polos diferentes, el derecho subjetivo de crédito y el deber, situaciones funcionalmente coordinadas, en el sentido que el deber está en función de la satisfacción del crédito y representa el medio de aquella satisfacción⁽⁸⁴⁾.

El acreedor tiene derecho a la conducta del deudor. El interés del acreedor se satisface mediante el comportamiento debido del deudor (cumplimiento). El acreedor puede pretender, el deudor debe realizar.

El contenido del deber es la prestación, término que define el comportamiento que el obligado debe ejecutar para satisfacer el interés del acreedor quien puede pretender en el ejercicio de la pretensión que constituye el contenido específico de su derecho⁽⁸⁵⁾.

2.3.7. Derechos personales de disfrute

Una particular categoría considerada intermedia respecto a la tradicional distinción entre derechos reales y derechos de crédito está representada por los derechos personales de disfrute.

En efecto, en el caso de los llamados derechos personales de disfrute se está en presencia, por un lado, de una situación de carácter relativo, existiendo una típica relación jurídica y, precisamente, un derecho de crédito del lado activo y un deber del lado pasivo; sin embargo, por otro parte, frente al titular del interés a disfrutar del bien (y, por consiguiente, a conservarlo), existe un deber general de abstención idéntico a aquel que forma parte de la situación jurídica

⁽⁸⁴⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 155.

⁽⁸⁵⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 156.

subjetiva pasiva a la que corresponde, del lado activo, un derecho absoluto⁽⁸⁶⁾.

2.3.8. Derechos potestativos

El derecho potestativo es el poder de constituir modificar o extinguir –con una declaración propia, o con un pronunciamiento del juez– una relación jurídica. Es un poder que, como se suele precisar, opera en la esfera jurídica ajena, sin que la contraparte tenga el deber o la carga de desenvolver ningún comportamiento. El derecho potestativo se corresponde con una mera sujeción⁽⁸⁷⁾.

El derecho potestativo consiste en el poder de incidir sobre las situaciones subjetivas ajenas –creándolas, modificándolas o cancelándolas– sin que el titular de la situación afectada pueda jurídicamente impedirlo⁽⁸⁸⁾. El derecho potestativo comporta un poder de alterar, unilateralmente, mediante una manifestación de voluntad, un orden jurídico. Por ejemplo, el “derecho” de aceptar una oferta contractual es potestativo. El destinatario de tal oferta puede aceptarla o no; aceptándolo, él altera, de modo unilateral, un orden jurídico, promoviendo la formación del contrato⁽⁸⁹⁾.

El derecho potestativo otorga al titular del derecho el poder de determinar un cambio de la situación jurídica, que la otra parte sufre⁽⁹⁰⁾. No es una pretensión contra el otro. Es un derecho al cual no le corresponde un deber jurídico sino una sujeción⁽⁹¹⁾.

Los derechos potestativos se pueden ejercer de dos modos: a) En el primer caso, el comportamiento voluntario del sujeto titular del derecho es suficiente para que se verifique inmediatamente la modificación ideal de la realidad que satisfaga el interés del sujeto; b)

⁽⁸⁶⁾ GAZZONI, *op. cit.*, pág. 61.

⁽⁸⁷⁾ IRTI, *op. cit.*, págs. 105-106.

⁽⁸⁸⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 80. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 49.

⁽⁸⁹⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, págs. 335-336.

⁽⁹⁰⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 376.

⁽⁹¹⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 376.

En el segundo caso, este efecto no deriva solo de la iniciativa del titular; sino postula la necesidad de una intervención del juez. Es decir, es necesario un pronunciamiento (sentencia o laudo) porque comprobada la existencia del poder en cabeza del sujeto y la regularidad de su ejercicio, se constituye la modificación querida. En este caso el poder no tiene, como su contenido, la modificación inmediata de la realidad; sino, más bien, la solicitud al juez o al tribunal arbitral y la obtención de un pronunciamiento judicial o arbitral que, afirmando el poder, lo realiza y lo consuma, produciendo la modificación⁽⁹²⁾.

Se trata de situaciones que permiten al titular de obtener, con un propio comportamiento unilateral, un resultado favorable mediante el ejercicio de un particular poder de formación, capaz de provocar una modificación en la esfera jurídica de otro sujeto que no puede oponerse y que se haya en una situación de sujeción.

La modificación es solo de carácter jurídico y no material porque no es necesaria una activa colaboración del sujeto pasivo, sino que será suficiente el ejercicio del derecho por parte del titular y ello se realiza a través de la sola manifestación de voluntad dirigida a producir la modificación misma. En tal sentido se habla de poder de conformación. El sujeto pasivo en cuyo patrimonio incidirá la modificación esta, en todo caso, siempre individualizado, cuando ocurre toda vez que se asiste a una modificación de los patrimonios, producto de la realización de un interés para conseguir un bien que no se tiene⁽⁹³⁾.

El derecho potestativo es un poder jurídico pero es uno específico que es parte del derecho subjetivo por cuanto está relacionado a otra situación jurídica subjetiva llamada sujeción. El derecho subjetivo común proviene de una norma permisiva pero el derecho potestativo es producto de una norma que confiere un poder, esto es, de una norma que faculta la posibilidad de alterar un orden jurídico. El titular puede,

⁽⁹²⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 116.

⁽⁹³⁾ GAZZONI, *op. cit.*, pág. 61.

según su libre arbitrio, actuar o no el poder que la norma le concede⁽⁹⁴⁾.

Por ejemplo, el ejercicio del derecho de desistimiento (o receso) unilateral de una de las partes provoca, precisamente, la modificación de la esfera jurídica de la otra parte sin que se pueda oponer. El derecho de desistimiento representa un eficaz ejemplo de derecho potestativo⁽⁹⁵⁾. El artículo 1365 del CC regula una hipótesis de desistimiento en los contratos a plazo indeterminado. Cualquiera de las partes puede decidir ponerle fin al contrato con una comunicación notarial con una anticipación no menor de 30 días.

El ejercicio del derecho potestativo tiene naturaleza negocial en cuanto acto mediante el cual el sujeto dispone de los propios intereses. Además para la titularidad del derecho es necesaria la capacidad de obrar. El derecho potestativo puede incluso ser ejercitado mediante la acción en juicio. En tal caso la voluntad del sujeto en orden al efecto es manifestada a través de un acto, la demanda, que tiene naturaleza procesal y que como tal viene disciplinada, requiriendo los presupuestos sustanciales del derecho ejercitado⁽⁹⁶⁾.

Tema 2.4: Las mutaciones del derecho subjetivo

El derecho subjetivo está sujeto a mutaciones constitutivas, modificativas y extintivas.

Entre las mutaciones modificativas de particular importancia está la transferencia, es decir, el traslado del derecho de un sujeto a otro.

La mutación traslativa puede, también, ser indicada como sucesión en el derecho.

La transferencia implica la mutación del titular y la identidad objetiva del derecho, en el sentido que el derecho trasladado al nuevo

⁽⁹⁴⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 336.

⁽⁹⁵⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 158.

⁽⁹⁶⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà, ó, op. cit.*, pág. 39.

titular es jurídicamente el mismo derecho que correspondía al precedente titular.

La identidad jurídica del derecho permanece fija, incluso en las hipótesis de transferencias parciales o de modificaciones accesorias⁽⁹⁷⁾.

2.4.1. Titularidad del derecho, adquisición del derecho y sucesión del derecho

La titularidad del derecho subjetivo es la noción que expresa el coligamento entre el sujeto y la situación subjetiva de ventaja activa. Titular del derecho es el sujeto según el cual la norma vincula los efectos favorables que pueden ser agrupados con la fórmula sintética de derecho subjetivo. También se habla de titularidad entre las situaciones subjetivas de desventaja. En este caso la noción expresa el coligamento entre el sujeto y los efectos desfavorables previstos por la regla de derecho, en función de la satisfacción de un interés ajeno⁽⁹⁸⁾.

La relación de pertenencia de un derecho o de un deber respecto de un sujeto se manifiesta a través del concepto de titularidad del derecho o del deber; el sujeto, al cual le pertenece tal derecho o tal deber, es el titular. Estas expresiones se comprenden mejor a partir del concepto de título de adquisición. Título es la "fuente" de la adquisición, es decir el hecho jurídico que tiene por consecuencia la adquisición del derecho o del deber. El título influye en la disciplina del derecho o del deber jurídico. Y ante todo, es esencial establecer si la adquisición proviene a título originario o a título derivativo⁽⁹⁹⁾.

La adquisición del derecho subjetivo es el hecho idóneo de producir, a favor del sujeto, la adquisición del derecho. En realidad, no es el hecho en si mismo que produce la adquisición sino la previsión normativa de la idoneidad de un hecho para producir la adquisición de un derecho. Más analíticamente, la norma prevé la verificación de un

⁽⁹⁷⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 22.

⁽⁹⁸⁾ GIARDINA, *op. cit.*, págs. 158-159.

hecho (o de determinadas condiciones de hecho), del cual surge objetivamente un interés. Al hecho se le vincula la adquisición de un derecho subjetivo, predispuesto por la ley en función de la realización de un interés⁽¹⁰⁰⁾.

La adquisición a título originario significa que el derecho se constituye, en base a una persona, sin depender de la posición de un anterior titular⁽¹⁰¹⁾. El derecho que se adquiere a título originario es del todo nuevo. El derecho es nuevo en particular, en el sentido que no tiene límites de contenido predeterminados de la precedente pertenencia del derecho ajeno. Por ejemplo, el propietario que adquiere a título originario no soporta el peso del derecho real menor que eventualmente limite el disfrute del bien por parte del precedente propietario⁽¹⁰²⁾.

La adquisición es a título derivativo de un derecho subjetivo aquel que depende del ejercicio del poder de disposición del derecho por parte del precedente titular. En este caso, el derecho de quien transfiere se transmite a quien adquiere. Aquello significa que el adquirente adquiere el mismo derecho según el cual era titular el transferente, idéntico por contenido y con los mismos límites⁽¹⁰³⁾.

La adquisición a título derivativo significa que el derecho del adquirente tiene la fuente en el derecho del anterior titular, y por eso su existencia y sus límites dependen de la existencia y de los límites de este. La adquisición a título derivativo sigue dos principios bases:

- Nadie puede transmitir a otra persona más de aquello que tiene: si mi derecho es limitado, los mismos límites corresponderán al adquirente.
- Se extingue el derecho del enajenante, se extingue también el (título del) derecho del adquirente⁽¹⁰⁴⁾.

⁽⁹⁹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 379.

⁽¹⁰⁰⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 159.

⁽¹⁰¹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 379.

⁽¹⁰²⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 160.

⁽¹⁰³⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 159.

⁽¹⁰⁴⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, págs. 379-380.

La mutación que produce la adquisición a título derivativo de un derecho subjetivo es una mutación traslativa que produce la sucesión en el derecho subjetivo. El término sucesión sirve para describir el traslado de un sujeto a otro de un derecho subjetivo (o de una situación subjetiva, incluso de una de desventaja). Piénsese en un contrato según el cual se transfiere la propiedad de un bien a un sujeto (transferente) a otro sujeto (adquirente)⁽¹⁰⁵⁾. Suceder significa, literalmente, entrar una persona o cosa en lugar de otra. Suceder significa, de este modo, sustituir al “portador” precedente; ocupar el lugar de otro, es decir, a un titular precedente. Sucesión, en general, es por consiguiente toda sustitución de un sujeto a otro como titular de un derecho o un deber⁽¹⁰⁶⁾.

Mediante el contrato el transferente (dante causa) ejercita el poder de disposición, que permite al adquirente (*avente causa*) de convertirse titular del mismo derecho, a través de la sucesión en el derecho. Cambia el sujeto titular pero no cambia el derecho subjetivo en su contenido, límites y características.

Por ejemplo, la propiedad gravada de un derecho real menor se transfiere como tal y al nuevo propietario le es impuesto el mismo peso que gravaba sobre el precedente titular⁽¹⁰⁷⁾.

La sucesión que se verifica en particulares y determinadas situaciones subjetivas lleva el nombre de sucesión a título particular. Más compleja es la mutación, denominada sucesión a título universal, que conduce a la sucesión en la universalidad (o en una cuota) de las situaciones jurídicas subjetivas⁽¹⁰⁸⁾. La sucesión -es decir este fenómeno de sustitución- puede ser a título universal o a título particular. La primera se verifica a causa de muerte, con la sucesión de la herencia en la universalidad (de allí el nombre) de los derechos y de

⁽¹⁰⁵⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 159.

⁽¹⁰⁶⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 381.

⁽¹⁰⁷⁾ GIARDINA, *op. cit.*, págs. 159-160.

⁽¹⁰⁸⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 160.

las obligaciones que derivan del difunto: es decir en la titularidad del patrimonio o en una parte de aquel⁽¹⁰⁹⁾.

2.4.2. Ejercicio del derecho y abuso del derecho

El ejercicio del derecho subjetivo se manifiesta mediante la expresión de las facultades que constituyen el contenido. La facultad de obrar, atribuida en potencia con la titularidad del derecho, es ejecutable⁽¹¹⁰⁾. El propietario tiene, potencialmente, la facultad de disfrute del bien. Lo ejerce cuando efectivamente disfruta del bien. El acreedor tiene, potencialmente, la facultad de pretender el cumplimiento. Lo ejerce cuando efectivamente pretende.

El ejercicio del derecho es la actuación de las posiciones jurídicas que constituyen el contenido. Así, por ejemplo, el ejercicio de los derechos de disfrute consiste en el extraer del bien las utilidades reservadas al titular; el ejercicio de los derechos de crédito consiste en la recepción de la prestación; el ejercicio de los derechos potestativos consiste en la producción de los efectos jurídicos previstos.

El ejercicio del derecho es reconocible, incluso, en el uso de los remedios contra su violación, los remedios son poderes instrumentales predispuestos para la tutela del derecho.

Los remedios pueden ser judiciales o extrajudiciales según que requieran o no la intervención del juez. Los remedios extrajudiciales previstos por la ley son considerados excepcionales, como derogaciones al principio general que prohíbe la autotutela privada. En la raíz de este enunciado está la concepción del absoluto monopolio estatal de la justicia. Se trata de una concepción que es, sin embargo, ya desmentida por el instituto del arbitraje.

Asimismo, el privado no puede invadir la esfera jurídica ajena, y que el propósito de defender su propio derecho no vale como regla

⁽¹⁰⁹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 381.

⁽¹¹⁰⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 160.

general para legitimar tal invasión. Por tanto, cuando la esfera jurídica ajena no es violada, es necesario admitir la licitud de la autotutela

Las hipótesis en la cual la ley admite el ejercicio de remedios extrajudiciales que invaden la esfera jurídica ajena se fundamentan en una valoración normativa de prevalencia del interés defendido (por ejemplo la legítima defensa) o de justificación por el comportamiento dañador (por ejemplo la agresión de un derecho de igual rango por estado de necesidad)⁽¹¹¹⁾.

El contenido y los límites del derecho subjetivo describen, en conjunto, las actividades que el titular puede realizar en el ejercicio de sus prerrogativas⁽¹¹²⁾.

A veces, el ordenamiento jurídico prohíbe expresamente que las facultades conectadas con la titularidad de un derecho subjetivo se ejerciten para evitar una conducta arbitraria. Pero aunque no exista prohibición expresa, existen reglas que controlan la conducta del titular, dirigidas a verificar si las modalidades de ejercicio del derecho son justificadas respecto al propósito de realizar el interés que es el fundamento del derecho mismo, o que evitan el propósito de realizar un propósito diverso. En eso consiste el problema del abuso del derecho, es decir, el problema de la valoración de actos de ejercicio del derecho, los cuales se ejercitan formalmente en el ámbito del contenido del derecho, pero manifiestan en sustancia una desviación respecto al propósito de realizar el interés protegido⁽¹¹³⁾.

Por consiguiente, el problema tiene que ver con el control sobre los actos que reingresan en el contenido de la facultad o del poder. Debemos saber en qué medida el ejercicio del derecho es "justificado" con el propósito de realizar el legítimo interés del titular, o en cambio si es "desviado" hacia propósitos diversos (el llamado abuso del derecho); y que pueden ser consecuencia del abuso⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹¹⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, págs. 23-24.

⁽¹¹²⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 161.

⁽¹¹³⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 161.

⁽¹¹⁴⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 389.

En ciertos casos, la ley da expresamente una respuesta. En el tema de derechos potestativos, se exige a veces una justa causa, para el ejercicio lícito y eficaz del derecho. En otros casos, un límite “interno” al ejercicio del derecho se determina en vía interpretativa. Por ejemplo en la relación entre acreedor y deudor, vale el principio general de la corrección; el mismo es entendido en el sentido, que la satisfacción del interés del acreedor no puede hacerse imponiendo al deudor un sacrificio “desproporcionado”. Por esta razón, en ciertas hipótesis particulares, la pretensión del acreedor de ver exactamente cumplida la prestación podría considerarse un abuso⁽¹¹⁵⁾.

La variedad del contenido y de la normativa de los derechos subjetivos hace imposible construir una regla general, que valga para todos los casos y que se establezcan sanciones de igual modo al ejercicio del poder “desviado” del propósito. Por esta razón, el abuso del derecho no es un instituto, ni un principio general del ordenamiento. El abuso del derecho es un problema, que presenta tantas caras y tantas soluciones como derechos hay⁽¹¹⁶⁾.

Finalmente, la valoración del abuso del derecho no está ligada a la identificación en abstracto del contenido del derecho en su esquema legal, sino a las modalidades de ejercicio del derecho en las circunstancias del caso concreto. La prohibición del abuso del derecho es un límite al derecho subjetivo, un límite no de contenido, sino de ejercicio⁽¹¹⁷⁾.

2.4.3. Ejercicio y no ejercicio del derecho. Extinción del derecho. Prescripción y caducidad

El derecho subjetivo nace para ser ejercitado. Las figuras de derecho subjetivo son muy diversas entre si y las diferentes

⁽¹¹⁵⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 389.

⁽¹¹⁶⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 389.

⁽¹¹⁷⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 162.

modalidades de ejercicio que le caracterizan influyen notablemente sobre las consecuencias de su ejercicio o de su falta de ejercicio⁽¹¹⁸⁾.

El ejercicio del derecho subjetivo es la actuación de las posiciones jurídicas que constituyen el contenido.

Diversos hechos pueden determinar la extinción de un derecho o de un deber jurídico. Un derecho (y el deber jurídico correlativo) puede cesar de existir por renuncia del titular –con tal que se trate de un derecho disponible. La propiedad de un bien mueble puede cesar de existir por abandono (renacerá, a título originario, en cabeza de quienes aprehendan la cosa abandonada)⁽¹¹⁹⁾.

Existen derechos que duran en relación a la persona que le son atribuidos: se piensa en los derechos fundamentales. Se adquieren con el nacimiento, o con el desarrollo de la capacidad natural de entender y querer, y se extinguen sólo con la muerte del titular. Así sucede por ejemplo con el derecho a la vida y a la integridad física, con el derecho a la dignidad, al honor, a la intimidad, a la libre manifestación del pensamiento⁽¹²⁰⁾.

Otros derechos personales, como el derecho al nombre, pueden surgir o extinguirse por mutaciones particulares, que constituyen el título, y ser sujetos a extinciones por efecto de hechos que inciden sobre el título mismo o sobre la relación que nace: así la mujer adquiere, con el matrimonio, el derecho de llevar además el apellido del marido; tal derecho se extingue por efecto de la anulación del matrimonio o del divorcio⁽¹²¹⁾.

En el campo de los derechos patrimoniales, la duración del derecho o del deber jurídico está también sujeta a reglas diversas.

El carácter de perpetuo se reconoce tradicionalmente a la propiedad. La hipótesis de una propiedad provisional –delimitada en el tiempo por un término final- se excluye en cuanto sería incompatible

⁽¹¹⁸⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 162.

⁽¹¹⁹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 382.

⁽¹²⁰⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 383.

⁽¹²¹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 383.

con la naturaleza de aquel derecho –que es por definición, como se dice, “pleno” y exclusivo– y con el principio de “libertad de los bienes”, que hace inútil la imposición de vínculos al propietario, los que derivarían de la necesidad de conservar para restituir⁽¹²²⁾.

El carácter temporal puede encontrarse en cambio en los otros derechos sobre las cosas; y más bien, algunos deben ser limitados en el tiempo como el usufructo (artículo 1001 del CC).

Desde un punto de vista distinto, el tiempo se convierte en un elemento relevante para los fines de la extinción de los derechos en la prescripción y en la caducidad.

La prescripción es un modo de extinción de los derechos fundamentado sobre la inercia del titular. Quien no ejercita el derecho, lo pierde. Existen dos razones fundamentales para la normativa de la prescripción. De un lado, la exigencia de certeza en las relaciones jurídicas, que se compromete cuando se verifica una situación de prolongada inercia. La falta de ejercicio crea una expectativa, hace pensar que probablemente el derecho ya no será ejercitado. La prescripción privilegia las razones de quien quiere ser libre de una antigua obligación respecto a aquellas del titular inerte. Es una especie de «usucapión de la libertad⁽¹²³⁾.

El equilibrio entre los dos intereses –del titular inerte y de la otra parte- es una cuestión que se resuelve según un criterio de utilidad general. La elección de los casos y de los tiempos de prescripción es uno de los roles fundamentales de un ordenamiento jurídico, al formar parte del llamado “orden público”. En efecto las normas sobre prescripción son inderogables por los privados, que no pueden excluir ni agregar, casos de prescripción y ni siquiera modificar los plazos⁽¹²⁴⁾. Así, el derecho de prescribir es irrenunciable (artículo 1990 del CC).

⁽¹²²⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 383.

⁽¹²³⁾ ZATTI, Paolo, “Prescrizione e decadenza”, en ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio, *Lineamenti di diritto privato*, 10.^a ed, Cedam, Padua, 2005, pág. 999.

⁽¹²⁴⁾ ZATTI, “Prescrizione e decadenza”, *op. cit.*, págs. 999-1000.

La prescripción consiste en eso, que un derecho ya no puede ejercido cuando no ha sido ejercitado por un determinado periodo de tiempo. La inercia del titular genera de hecho una situación de incertidumbre, de “espera” para quien puede encontrarse sometido a un tardío ejercicio del derecho, que la ley considera oportuno eliminar después de un cierto periodo de tiempo⁽¹²⁵⁾. El instituto de la prescripción se justifica en función de la protección del interés contrario a aquél del derecho que omite ejercitarlo⁽¹²⁶⁾.

En el fenómeno prescriptorio son identificables al menos dos “fases” muy marcadas. Una, que podemos llamar “preliminar”, que va desde el surgimiento de la relación jurídica (y de las consecuentes situaciones jurídicas subjetivas: activas o de ventaja, y pasivas o de desventaja) hasta el vencimiento del período de tiempo señalado por la ley. Una fase marcada por la no actuación de la relación, que provoca una situación modificativa de aquella (eficazmente llamada por Troisi de mera “prescriptibilidad”) en la que la situación subjetiva activa pasa de la plena “tutelabilidad” a una “atenuada”, pues surge en el sujeto pasivo de la relación (prescribiente o, también, en quienes tengan legítimo interés) una situación de ventaja (poder-carga) de completar con su actuar el fenómeno prescriptorio. Una segunda fase «constitutiva» en la que el fenómeno prescriptorio se perfecciona por el actuar de quién se beneficia con él, pasándose así de la mera «prescriptibilidad» (modificativa) a la «prescripción» (extintiva) propiamente dicha, con la consiguiente “liberación” del sujeto pasivo de la relación.

El interés protegido por la norma que hace prescribir un derecho es sin embargo siempre un interés individual: por eso es posible la renuncia a la prescripción ya cumplida (artículo 1991 del CC)⁽¹²⁷⁾.

La prescripción debe ser ejercitada por el interesado, es decir, opuesta al requerimiento de cumplimiento y, en juicio, no puede ser estimada de oficio por el juez (artículo 1992 del CC). En consecuencia,

⁽¹²⁵⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 384.

⁽¹²⁶⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 162.

quien paga espontáneamente la deuda prescrita, no puede repetir aquello que ha pagado (artículo 1275 del CC)⁽¹²⁸⁾.

La prescripción no se aplica para todos los derechos como los derechos indisponibles, como los derechos de carácter personal relativos al estatus familiar, los derechos personalísimos y algunos derechos de carácter patrimonial, como el derecho al mantenimiento de los hijos. Así, la prescripción no se aplica para las situaciones jurídicas autosuficientes, es decir, para los derechos en que se ejercitan sin afectar sobre la posición de un conainteressado determinado. Es importante señalar que los derechos de la personalidad son inalienables e imprescriptibles⁽¹²⁹⁾. Tampoco la prescripción se aplica para los otros derechos indicados por la ley, como por ejemplo, los artículos 373, 664, 865 y 985 del CC⁽¹³⁰⁾.

Aquí es interesante la cuestión de la propiedad. No existe una norma que declare imprescriptible la propiedad. La ley, dispone, sin embargo, que no prescribe la acción de reivindicación (artículo 927 del CC). La norma supone la imprescriptibilidad del derecho de propiedad, que es fruto de una tradición antiquísima todavía no objetada⁽¹³¹⁾.

Por el contrario, la caducidad se refiere al cumplimiento de una actividad que debe ser desarrollada dentro de un plazo perentorio para hacer posible la conservación, la adquisición o el ejercicio de una situación jurídica subjetiva.

La caducidad es un instituto que se parece a la prescripción pero tiene importantes diferencias. Ligada en general a plazos breves, ella sirve para resolver drásticamente situaciones de incertidumbre⁽¹³²⁾. Fijando un término de caducidad, la ley quiere que un sujeto cumpla un

⁽¹²⁷⁾ ZATTI, "Prescrizione e decadenza", *op. cit.*, pág. 1000.

⁽¹²⁸⁾ ZATTI, "Prescrizione e decadenza", *op. cit.*, pág. 1000.

⁽¹²⁹⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 163.

⁽¹³⁰⁾ ZATTI, "Prescrizione e decadenza", *op. cit.*, pág. 1000.

⁽¹³¹⁾ ZATTI, "Prescrizione e decadenza", *op. cit.*, pág. 1000.

⁽¹³²⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 384.

determinado acto jurídico dentro de un plazo en general breve y siempre perentorio⁽¹³³⁾.

En la caducidad la exigencia de certeza es absoluta. El derecho debe ser ejercitado dentro de un determinado plazo, de modo general breve, para hacer la situación definitivamente clara⁽¹³⁴⁾.

En consecuencia, no tiene relevancia los impedimentos subjetivos que, en la prescripción, justifican la inercia. Solamente el ejercicio del derecho evita la caducidad. Cuando la caducidad es establecida por la ley, se distingue según ella se refiera a derechos indisponibles o derechos disponibles. No se tiene en cuenta ninguna causa de impedimento. El plazo de caducidad es inexorable⁽¹³⁵⁾.

Es el legislador quien someter (o no) las diversas situaciones jurídicas subjetivas protegidas por el ordenamiento a plazos ya sea de prescripción o de caducidad.

La prescripción como la caducidad están concebidas por el CC como fenómenos extintivos ligados al tiempo, la primera de "la acción, pero no del derecho mismo" (artículo 1989 del CC) mientras que la segunda del "derecho y la acción correspondiente" (artículo 2003 del CC). Es importante aclarar que el CC no distingue entre derecho y acción, sino que la acción viene concebida "a lo antiguo", vale decir, como que la acción, o derecho de hacer valer el derecho, no es más que el derecho mismo hecho valer; el derecho en un nuevo aspecto o en una nueva fase, pasado del estado de reposo al estado de combate. Si cada acción presupone un derecho, no hay acción sin derecho, pero sí puede haber derecho sin acción. Pero es evidente que el CC parte de la premisa de que la "acción" es un elemento del "derecho" (que presupone existente) y en ningún caso está pensando que se extinguiría la "acción" exista o no (en el concreto) el "derecho"⁽¹³⁶⁾.

⁽¹³³⁾ GIARDINA, *op. cit.*, págs. 162-163.

⁽¹³⁴⁾ ZATTI, "Prescrizione e decadenza", *op. cit.*, págs. 1002-1003.

⁽¹³⁵⁾ ZATTI, "Prescrizione e decadenza", *op. cit.*, pág. 1003.

⁽¹³⁶⁾ ARIANO DEHO, Eugenia, "«Prescripción» y Código Procesal Constitucional (Los mecanismos constitucionales de protección entre las garras del tiempo)" en

Aunque el CC no lo dice la “extinción” se derivaría del prolongado “no ejercicio” del derecho durante el plazo legal. Tanto los plazos de prescripción como de caducidad pueden (solo) ser establecidos por ley (artículos 2000 y 2004 del CC). En ambos casos no es posible sustituir la regulación legal por una convencional. Así, para el supuesto de prescripción se prohíbe todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción (artículo 1990 del CC), mientras que en relación a la caducidad se prohíbe pactar plazos de caducidad (artículo 2004 del CC).

En efecto, tratándose de la prescripción no basta el mero vencimiento del plazo legal para que se produzca el efecto extintivo, sino que para ello se requiere de la “voluntad” de quien podría favorecerse con ella. Tanto es así que un vez vencido el plazo legal (artículo 2002 del CC), el que se podría favorecer del efecto extintivo (el sujeto pasivo de la relación jurídica) puede renunciar “a la prescripción ya ganada”, ya sea en forma expresa como tácita, o sea realizando “un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción” (artículo 1991 del CC)⁽¹³⁷⁾.

El efecto extintivo está en la esfera de disponibilidad del sujeto pasivo de la relación jurídica. De allí que el juez no pueda fundar sus fallos en la prescripción si no ha sido invocada (artículo 1992 del CC), o sea que se precisa que la prescripción sea alegada por parte del interesado no solo para que el juez se pronuncie sino para que la extinción opere⁽¹³⁸⁾.

El juez no pueda apreciar de oficio la prescripción. Para que se perfeccione el evento prescriptorio se requiere necesariamente de la «voluntad» del prescribiente, pues caso contrario no se producirá ningún efecto⁽¹³⁹⁾. La extinción del derecho no se produce por el solo transcurso del tiempo, sino que el interesado debe hacer valer los

Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal, Editada por la Asociación Civil Proceso & Justicia, Lima, 2005, pág. 37.

⁽¹³⁷⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, págs. 37-38.

⁽¹³⁸⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, pág. 38.

⁽¹³⁹⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, pág. 38.

efectos favorables que la prescripción produce. Al pedido tardío del titular del derecho, él contrapone una excepción de prescripción⁽¹⁴⁰⁾.

La prescripción comienza a transcurrir desde el día en que el derecho puede ser hecho valer (artículo 1993 del CC). Esta norma debe interpretarse que la prescripción corre desde el día en el cual el derecho fue violado. De aquí derivaría la consecuencia de que en el depósito y en el comodato la prescripción no correría desde el día de la celebración del contrato, sino de aquél en el cual el depositario o el comodatario negaran la restitución de las cosas depositadas o comodatas. La contestación por parte del deudor no es necesaria.

Además, el CC ha objetivado algunas situaciones que por implicar impedimentos o dificultades para el ejercicio del derecho, determinan que el decurso del plazo (*ab initio* o *medio tempore*) se suspenda (artículo 1994 del CC). En cambio, claros actos que manifiestan la vitalidad de la relación jurídica, son concebidos como causas de interrupción del decurso de plazo (artículo 1996 del CC)⁽¹⁴¹⁾.

En general, todo evento que manifiesta la vitalidad de la relación jurídica, produce el efecto de «cortar» el plazo desde el momento que llega a conocimiento de la contraparte de la relación jurídica. Así, de particular importancia es que, cuando el acto consista en el planteamiento de una demanda, el CC haga depender la interrupción del decurso prescriptorio a la efectiva citación con la demanda (numerales 3 del artículo 1996 del CC y 1 del artículo 1997 del CC), o sea que el efecto interruptivo se produce con la notificación válida de lo que el CPC llama emplazamiento (numeral 4 del artículo 438 del Código Procesal Civil) y no con la mera presentación de la demanda⁽¹⁴²⁾.

En contraposición, la caducidad viene configurada por el CC como la extinción de un derecho no actuado, como efecto automático del mero transcurso del plazo legal, para ser más precisos como efecto que se produce transcurrido el último día del plazo, aunque éste sea inhábil

⁽¹⁴⁰⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 163.

⁽¹⁴¹⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, pág. 38.

(artículo 2007 del CC). En tal sentido, el efecto extintivo se produce lo quiera o no quien se “favorece” con la extinción. De allí que siendo indiferente la “voluntad” del “favorecido” el juez puede apreciar la circunstancia de oficio, o sea sin necesidad de alegación de parte (artículo 2006 del CC)⁽¹⁴³⁾.

El CC no dicta una disposición general sobre el plazo pero éste es concebido como perentorio, vale decir como ininterrumpible y no está expuesto a suspensiones, salvo en el caso de imposibilidad de reclamar el derecho ante un tribunal peruano (artículo 2005 del CC)⁽¹⁴⁴⁾.

Aunque el CC no lo ha dicho, la única forma de evitar la caducidad del derecho (o sea su extinción) es realizando el acto previsto por la ley (por lo general, pero no solo, el planteamiento de una demanda) dentro del plazo legal⁽¹⁴⁵⁾.

La relevancia práctica de determinar si se está en presencia de un plazo de prescripción o de caducidad, está toda en si el aquél puede suspenderse (y por cuáles motivos) o interrumpirse, si la voluntad del beneficiario es relevante para la operatividad del fenómeno (extintivo) y, como consecuencia, si el juez puede tomar en cuenta el evento sin que medie alegación de parte. Todo lo demás, cuando ya se tiene un plazo establecido por la ley, constituye una interesante disquisición dogmática pero de escasa relevancia práctica⁽¹⁴⁶⁾.

2.4.4. La tutela de los derechos subjetivos

La protección de un interés (y nacimiento de un derecho subjetivo) y tutela de los derechos subjetivos (ya nacidos) de las lesiones externas son y deben ser conceptualmente diferentes. Son diversos el momento en que la norma protege y califica un interés,

⁽¹⁴²⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, pág. 38.

⁽¹⁴³⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, pág. 38.

⁽¹⁴⁴⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, págs. 38-39.

⁽¹⁴⁵⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, pág. 39.

⁽¹⁴⁶⁾ ARIANO DEHO, *op. cit.*, pág. 39.

transformándolo en derecho subjetivo, y el momento en que la norma tutela el derecho subjetivo, ya nacido mediante la elección originaria de protección y calificación del interés, de las posibles lesiones provenientes de otros sujetos del ordenamiento jurídico⁽¹⁴⁷⁾.

El momento de la violación de un derecho subjetivo coloca un problema nuevo y diverso de aquél problema del nacimiento del derecho subjetivo. Ciertamente, se trata de dos aspectos que se coordinan el uno con el otro. En efecto, el ordenamiento jurídico protege y califica un cierto interés pero también establece instrumentos de reacción a su violación. Así, son diferentes los hechos constitutivos del derecho subjetivo y de su tutela, y los efectos producidos por las normas de protección y por las normas de tutela respectivamente⁽¹⁴⁸⁾.

El derecho subjetivo nace porque la norma jurídica, mediante una elección de valor, individualiza y califica un interés relevante para el derecho, es decir, a través de los hechos que el ordenamiento jurídico considera idóneos se transforma el interés en una situación jurídica subjetiva. El hecho se convierte en hecho constitutivo de una situación jurídica subjetiva. Un hecho nuevo hace surgir la exigencia de la tutela del derecho⁽¹⁴⁹⁾.

Un hecho ilícito puede lesionar el derecho de propiedad. El comportamiento ajeno puede provocar daños al bien objeto del derecho. Este hecho hace nacer una exigencia de tutela del derecho de propiedad por la lesión sufrida. Nace a favor del propietario, un nuevo derecho, el derecho de crédito al resarcimiento del daño previsto (artículo 1969 del CC).

El acreedor puede quedar insatisfecho cuando el deudor no cumpla la obligación o cuando un tercero diferente impida, con un hecho doloso o culposo, al deudor el cumplimiento de la obligación. Se trata de dos lesiones de derecho del acreedor que permite dos formas de tutela diversas. El acreedor tendrá una tutela interna del crédito

⁽¹⁴⁷⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 164.

⁽¹⁴⁸⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 164.

(artículo 1321 del CC) contra el deudor y tendrá una tutela externa del crédito (artículo 1969 del CC) contra el tercero.

La tutela de los derechos subjetivos no es otra cosa que un remedio. Los remedios son los medios predispuestos para la tutela del crédito para el caso de incumplimiento, es decir, corresponden a la fase patológica del derecho. También los remedios, bien entendidos, pueden ser calificados como "derechos", porque se constituyen en función de intereses. Los intereses se especifican en relación al tipo de remedio (como por ejemplo, el interés al resarcimiento del daño o el interés a la resolución del contrato); pero se trata, siempre, de intereses instrumentales respecto del interés tutelado por el derecho violado. Puede, pues, decirse que los remedios son medios de tutela o "defensa" de derecho en cuanto medios de tutela del interés lesionado. Los remedios, en definitiva, son derechos instrumentales, que se otorgan cuando se viola un derecho-base y tutelan el interés correspondiente contra sus lesiones⁽¹⁵⁰⁾.

La excepción es otra forma de tutela.

En sentido material, la excepción es una situación jurídica según la cual la persona obligada puede, lícitamente, rechaza la ejecución de una pretensión correspondiente⁽¹⁵¹⁾. Tenemos por ejemplo la excepción de incumplimiento regulada en el artículo 1426 del CC.

Las excepciones son situaciones según las cuales una persona puede rechazar una pretensión, correspondiente a los poderes en sentido técnico. Ellas integran la categoría de los derechos potestativos⁽¹⁵²⁾.

La excepción es el poder del sujeto de obstaculizar la ajena pretensión oponiendo un hecho extintivo o suspensivo de su eficacia. La excepción puede ser ejercitada incluso contra la excepción ajena. Ella lleva el nombre de contraexcepción. La excepción se encuentra en el

⁽¹⁴⁹⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 164.

⁽¹⁵⁰⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà, ó, op. cit.*, pág. 10.

⁽¹⁵¹⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 350.

⁽¹⁵²⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 352.

ámbito de los derechos potestativos, distinguiéndose particularmente por su función de autotutela del sujeto contra la pretensión ejercitada frente a él⁽¹⁵³⁾.

La excepción puede ser opuesta para paralizar definitivamente la ajena pretensión o paralizarla solo en vía provisoria. En el primer caso se habla de excepción perentoria; en el segundo caso de excepción dilatoria. Tanto la excepción perentoria como aquella dilatoria pueden ser parciales, si se oponen parcialmente a la pretensión ajena⁽¹⁵⁴⁾.

La excepción es un acto de parte, y no puede ser invocada por el juez. Asimismo, la excepción sustancial puede ser eficazmente ejercitada fuera del proceso⁽¹⁵⁵⁾.

Tema 2.5: Las otras situaciones de ventaja

2.5.1. El poder jurídico

“Poder” como verbo expresa cualquier cosa de lícito o permitido. “Poder” como sustantivo expresa una idea de supremacía y la capacidad de obtener un resultado. También se le atribuye un rol significativo en el lenguaje jurídico, reservándose el sentido de “capacidad de producir determinados efectos”⁽¹⁵⁶⁾.

El poder se confunde con las facultades, los derechos de crédito y los derechos potestativos. Un sector de la doctrina divide los poderes en varios tipos. Los poderes de gozo se traducen en la disponibilidad de uso y de disfrute de cierto bien. El uso es la utilización de la cosa, esto es, el aprovechamiento de su utilidad con vista a cierto fin; el disfrute es la apropiación (percepción) de sus frutos. El uso y el disfrute componen el gozo⁽¹⁵⁷⁾. Los poderes crediticios se traducen en la

⁽¹⁵³⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 45.

⁽¹⁵⁴⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, págs. 10-11.

⁽¹⁵⁵⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà*, 6, *op. cit.*, pág. 10.

⁽¹⁵⁶⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 150.

⁽¹⁵⁷⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 638.

posibilidad de exigir lícitamente de otro cierta conducta, activa (acción) o pasiva (omisión). Quien es titular de un poder crediticio puede exigir de una o de más personas determinadas que hagan o se abstengan de hacer algo, esto es, que se comporten de cierto modo. Los poderes crediticios no pueden alcanzar éxito sin la cooperación de otros, de quien está obligado, esto es, del deudor⁽¹⁵⁸⁾ Los poderes potestativos se traducen en la posibilidad de unilateralmente producir un efecto jurídico, de provocar una modificación en la esfera jurídica de otra persona, sin su cooperación, sin su asentimiento y también contra su voluntad⁽¹⁵⁹⁾.

El concepto de poder es diferente a los conceptos mencionados.

Los poderes competen al sujeto independientemente de toda relación jurídica⁽¹⁶⁰⁾. También el derecho subjetivo es un poder pero, en cierto sentido, interno a una relación jurídica⁽¹⁶¹⁾.

“Poder” designa, como máxima, la posibilidad de obtener un resultado, es decir, de determinar la producción de ciertos efectos jurídicos: es la posibilidad, por lo tanto, de querer los actos según los cuales la norma liga tales efectos⁽¹⁶²⁾.

El poder jurídico es la genérica posibilidad de operar sobre la realidad jurídica a fin de obtener un resultado útil derivado de la modificación de dicha realidad. El poder jurídico se coloca como un *prius* respecto del derecho subjetivo y, en general, respecto de cualquier otra situación jurídica subjetiva⁽¹⁶³⁾.

El poder es la situación del sujeto que puede eficazmente realizar un acto (el cual puede producir determinadas consecuencias jurídicas)⁽¹⁶⁴⁾. Entonces, “poder” es la situación en la que alguien está

⁽¹⁵⁸⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 639.

⁽¹⁵⁹⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, págs. 639-640.

⁽¹⁶⁰⁾ ROMANO, Salvatore, *Ordenamiento sistemático del diritto privato, I, Diritto obiettivo, Diritto subiettivo*, A cura di Francesco Romano, Morano Editore, Nápoles, 1970, pág. 144.

⁽¹⁶¹⁾ ROMANO, *op. cit.*, pág. 146.

⁽¹⁶²⁾ IRTI, *op. cit.*, págs. 98-99.

⁽¹⁶³⁾ ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, pág. 239.

⁽¹⁶⁴⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 362.

en condición de producir ciertos efectos jurídicos con un acto propio: en otros términos, está en condición de crear, o bien de modificar o extinguir, deberes y poderes⁽¹⁶⁵⁾.

Los poderes jurídicos son las posibilidades correspondientes al sujeto de producir determinados efectos jurídicos.

Los poderes pueden ser distintamente clasificados en razón de la naturaleza de los efectos producidos. Así por ejemplo se diferencian los poderes reglamentarios (por ejemplo el poder de la sociedad de emanar el propio estatuto), los poderes disciplinarios (en los casos excepcionalmente admitidos), los poderes suspensivos (por ejemplo la excepción de cumplimiento), los poderes resolutorios (por ejemplo cláusula resolutoria expresa) y los poderes de impugnación (por ejemplo el poder de solicitar la anulación del contrato viciado por dolo)⁽¹⁶⁶⁾.

El poder dispositivo es el poder de disponer de una determinada situación jurídica mediante actos extintivos, modificativos o traslativos⁽¹⁶⁷⁾. Este poder se identifica con la noción de autonomía privada, entendida como poder privado autónomo de reglamentación de los intereses de producir efectos jurídicos.

El poder dispositivo específico, es decir, el poder de disponer de un cierto derecho, toma nombre de legitimidad. El sujeto es normalmente competente para disponer de las situaciones jurídicas de las cuales es titular. La legitimidad se encuentra, entonces, en el contenido del derecho de cual se dispone. El sujeto puede incluso estar legitimado para disponer de los derechos ajenos. Los poderes de disposición de los derechos ajenos pueden ser conferidos por la ley, por el juez o por el título negocial⁽¹⁶⁸⁾.

Otro ejemplo de poder dispositivo es el poder de disponer en el artículo 923 del CC. El poder de disponer es una manifestación concreta

⁽¹⁶⁵⁾ IRTI, *op. cit.*, pág. 101.

⁽¹⁶⁶⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà, ó, op. cit.*, págs. 5-6.

⁽¹⁶⁷⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà, ó, op. cit.*, pág. 7.

⁽¹⁶⁸⁾ BIANCA, *Diritto civile, La proprietà, ó, op. cit.*, págs. 8-9.

del poder jurídico⁽¹⁶⁹⁾ y se le puede definir como aquella que posibilita al titular de un derecho subjetivo (disponible) a transferirlo a otro⁽¹⁷⁰⁾ pero se coloca al exterior del derecho de propiedad, como un poder abstracto y general, cuya existencia en modo alguno depende de la concreta relación persona-bien en la que se resuelve el referido derecho⁽¹⁷¹⁾.

Facultad o poder son pues dos conceptos diversos. La facultad como lo vamos a describir más adelante indica la posición de quien puede realizar lícitamente un acto. El concepto de facultad expresa la idea de una libertad de acción, de una libertad de decisión entre varios comportamientos, todos los cuales son lícitos, es decir, permitidos (ni prohibidos ni impuestos) por ley⁽¹⁷²⁾. El contenido del derecho subjetivo es la facultad de comportarse según el derecho objetivo y su resultado es la licitud. La licitud es un modo de ser un comportamiento humano, su calificación⁽¹⁷³⁾. En cambio, el poder la posición de quien puede realizar eficazmente un acto. Facultad es sinónimo de licitud, esto es, de derecho subjetivo; mientras que poder es concepto que se aprende sólo si se lo coloca en un plano distinto: en el de la dinámica del derecho, o sea de su formación⁽¹⁷⁴⁾.

2.5.2. La expectativa

La expectativa es la posición de un interés inicial jurídicamente relevante. Es una situación de espera a la completa realización de un hecho de formación progresiva, a efectos de recibir una situación jurídica subjetiva.

⁽¹⁶⁹⁾ ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, págs. 239-240.

⁽¹⁷⁰⁾ ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, pág. 233.

⁽¹⁷¹⁾ ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, pág. 236.

⁽¹⁷²⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 81. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 50.

⁽¹⁷³⁾ FERRI, Luigi, *L' autonomia privata*, Giuffrè, Milán, 1959, pág. 233. Id., *La autonomía privada*, Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2001, pág. 259.

⁽¹⁷⁴⁾ FERRI, *op. cit.*, pág. 219. Id., *op. cit.*, pág. 244.

La expectativa es la posición de quien no tiene en el momento actual una determinada situación activa (por ejemplo, un derecho subjetivo), pero tiene la perspectiva de adquirirla, siempre que se verifique un determinado evento⁽¹⁷⁵⁾.

La expectativa como situación jurídica subjetiva nace por la calificación de interés inicial (o provisional o *in fieri*), jurídicamente protegido en vista de una futura (cierta o también solo eventual) evolución en una situación final de derecho subjetivo⁽¹⁷⁶⁾.

Un caso ejemplar es el contrato sujeto a condición suspensiva. Así tenemos como ejemplo, la adquisición de un terreno se condiciona, por expreso acuerdo entre las partes, a la concesión de una licencia municipal de funcionamiento. Mientras la licencia no es concedida el adquirente no es propietario del terreno pero tiene la expectativa de serlo en algún momento.

La expectativa es una situación jurídica subjetiva de ventaja inactiva. Es una situación de ventaja porque nace de la protección de un interés jurídicamente relevante, es inactiva en cuanto no es dotada de la facultad de obrar para satisfacerlo⁽¹⁷⁷⁾.

El nacimiento de una expectativa es frecuentemente relacionada por un hecho jurídico de formación progresiva. La expectativa describe eficazmente la producción de efectos intermedios respecto al resultado final del hecho jurídico completo⁽¹⁷⁸⁾. En efecto, la expectativa está en el campo de los hechos jurídicos complejos de producción sucesiva. Para la producción de determinado efecto jurídico, se requiere una sucesión articulada de eventos, que se van produciendo en el tiempo. Desde que se inicia este proceso, el beneficiario tiene una esperanza (*spes iuris*) creciente, que, al final, se constituirá el derecho a su favor⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 81. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 50.

⁽¹⁷⁶⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 164.

⁽¹⁷⁷⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 165.

⁽¹⁷⁸⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 165.

⁽¹⁷⁹⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 336.

La condición voluntaria no solo es suspensiva sino resolutoria. En este caso el titular de la expectativa de la cesación o de la eliminación de los efectos del contrato. Por ejemplo, el transferente quiere readquirir el derecho de propiedad si se verifica el evento que resuelve el contrato de compraventa. También produce ciertamente una situación de expectativa la cláusula contractual que subordina la verificación de los efectos a un evento futuro pero cierto (término de eficacia). Asimismo, se considera expectativa la condición del poseedor en función de la posibilidad de una futura adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva⁽¹⁸⁰⁾.

Entonces, la característica de esta situación jurídica, mas allá del hecho de atribuir poderes de naturaleza conservadora, es su necesaria provisionalidad, que puede darse desde el momento en que el hecho jurídicos *in itinere* se perfeccione y nace un derecho subjetivo o desde el momento en que dicho perfeccionamiento resulta imposible (por ejemplo, si el concebido no nace o si el *concepturus* no es concebido) y entonces no solo no nace derecho alguno sino que cesa la situación de expectativa⁽¹⁸¹⁾.

2.5.3. El interés legítimo

En el derecho público se habla de interés legítimo para indicar aquellas situaciones en las cuales la atribución de un poder a un sujeto no sucede producto de una protección del interés del titular, inmediato y directo; sin embargo, se garantiza una protección mediata, dependiente de la coincidencia del interés particular con el interés general, que se quiere realizar por esta vía indicada⁽¹⁸²⁾.

El interés legítimo es la pretensión del privado para que sea regular la acción con la cual la administración pública incide en sus intereses, o bien como la pretensión del particular para obtener la

⁽¹⁸⁰⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 165.

⁽¹⁸¹⁾ GAZZONI, *op. cit.*, pág. 66.

anulación de los actos de la administración pública que sean lesivos de sus intereses, cuando estos actos sean ilegítimos (en tanto y en cuanto realizados en oposición a alguna norma que regula el accionar público)⁽¹⁸³⁾.

El interés legítimo es la posición de ventaja reservada a un sujeto en relación a un bien de la vida objeto de un procedimiento administrativo y consistente en una atribución a tal sujeto de poderes idóneos a influir sobre el correcto ejercicio del poder, de modo de hacer posible la realización del interés al bien⁽¹⁸⁴⁾. Un ejemplo claro es el interés legítimo del administrado de obtener una licencia de funcionamiento para desarrollar su actividad empresarial. La municipalidad tiene el poder de otorgar la licencia de funcionamiento y por lo tanto el ejercicio de ese poder de hacerse dentro de los límites señalados por las leyes. El artículo 107 de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444- señala que cualquier administrado con capacidad jurídica tiene derecho a presentarse personalmente o hacerse representar ante la autoridad administrativa, para solicitar por escrito la satisfacción de su interés legítimo.

No obstante, el interés legítimo también se aplica en el derecho privado. El interés legítimo se configura claramente como situación de ventaja objeto de directa protección. Lo que caracteriza el interés legítimo y lo distingue del derecho subjetivo es solamente el modo o la medida con que el interés sustancial obtiene protección. Por la presencia de un interés ajeno para satisfacer, el ejercicio del derecho no es totalmente libre o arbitrario, sino discrecional, es decir, debe ejercitarse teniendo en cuenta también la exigencia de satisfacer el interés legítimo ajeno⁽¹⁸⁵⁾. Otro ejemplo es cuando el acreedor no puede ejercer arbitrariamente la facultad de pretensión negándose a recibir la prestación sin motivo legítimo (artículo 1338 del CC). Se trata

⁽¹⁸²⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 369.

⁽¹⁸³⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 82. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 51.

⁽¹⁸⁴⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 166.

⁽¹⁸⁵⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 166.

de proteger el interés del deudor a la liberación del vínculo obligatorio. El acreedor, en el ejercicio de su propio derecho y, consecuentemente, en la realización de su propio interés, debe tener en cuenta también el interés del deudor. Así, el ejercicio del derecho de crédito no puede ser arbitrario pero debe ser discrecional.

Por eso, el interés legítimo es una situación de ventaja inactiva. Es una situación de ventaja porque protege y califica un interés del titular. Es inactiva en cuanto no está dotada de la facultad de obrar. La realización del interés se producirá mediante el ejercicio discrecional del derecho (o del poder) ajeno⁽¹⁸⁶⁾.

Tema 2.6: Potestad, carga y estatus

La potestad es una posición que comprende facultades, poderes y deberes, dirigidos a la protección de intereses de otros sujetos⁽¹⁸⁷⁾. Un ejemplo típico de potestad es la patria potestad de los padres sobre sus hijos menores.

La potestad tiene una naturaleza mixta. Hay aprovechamiento obligatorio de un bien pero el titular debe actuar dentro de ciertos límites. Se trata de poderes funcionales. La posición es activa porque comporta siempre un margen de elección, a cargo del titular⁽¹⁸⁸⁾. Otro sector de la doctrina considera que en la potestad hay ausencia de libertad en la posición del titular de la potestad. Más evidente son los aspectos de necesidad que imponen desarrollar las actividades funcionales para lograr los propósitos según los cuales la situación se crea. No es tanto el poder concedido al titular sino la función que debe desarrollar para realizar el interés ajeno. La exigencia de satisfacer un interés propio aconseja calificar a la potestad como situación de deber más que de poder. Es una situación indudablemente activa porque permite al titular de obrar realizar los propósitos que constituyen su

⁽¹⁸⁶⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 166.

⁽¹⁸⁷⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 371.

fundamento, pero de desventaja porque mediante la actividad no se persigue un resultado favorable para el titular, sino una ventaja para el sujeto según el cual su interés está protegido y calificado por la ley⁽¹⁸⁹⁾.

En ocasiones las normas jurídicas establecen que si se realizan determinados comportamientos se podrá obtener un cierto resultado. Esta situación se llama carga. El comportamiento objeto de la carga se conecta un efecto favorable quien tendrá la conducta indicada⁽¹⁹⁰⁾.

La carga es la necesidad de un comportamiento para realizar un interés propio⁽¹⁹¹⁾. La carga es la situación de quien debe tener un determinado comportamiento, si quiere tener la posibilidad de utilizar cualquier situación activa, porque las normas subordinan tal posibilidad a la condición que él tenga aquel comportamiento⁽¹⁹²⁾. De ahí que se ha expresado que la carga es la lógica necesidad de que, para la producción de determinados efectos, se realice la correlativa hipótesis de hecho⁽¹⁹³⁾.

En presencia de una carga el sujeto debe realizar determinado comportamiento a fin de realizar no ya un interés ajeno (como es el deber de abstención), sino un interés propio. Desde éste punto de vista, pues, la situación es activa. Sin embargo, si aquel comportamiento no es realizado derivan para el sujeto efectos negativos configurándose, entonces, una situación de todas formas obligatoria⁽¹⁹⁴⁾.

La carga indica la previsión normativa de una conducta impuesta a un sujeto solo si se quiere obtener un cierto resultado. La diferencia entre carga y obligación es evidente. La obligación es una situación (de desventaja) necesitada, a la cual el titular no puede dejar de cumplir, la carga impone condiciones y modalidades de conducta a quien quiera realizar su propio interés. En este sentido la carga no constituye una

⁽¹⁸⁸⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 350.

⁽¹⁸⁹⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 167.

⁽¹⁹⁰⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 364.

⁽¹⁹¹⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 109.

⁽¹⁹²⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 86. También en: LEÓN, *op. cit.*, págs. 55-56.

⁽¹⁹³⁾ IRTI, *op. cit.*, págs. 115-116.

⁽¹⁹⁴⁾ GAZZONI, *op. cit.*, pág. 64.

situación subjetiva, por cuanto no representa el resultado de la calificación normativa de un interés. Sobre todo se trata de una determinación normativa de las modalidades mediante las cuales la ley impone para que se ejercite un derecho⁽¹⁹⁵⁾. Por ejemplo, en el caso de los vicios ocultos cuando la adquisición contenga una garantía de buen funcionamiento, el adquirente tiene la carga de comunicar al transferente en el plazo de siete días a partir del descubrimiento del vicio o del defecto de funcionamiento del bien (artículo 1523 del CC). Si no lo comunica, la ley no le permitirá ejercer los remedios correspondientes.

El estatus (o estatuto) es un conjunto de situaciones jurídicas, algunas activas, otras pasivas, que corresponden al sujeto en virtud de una cualidad o posición social que él ostenta⁽¹⁹⁶⁾. Así tenemos como ejemplos de estatus al ciudadano, al cónyuge, al padre, a la madre, al hijo, al socio, al empresario.

Para otro sector de la doctrina, el estatus no representa una situación jurídica subjetiva. La noción de estatus o estado jurídico califica a los sujetos en función de su pertenencia permanente a determinadas colectividades o grupos sociales. En este sentido el estatus representa sobre todo el presupuesto y el “punto de atracción” de una serie de situaciones jurídicas subjetivas que se refieren a un sujeto en cuanto establecimiento perteneciente a una determinada colectividad o grupo social⁽¹⁹⁷⁾.

Tema 2.7: Deber, obligación y sujeción: situaciones de desventaja

Para comprender el concepto de deber es necesario tener en consideración dos planos. El plano de la libertad y el plano de la

⁽¹⁹⁵⁾ GIARDINA, *op. cit.*, págs. 167-168.

⁽¹⁹⁶⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 87. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 56.

⁽¹⁹⁷⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 168.

necesidad. El derecho subjetivo se coloca en el plano de la libertad. El deber jurídico se coloca en el plano de la necesidad.

Al lado de la situación de libertad surge una situación de necesidad (necesidad de tener un determinado comportamiento positivo o negativo), la que, ulteriormente, se resuelve en el sacrificio de un posible interés del sujeto a cada comportamiento diverso de aquel debido. La situación de necesidad, en la cual el sujeto se halla, se pone en natural contraposición con la situación de libertad⁽¹⁹⁸⁾. El deber es la necesidad de un comportamiento para realizar un interés ajeno⁽¹⁹⁹⁾. Más específicamente, el deber jurídico es una situación jurídica subjetiva de desventaja activa, en tanto que se traduce en la necesidad de efectuar un comportamiento normativamente impuesto⁽²⁰⁰⁾.

A cualquier situación activa le corresponde normalmente, una determinada situación pasiva, o sea, la situación del sujeto cuyo interés es sacrificado frente al del titular de la situación activa, cuya acción sufre, para estos efectos, restricciones o compromisos⁽²⁰¹⁾. El deber es una situación que tiene carácter general, en el sentido de que grava, en principio, a todos los sujetos diversos del titular del derecho. Todos tienen el deber de respetar y de no dañar la propiedad ajena; todos deben evitar ofender el honor ajeno. Y tiene carácter negativo, en el sentido de que, más que imponer al titular hacer algo, le impone no hacer algo, abstenerse de realizar ciertos comportamientos. No hacer nada que dañe o disturbe la propiedad ajena, abstenerse de comportamientos capaces de ofender el honor ajeno⁽²⁰²⁾.

Los deberes primarios son aquellos deberes de corrección social⁽²⁰³⁾ como el deber de ambos cónyuges de hacer vida común en el

⁽¹⁹⁸⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 104.

⁽¹⁹⁹⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 109.

⁽²⁰⁰⁾ ESCOBAR ROZAS, *op. cit.*, pág. 54.

⁽²⁰¹⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 83. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 53.

⁽²⁰²⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 84. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 53.

⁽²⁰³⁾ BARASSI, Ludovico, *Instituciones de derecho civil*, Traducción de Ramón García de Haro de Goytisolo con la colaboración de Mario Falcón Carreras, Bosch, Barcelona, 1955, vol. 1, pág. 116.

domicilio conyugal⁽²⁰⁴⁾. De ahí que el deber jurídico es la situación de la persona que debe tener un cierto comportamiento lo que supone obviamente que una norma jurídica califica la conducta de aquella persona como obligatoria⁽²⁰⁵⁾.

Las expresiones “no se puede” o “no debe” establecen un deber en forma negativa, es decir, una prohibición como por ejemplo los artículos 882 y 1827 del CC. También en la ley, se usan las expresiones “debe”, “tiene la obligación” para resaltar un deber hacer como por ejemplo en el artículo 932 del CC.

Entonces, cabría hablar de tres tipos de deberes. Los deberes jurídicos generales entendidos como aquellos que expresan la “fuerza obligatoria de las normas jurídicas”, las cuales, no están dirigidas a destinatarios específicos, sino a los integrantes de la comunidad en su conjunto. Los deberes jurídicos particulares, entendidos como aquellos que se dan en el seno de una relación jurídica, incidiendo sobre “quienes se sitúan, en concreto, en la esfera de actuación de determinadas normas”; esto es, que los destinatarios de los mismos, son sujetos determinados o determinables. Las obligaciones son entendidos como aquellos específicos deberes jurídicos particulares que tiene como elemento central a la patrimonialidad de los restantes deberes jurídicos particulares⁽²⁰⁶⁾.

El contenido esencial del derecho de crédito es el poder de exigir una prestación por parte del deudor. Este último debe realizar el comportamiento al cual está obligado⁽²⁰⁷⁾. En sentido técnico la obligación expresa principal y normalmente la relación jurídica, en virtud de la cual una persona (deudor) debe una determinada prestación a otra (acreedor), que tiene la facultad de exigirla,

⁽²⁰⁴⁾ Artículo 289.- Es deber de ambos cónyuges hacer vida común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender este deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud o el honor de cualquiera de los cónyuges o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia.

⁽²⁰⁵⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 359.

⁽²⁰⁶⁾ FERNÁNDEZ CRUZ, *op. cit.*, pág. 49.

⁽²⁰⁷⁾ ZATTI, “Las situaciones jurídicas”, *op. cit.*, pág. 377.

construyendo a la primera satisfacerla. Pero muy frecuentemente esta palabra se emplea para indicar uno solamente de los dos aspectos que la relación ofrece. El aspecto pasivo para designar el deber del deudor, es decir, el débito o el aspecto activo para indicar el derecho o la pretensión del acreedor, o sea el crédito⁽²⁰⁸⁾.

El deber que grava sobre el deudor es una precisa y bien definida situación de desventaja, coordinada e instrumental a la realización del interés de otro sujeto, titular de la pretensión. El deber es una situación activa porque el titular debe obrar para satisfacer el interés del acreedor. También es una situación de necesitada porque la situación en que se encuentra el acreedor es calificada como derecho subjetivo y la ejecución del deber no se deja a la libertad del deudor⁽²⁰⁹⁾.

Entonces, la obligación es la situación que consiste en un vínculo impuesto a la acción del titular, en el interés de quien tiene un derecho subjetivo dirigido directamente y exclusivamente hacia él (es decir, un derecho subjetivo relativo como, por ejemplo, el derecho de crédito). Quien tiene una obligación se llama obligado o deudor. La obligación tiene carácter individual y no general, en el sentido de que no grava a todos los sujetos o a una multitud indeterminada de sujetos, sino más bien a uno o más sujetos particulares y a bienes determinados. Frente a un crédito, por ejemplo, sólo el deudor correspondiente está "obligado" a pagar. Asimismo, la obligación puede tener carácter negativo o carácter positivo, en el sentido de que puede consistir (y normalmente consiste) en vincular al deudor para hacer algo, para realizar un determinado comportamiento en interés de quien tiene el derecho correspondiente: pagar al acreedor la suma de dinero, o entregarle la cosa que tiene derecho de recibir, o realizar para él el servicio prometido⁽²¹⁰⁾.

⁽²⁰⁸⁾ DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de derecho civil*, Traducción de la cuarta edición italiana de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Tomo II, Derecho de las obligaciones, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944, págs. 6-7.

⁽²⁰⁹⁾ GIARDINA, *op. cit.*, pág. 156.

⁽²¹⁰⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 84. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 53.

Se encuentra por eso en una situación de obligación cuando un sujeto está obligado a una prestación, es decir un comportamiento directo a satisfacer el interés de otro sujeto. Esta prestación debe ser susceptible de valoración económica aunque el interés del acreedor sea de naturaleza extrapatrimonial⁽²¹¹⁾. Entonces, la obligación es un deber específico respecto de los deberes primarios. Así el deudor tiene el deber específico de ejecutar la prestación⁽²¹²⁾.

La obligación es un deber de cooperación que tiene las siguientes características: a) Es un deber específico, porque impuesto a uno o más sujetos determinados (o determinables) como en el deber en sentido estricto; b) Es un deber con contenido positivo, en cuanto es deber de un determinado comportamiento (que puede ser a su vez positivo o negativo), pero que de todos modos, implica el sacrificio de un particular interés; c) Es un deber cuyo cumplimiento es necesario para que el interés del otro sujeto se satisfaga. El cumplimiento del deber es el instrumento para realizar inmediata y directamente el interés del sujeto activo. Las características, que distinguen estas situaciones pasivas son la especificidad del deber en relación al sujeto pasivo, la positividad del deber en relación al contenido y la instrumentalidad del deber en relación a la realización del interés⁽²¹³⁾.

Entonces, la obligación es la vinculación intersubjetiva concreta de cooperación de contenido patrimonial. La obligación constituye la relación jurídico patrimonial⁽²¹⁴⁾.

Un sector de la doctrina considera que la obligación es una sujeción por cuanto el sujeto pasivo de la pretensión no sufre, en el fondo, ninguna limitación que no sea aquella de quedar expuesto, de manera absolutamente inactiva, a una modificación jurídica (una sanción verdadera y propia, un efecto prodrómico de la misma, u otra forma de reacción completamente privada de propósitos aflictivos)

⁽²¹¹⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 377.

⁽²¹²⁾ BARASSI, *op. cit.*, pág. 116.

⁽²¹³⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 113.

⁽²¹⁴⁾ FERNÁNDEZ CRUZ, *op. cit.*, pág. 55.

cuando su conducta no sea conforme al modelo de comportamiento previsto por la norma⁽²¹⁵⁾. En realidad, la sujeción es una situación jurídica subjetiva que se contrapone no al derecho de crédito sino al derecho potestativo.

La sujeción es la situación pasiva correspondiente al derecho potestativo. Ella grava sobre a aquel que se encuentra expuesto al derecho potestativo ajeno, y sufre, por ello, como consecuencia del ejercicio de tal derecho, la creación, la modificación o la cancelación de una propia situación jurídica, sin poderlo impedir⁽²¹⁶⁾.

La sujeción es la posición de un sujeto que, sin estar obligado a un determinado comportamiento, sufre la consecuencia del ejercicio de un poder ajeno. El sujeto está "expuesto" a las consecuencias del ejercicio de un poder ajeno⁽²¹⁷⁾. Un ejemplo claro es el contrato por persona a nombrar donde una parte es titular del derecho potestativo de nombrar a un tercero y la otra estará en una situación de sujeción (primer párrafo del artículo 1473 del CC).

La sujeción es sacrificio de un interés por un diferente comportamiento o a un diferente resultado⁽²¹⁸⁾ o es la necesidad de sufrir la consecuencia de una iniciativa extraña⁽²¹⁹⁾.

La sujeción es aquella situación de subordinación del sujeto gravado a la posibilidad de modificación de su esfera jurídica. Es aquella situación en la que se encuentra un sujeto llamado a sufrir, en su esfera jurídica, las consecuencias del ejercicio de una situación opuesta.

Dado que la modificación se produce inmediatamente a la iniciativa del solo titular del derecho potestativo, el sujeto pasivo se encontrará en una posición de absoluta irrelevancia, técnicamente denominada sujeción. El sujeto no solo no debe realizar ningún comportamiento a efectos de permitir la realización del derecho del

⁽²¹⁵⁾ TERRANOVA, *op. cit.*, págs. 384.

⁽²¹⁶⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 84. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 54.

⁽²¹⁷⁾ ZATTI, "Las situaciones jurídicas", *op. cit.*, pág. 363.

⁽²¹⁸⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 107.

⁽²¹⁹⁾ NICOLÒ, *op. cit.*, pág. 109.

sujeto activo, sino que tampoco puede hacer nada para impedirla. El efecto jurídico que determina la modificación patrimonial se verificará de todas maneras⁽²²⁰⁾.

La responsabilidad es definida como situación jurídica pasiva. La responsabilidad es, en general, la situación en que se haya el sujeto expuesto a sufrir las consecuencias desventajosas para él, previstas a su cargo por una norma jurídica, en relación a la verificación de cualquier presupuesto⁽²²¹⁾.

Tema 2.8: Conclusiones

A continuación presentamos las conclusiones a las que arribamos luego de desarrollar el capítulo 2:

1. Las situaciones jurídicas subjetivas son las posiciones ideales que ocupan los sujetos luego de la ocurrencia del hecho jurídico. La situación jurídica subjetiva es el producto de la calificación jurídica de un interés.
2. La situación jurídica subjetiva de ventaja es la posición de preeminencia del sujeto para satisfacer un interés propio. El derecho subjetivo, el poder jurídico, la expectativa y el interés legítimo son situaciones jurídicas de ventaja.
3. La situación jurídica subjetiva de desventaja es la posición de subordinación del sujeto para satisfacer un interés ajeno. El deber, la obligación, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas de desventaja.

⁽²²⁰⁾ GAZZONI, *op. cit.*, págs. 61-62.

⁽²²¹⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 85. También en: LEÓN, *op. cit.*, pág. 54.

4. La situación jurídica subjetiva activa implica un poder de obrar o un poder de realizar un comportamiento. El derecho subjetivo, el poder jurídico, el deber y la obligación son situaciones jurídicas subjetivas activas.
5. La situación jurídica subjetiva inactiva implica un poder de no obrar o un poder de no realizar una actividad. La expectativa, el interés legítimo, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas subjetivas inactivas.
6. La relación jurídica es el vínculo o la síntesis de situaciones jurídicas subjetivas.
7. El derecho subjetivo es una posición concreta de ventaja predominantemente activa. Es el poder de obrar por el propio interés o la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio.
8. El contenido del derecho subjetivo está conformado por facultades. La facultad es uno de los modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho subjetivo. Las facultades son los específicos poderes jurídicamente correspondientes al sujeto para ejecutar determinadas actividades de hecho o comportamientos. La facultad es un poder obrar para desarrollar el propio interés.
9. El derecho subjetivo está sujeto a mutaciones constitutivas, modificativas y extintivas.
10. La titularidad del derecho subjetivo es la relación entre el sujeto y la situación subjetiva de ventaja activa.

11. El ejercicio del derecho subjetivo se manifiesta mediante el ejercicio de las facultades que constituyen el contenido.
12. La prescripción es un modo de extinción de los derechos subjetivos fundamentado sobre la inercia del titular. Quien no ejercita el derecho, lo pierde.
13. En la caducidad la exigencia de certeza es absoluta. El derecho subjetivo debe ser ejercitado dentro de un determinado plazo, de modo general breve, para hacer la situación definitivamente clara.
14. La protección de un interés y la tutela de los derechos subjetivos de las lesiones externas son dos momentos fáctica y jurídicamente diferentes. Los hechos jurídicos constitutivos del derecho subjetivo y de su tutela producen sus efectos correspondientes porque provienen de normas de protección y de normas de tutela respectivamente.
15. El poder compete al sujeto independientemente de toda relación jurídica y es la fuerza jurídica sobre una realidad jurídica a fin de obtener un resultado útil derivado de la modificación de dicha realidad.

Capítulo 3: Negocio jurídico y contrato

Tema 3.1: Conceptos generales

El presente capítulo tiene el propósito de desmitificar aquellas definiciones que manejan los operadores jurídicos sobre el negocio jurídico a fin de descubrir los verdaderos conceptos que esconden sus discursos. Además se definirá si existe o no la categoría legislativa del negocio jurídico en el Código CC.

Analizaremos al negocio jurídico dividido en dos categorías.

La categoría lógica se refiere al concepto y a la teoría sobre la formación y la eficacia del negocio jurídico. La categoría lógica es una creación de la doctrina para coadyuvar a la jurisprudencia para aplicar la teoría del negocio jurídico en casos concretos. La doctrina del negocio jurídico propone múltiples conceptos. Un concepto determinado de negocio jurídico es un presupuesto de otros conceptos. Por ejemplo, los conceptos de los elementos y de los requisitos dependerán del concepto de negocio jurídico. Los conceptos de la validez y de la invalidez están subordinados al concepto de negocio jurídico. Ello implica una responsabilidad moral del jurista y por consiguiente del operador jurídico de utilizar un determinado concepto de negocio jurídico para poder solucionar controversias jurídicas.

La categoría lógica de negocio jurídico es el concepto de acto de autonomía privada y no de acto jurídico en sentido estricto.

Por el contrario, la categoría legislativa del negocio jurídico equivale a admitir que un Código Civil tiene regulado una Parte General de negocio jurídico cuya función es aplicar sus reglas no solamente a los contratos y a los negocios jurídicos unilaterales sino a todos los actos jurídicos en general. Es claro que una categoría legislativa de negocio jurídico será impracticable sin el uso de una categoría lógica. Nos explicamos. Si un Código Civil regula la formación y los efectos del negocio jurídico, ello obligará moralmente a los operadores jurídicos a utilizar necesariamente

la categoría lógica del negocio jurídico. Será, por eso, importante saber qué concepto se usa para deducir los ulteriores conceptos que aplicará a los casos concretos.

La categoría legislativa de negocio jurídico comporta la normativa de una Parte General en un Código Civil.

En países donde el negocio jurídico no es regulado en sus códigos civiles es más coherente utilizar otras categorías lógicas como el contrato. Esto que parece obvio no lo ha sido en Italia que legisló como categoría legislativa al contrato. Sin embargo la doctrina italiana desarrolló el negocio jurídico como categoría lógica por influencia de la codificación alemana y la jurisprudencia italiana la aplicó como si el negocio jurídico tuviera la calidad de categoría legislativa en su código civil. En efecto, la experiencia italiana antes de la codificación de 1942 y luego de un decenio después tuvo una curiosa mutación, una suerte de esquizofrenia, entre el texto del Código y los textos del derecho privado: el Código ignora sustancialmente el negocio jurídico porque es una creación científica; la doctrina interpreta las normas del Código a la luz de aquella construcción; la jurisprudencia sigue a la doctrina. Luego se ha repensado al negocio en perspectiva histórica⁽¹⁾.

En el último decenio en el Perú se ha escrito mucho sobre el negocio jurídico a diferencia de lo escrito en el tiempo de vigencia del Código Civil de 1936. Estos escritos se han desarrollado sobre bases conceptuales no muy claras. Los razonamientos de la jurisprudencia han girado en torno a un sector de la doctrina que fundamentalmente combina las categorías lógicas francesa, española y argentina. En menor medida se utilizan las fuentes alemana e italiana. La fuente portuguesa está ausente. Quienes han utilizado las fuentes italianas se han olvidado de analizar primero las fuentes alemanas y luego las portuguesas. Se ha dicho acertadamente que la bibliografía italiana puede generar más confusiones que certezas y por eso se ha concluido que el estudio del negocio jurídico, y las bases para su defensa "sólo

pueden ser brindados por la doctrina alemana"⁽²⁾. Nosotros agregaríamos que la doctrina portuguesa nos puede ayudar a entender muchos conceptos e institutos porque ella ha sabido ponderar mejor las soluciones de los códigos civiles alemán e italiano.

El balance sobre la adquisición y la aplicación de la categoría del negocio jurídico en el Perú es negativo. La doctrina peruana en general no ha dado el ejemplo necesario a los operadores jurídicos de la utilidad del negocio jurídico. Pero los operadores jurídicos también son responsables por no haber mirado más allá de las narices de la doctrina nacional tradicional.

Tema 3.2: Categorías del negocio jurídico

El negocio jurídico debe ser analizado entre las circunstancias de hecho de la vida y la norma⁽³⁾. La inducción y la deducción serán dos actos necesarios para comprender el negocio jurídico. No cabe mirar al negocio como un dato fuera del derecho ni tampoco como un dato exclusivamente dentro del derecho.

Los conceptos de negocio jurídico pueden clasificarse de diferentes maneras. Nombraremos algunos. El concepto sobre la manifestación de la voluntad (concepción voluntarista o antropológica), el concepto de la autorreglamentación de intereses (concepción declaracionista o preceptiva), el concepto del ordenamiento privado autónomo (concepción institucional), el concepto de la norma jurídica privada (concepción normativa), el concepto del acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica), el concepto de la declaración de vigencia (concepción de la validez), el concepto de un sistema móvil o

(1) ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Cedam, Padua, 2006, pág. 11.

(2) LEÓN, Leysser L., *El sentido de la codificación civil, Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra Editores, Lima, pág. 117.

(3) KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del Derecho*, Traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 247.

combinatorio (concepción combinatoria), el concepto de un acto programático (concepción programática), el concepto de un acto performativo (concepción comunicativa), el concepto de un acto complejo de dos libertades (concepción de las libertades) y el concepto de punto de conexión (concepción ecléctica).

Se ha afirmado que “el problema del negocio jurídico sigue siendo, hoy como hace 300 años, el problema de la voluntad y el nexo de ésta con los efectos jurídicos”⁽⁴⁾. Como veremos al describir algunos conceptos de negocio jurídico, la voluntad es omitida por la doctrina ulterior como presupuesto del concepto de negocio jurídico. Por el contrario, se agregan otros conceptos para definir y estudiar al negocio jurídico como el interés⁽⁵⁾.

El primer concepto de negocio jurídico es entendido como declaración de voluntad (*willenserklärung*) dirigida a crear, regular, modificar o extinguir las relaciones jurídicas. Para Savigny, “la base de toda la declaración de voluntad es la existencia de voluntad”⁽⁶⁾. El fundamento de vinculación negocial está en la declaración de voluntad («*Willenserklärung*») que supone necesariamente la existencia del elemento volitivo concordante con la declaración. En 1892, Joseph Unger dijo: “ambos juntos, una voluntad que es declarada, una

⁽⁴⁾ LEÓN, *op. cit.*, pág. 136.

⁽⁵⁾ FALZEA, Angelo, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, Guiffre Editore, Milán, 1997, págs. 352-353: “La rectificación del criterio de clasificación de los fenómenos temporales, en función de los intereses jurídicos en lugar que estén en función de la voluntad, y la consideración que los intereses jurídicos se constituyen en todos los niveles de la realidad y exigen su exteriorización sobre el plano objetivo de la común experiencia y de la cultura, conducen en definitiva a la distinción de los fenómenos temporales (o hechos jurídicos en sentido amplio) en las dos grandes clases de los «eventos» (o hechos jurídicos en sentido estricto, o, más simplemente, «hechos») y de los «comportamientos». La distinción, como se ha visto, reposa en el modo de constitución de los intereses jurídicos, que en los hechos se debe al despliegue de energías –físicas, orgánicas, psíquicas, espirituales- fuera de toda actitud del cuerpo humano, mientras que en los comportamientos se produce por una iniciativa externa del mismo sujeto y consiste en un modo de expresarse de su cuerpo”.

⁽⁶⁾ MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pág. 20.

declaración que corresponde a la voluntad, son los que hacen el negocio jurídico”⁽⁷⁾.

Este concepto tuvo indudablemente un fundamento ético-filosófico iusnaturalista y kantiano. Kant describió “la estructura del consentimiento contractual como transferencia de un derecho a otra parte, fundado sobre la voluntad común y simultánea de los contratantes”⁽⁸⁾. Pero este fundamento se combinó con un fundamento psicológico:

“Los representantes de la teoría de la voluntad, designadamente a partir de la «investigación psicológico-jurídica» [1879] de *Zitelmann* reducen la voluntad a un dato naturalístico-psicológico, de acuerdo con el ambiente positivista de entonces, perdiéndose, o pasando a segundo plano, la referencia directa a la originaria idea de voluntad como modo de realización de la *autonomía ética* de cada uno. De la teoría de la voluntad de inspiración ético-filosófica iusracionalista y kantiana, que encontramos también en Savigny e inmediatos sucesores, se pasó, por tanto, a una teoría de la voluntad psicologizante, cuyo fundamento será, según *Zitelmann*, «el análisis psicológico del proceso de la acción»⁽⁹⁾.

Sin embargo, luego el concepto voluntarista de negocio jurídico cambió a una visión antropológica⁽¹⁰⁾. Autonomía es “el poder de crear una mutación jurídica al interior de aquel ordenamiento”⁽¹¹⁾ y comporta “ejercicio de un poder normativo. No significa reglamentación de

-
- (⁷) UNGER, Joseph, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, II, Leipzig, 1892, págs. 44 y ss. La cita es de MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 21.
- (⁸) SOMMA, Alessandro, *Temî e problemi di diritto privato, II, Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Giappichelli, Turín, 2005, pág. 141.
- (⁹) MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 21.
- (¹⁰) Así denominada por: LEÓN, Leysser, L., *El negocio jurídico según Rodolfo Sacco, Ideas de una maestro italiano*, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LV, N° 65, Noviembre-Diciembre 2005, Editorial Normas Legales, Trujillo, pág. 21.
- (¹¹) SACCO, Rodolfo, *Il fatto, l'atto, Il negozio*, con la colaboración de Paola CISIANO, en “*Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*”, UTET Giuridica, Turín, 2005, pág. 103.

relaciones *propias*. Así quien ejercita una opción dicta una ley a sí mismo y también a la contraparte. *Auto-nomía* significa «poder normativo *propio*»; no significa «poder normativo *sobre la esfera propia*»⁽¹²⁾.

En cambio, para esta concepción antropológica, el negocio es “una declaración. La declaración expresa la voluntad de una mutación jurídica”⁽¹³⁾. La “voluntad de quien declara es *voluntad de una mutación de relación jurídica*, esto es, una voluntad normativa y preceptiva, que puede establecer deberes y derechos de otras personas”⁽¹⁴⁾. El negocio aparece “como declaración, como programa, como participación de este programa”⁽¹⁵⁾. El negocio como “declaración programa óptimamente las mutaciones de derechos o de otras situaciones jurídicas. Los derechos son creaciones del pensamiento humano, son ideas; las mutaciones de los derechos son abstracciones de segundo grado, y también son ideas. Donde hay una idea consciente y la capacidad de expresar con palabras las abstracciones, las mutaciones tienen un nombre”⁽¹⁶⁾. Este “maravilloso instrumento llamado negocio implica un comportamiento (dominado por la voluntad), e implica una declaración que objetivamente suena como propósito [*intento*] de que exista una determinada mutación de una relación jurídica”⁽¹⁷⁾.

Como posteriormente se comparará, la concepción antropológica junta parcialmente las concepciones normativa y la programática.

El segundo concepto más conocido de negocio es el definido como un acto de autonomía privada en el sentido de actos de autodeterminación o de autorregulación de los intereses propios entre los mismos interesados:

⁽¹²⁾ *Ibid.*, p. 309.

⁽¹³⁾ *Ibid.*, p. 310.

⁽¹⁴⁾ *Ibid.*, p. 356.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 426.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 137.

⁽¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 137.

“Autorregulación que en la conciencia social es ya considerada como compromisoria para las partes, antes aún de que el acto ascienda a la dignidad de negocio jurídico: es considerado, no como programa puro y simple al que las partes quedan libres de cumplir o no (como podría ser un propósito individual formado en el interior de la conciencia), sino como un criterio vinculante, como una regla de conducta que exige ser cumplida y que, en caso de inobservancia, se acompaña en la vida social, de sanciones más o menos enérgicas o seguras, tanto de carácter específico (por ejemplo, medidas de retorsión y de autotutela), como de carácter genérico (por ejemplo, pérdida o disminución del crédito social, con la consiguiente imposibilidad o dificultad de celebrar nuevos negocios). La sanción de derecho se presenta como algo añadido y lógicamente posterior: precisamente como un reconocimiento de autonomía. En virtud de tal reconocimiento los negocios de la vida privada asumen la dignidad de negocios jurídicos y se convierten en *instrumentos* que el derecho mismo pone a disposición de los privados para dar orden a sus intereses en la vida de relación, a fin de dar vida y desarrollo a las *relaciones* entre ellos: y por tanto permanecen siempre siendo actos de autonomía privada”⁽¹⁸⁾.

El negocio jurídico se define como el “acto que, al cual el derecho atribuye efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza el tipo”⁽¹⁹⁾. El negocio contiene un *precepto de autonomía privada* que “es destinado a tener eficacia constitutiva, es decir, a desarrollar inmediatamente los efectos correspondientes a la vida en relación”⁽²⁰⁾. El precepto de la autonomía privada “es inmediatamente operativo de los efectos jurídicos correspondientes a su función

⁽¹⁸⁾ BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002, págs. 46-47.

⁽¹⁹⁾ BETTI, *op. cit.*, pág. 55.

⁽²⁰⁾ *Ibid.*, pág. 56.

económico-social”⁽²¹⁾. Entonces, la autonomía privada, para esta teoría, es una actividad y una potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias y es reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya reguladas, en abstracto y en general, por las normas de orden público:

“La manifestación principal de esta autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como acto de autonomía privada, al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación y la extinción de relaciones jurídicas entre privado y privado. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto son dispuestos por normas, las cuales asumen como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, a él se le vinculan el hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] necesario y suficiente”⁽²²⁾.

Esta concepción preceptiva es desarrollada por otra que concibe al negocio jurídico como acto de autonomía privada jurídicamente relevante:

“Sólo adoptando la fórmula propuesta, de “reconocimiento en sentido técnico”, se puede explicar, en efecto, cómo es que el ordenamiento, luego de atribuir relevancia jurídica al negocio, le atribuye también efectos jurídicos que corresponden *grosso modo* a las disposiciones tomadas por las partes. Aquí, entre la calificación jurídica abstracta del hecho y la realización de los efectos se interpone el reconocimiento de la esencia real del negocio, como acto de autonomía que da razón, por lo anotado, de la peculiar naturaleza de ellos”⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ *Ibid.*, pág. 155.

⁽²²⁾ BETTI, *op. cit.*, pág. 50.

⁽²³⁾ SCOGNAMIGLIO, Renato, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 2ª. edizione, Jovene, Nápoles, 1969, pág. 141. Id., *Contribución a la teoría del negocio jurídico*, Edición, traducción y notas de Leysser L. León, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, pág. 180.

El negocio como “manifestación de voluntad” y como “acto de autorregulación o de autonomía” tienen un *dato común*: el negocio es fuente extra-legislativa. Así, el negocio, en la perspectiva de la voluntad como en aquella de la autonomía, no es un hecho jurídico, dado que no recibe de la ley su propia energía creadora⁽²⁴⁾. Tienen de común que son parte de una realidad extrajurídica. La diferencia es que uno es un acto de voluntad y el otro es un acto de auto-regulación de interés.

La tesis del negocio como realidad extrajurídica, que comparten los conceptos voluntarista y preceptivista, se convierte en irremediablemente falsa cuando se la confronta con la tesis de la recepción del negocio por parte del ordenamiento jurídico. Ambas tesis son incompatibles:

“(…) o el negocio se reduce al hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] entre los hechos jurídicos hipotéticos [*fattispecie*] (utilizables por el legislador en la determinación del contenido de los efectos jurídicos); o el negocio, *portador de una propia lógica y de una intrínseca capacidad reguladora*, se mantiene y enfrenta con la norma, bien adhiriéndose o bien contraponiéndose con ella⁽²⁵⁾”.

Es decir, es contradictorio decir el negocio es una declaración o manifestación de voluntad o es una autorregulación de intereses; y al mismo tiempo que el negocio es jurídico porque el ordenamiento jurídico recibe la voluntad de querer efectos jurídicos o el precepto de autonomía privada según las normas jurídicas:

“Atribución de competencia y reconocimiento de autonomía - donde ella se considera como ejercicio de una potestad no

⁽²⁴⁾ IRTI, Natalino. *Lecture bettiane sul negozio giuridico*, Giuffrè, Milán, 1991, pág. 9.

delegada por la ley- son fenómenos incompatibles: una designa un *orden interno al derecho estatal*, que confiere a los individuos una determinada esfera jurídica; la otra, apropiación de una regulación de intereses dictada por los individuos en la esfera pre-jurídica. La competencia, como medida de poder jurídico, está concebida solamente dentro del derecho estatal; la autonomía (en la acepción no romaniana), solamente fuera de él”⁽²⁶⁾.

También el concepto de negocio jurídico, como acto de autonomía privada jurídicamente relevante, analizado sobre la propia naturaleza dinámica y sobre el plano jurídico es contradictorio:

“Reconocimiento de la naturaleza dinámica del negocio y determinación legislativa de los efectos aparecen antitéticos, ya que uno reconduce los efectos de aquella naturaleza dinámica que la otra la niega y la excluye”⁽²⁷⁾.

La concepción institucional define a la autonomía en dos niveles: subjetivamente, ella es la potestad de darse un ordenamiento jurídico y, objetivamente, indica el carácter propio de un ordenamiento jurídico que individuos o entes se constituyen para sí, en contraposición al carácter de los ordenamientos que para ellos son constituidos por otros⁽²⁸⁾. Entonces, los negocios jurídicos son manifestaciones de autonomía privada. “El negocio antes de ser fuente de derecho subjetivo, es fuente de normas; normas subordinadas a aquellas estatales y por eso secundarias y complementarias; normas no autoritativas, pero vinculadas a ellas, como en los contratos, al menos con la aceptación de quienes están involucrados como en los

⁽²⁵⁾ IRTI, *op. cit.*, pág. 29.

⁽²⁶⁾ *Ibid.*, pág. 29.

⁽²⁷⁾ *Ibid.*, pág. 34.

⁽²⁸⁾ ROMANO, Santi, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milán, 1947, pág. 14.

testamentos; pero siempre normas y, por eso, leyes: leyes, pero privadas, no públicas”⁽²⁹⁾.

La concepción normativa propone estudiar el negocio jurídico como elemento del proceso productivo del Derecho:

“Con la identificación del negocio como norma se explica perfectamente cómo el negocio puede definirse productor de los efectos a diferencia de los actos y de los hechos: éstos últimos en efecto no son normas pero solamente hechos jurídicos hipotéticos [*fattispecie*]. La construcción del negocio como norma tiene también el mérito de dar cuenta de la relevancia del negocio para la configuración de los efectos: la presencia en él del diseño programático está perfectamente en armonía con su naturaleza normativa: tanto que, en manera independiente de la consideración del rol desarrollado por el negocio en la producción de los efectos, ella lleva de por sí solamente a hipotetizar la naturaleza normativa del negocio. En efecto, no hay duda que la presencia de un programa de efectos (para producirse) es atribuible más fácilmente a la noción de norma que a la del hecho”⁽³⁰⁾.

El negocio jurídico es fuente normativa porque no es un simple hecho o comportamiento, sino también es un acto calificativo (además de regulador) de los hechos o comportamientos que deben realizarse⁽³¹⁾.

La esencia y el fundamento de la autonomía no es tanto ser manifestación de libertad, sino “en ser manifestación de «poder» de los privados, y más precisamente, del poder de crear, en concurrencia con

⁽²⁹⁾ ROMANO, *op. cit.*, pág. 27.

⁽³⁰⁾ GAETANO SCOCA, Franco, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, N° 18, Università di Perugia, Perugia, 1979, págs. 156-157.

⁽³¹⁾ PERGOLESI, Ferruccio, *Sistema delle fonti normative*, Giuffré Editore, Milán, 1973, pág. 116.

otras fuentes, reglas objetivas de conducta, o, si se prefiere, normas jurídicas”⁽³²⁾. De ahí que el negocio jurídico “es en último análisis, regla objetiva, expresión del poder (sea originario o derivado) de los privados de crear derecho; poder que, al igual que otro poder pone en movimiento la vida de las organizaciones y las relaciones sociales, el cual se debe expresar en el ámbito de los límites predeterminados y de los equilibrios que garantizan el funcionamiento de las instituciones”⁽³³⁾. La Constitución, las fuentes comunitarias, la ley, la autonomía privada (y así sucesivamente) son, de este modo, todas fuentes normativas, ordenadas según una jerarquía correspondiente a aquellos varios niveles de identidad y a aquellos varios niveles sistemáticos de referencia⁽³⁴⁾:

“En resumen, afirmar la unidad del ordenamiento y la exigencia del sistema no excluye completamente la consideración de la pluralidad de las fuentes del derecho, la pluralidad haya su síntesis en el ordenamiento y en el sistema, por definición pluralístico”⁽³⁵⁾.

No es equivocado sostener que entre la concepción institucional y la concepción normativa tienen en común que construyen un cosmos de niveles *exclusivamente jurídicos*⁽³⁶⁾ a diferencia de los conceptos

⁽³²⁾ CRISCUOLO, Fabrizio, *L' autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2000, pág. 49.

⁽³³⁾ CRISCUOLO, *op. cit.*, pág. 49.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, pág. 54.

⁽³⁵⁾ *Ibid.*, pág. 54.

⁽³⁶⁾ IRTI, *op. cit.*, pág. 58. En efecto, FERRI, Luigi, *L' autonomia privata*, Seminario giuridico dell' Università di Bologna XX, Giuffrè Editore, Varese, 1959, pág. 69. Id., *La autonomía privada*, Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2001, pág. 76: “Si las normas negociales son normas jurídicas y se colocan fuera de la unidad orgánica que está constituida por las normas no negociales o normas de formación pública, se debe concluir que existen dos conceptos de ordenamiento jurídico; uno más amplio, que abarca todas las normas jurídicas negociales y no negociales, y otro más restringido, que excluye de su seno las normas negociales”.

antinormativistas que proponen una visión del negocio desde una naturaleza psicológica o social.

La concepción axiológica establece que el negocio jurídico es un valor contrapuesto a otros valores como aquellos estatales. El negocio es un:

“(…) acto vinculante de regulación privada de intereses, que asume «relevancia» positiva para el ordenamiento estatal cuando los valores de los cuales es portador sean compatibles con los valores expresados por el ordenamiento. Se ha afirmado que la relación entre negocio y ordenamiento estatal, si se aprecia bien, constituye una expresión de la relación entre libertad (representada por el negocio) y autoridad (expresada por el ordenamiento estatal); es decir, de la relación entre un sistema de valores (el negocio) expresión de intereses específicos, circunscritos y personales, y un sistema de valores (el ordenamiento estatal) que es expresión de una visión general y totalizadora de la realidad social, donde el negocio se inserta como un mínimo fragmento. Las tareas que se imponen ambos sistemas son, por lo tanto, profundamente diversas, sea desde un punto de vista cualitativo como desde el punto de vista cuantitativo”⁽³⁷⁾.

El negocio jurídico contiene valores propios diferentes a los valores estatales. Es la expresión de un autónomo sistema de valores. El negocio no es un hecho, es un valor; y este valor encuentra su eficacia o su validez, no ya en la adecuación previa de los valores contenidos en el ordenamiento jurídico, sino en un análisis *ex post* de compatibilidad con dichos valores. El sentido del encuentro entre

⁽³⁷⁾ FERRI, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, Quinta edizione. Maggioli Editore, Rimini, 1995, págs. 83-84. Id., *El negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002, págs. 154-155. Id. *Il negozio giuridico*, Seconda Edizione, Cedam, Padua, 2004, pág. 69.

ordenamiento estatal y negocio no es tanto aquel de plegar el valor-negocio a los valores propios del ordenamiento estatal, sino más bien aquel de constatar el grado de compatibilidad entre el valor expresado en la regla social, con aquel expresado por las normas del ordenamiento⁽³⁸⁾.

La concepción de la validez refiere que la declaración de voluntad jurídico-negocial no contiene únicamente la manifestación de una determinada opinión o intención; “es según su sentido, declaración de validez, es decir: un acto que tiene como meta poner en vigor una determinada consecuencia jurídica. Los negocios jurídicos son hechos que implican ya las consecuencias jurídicas con ellos primariamente coordinadas”⁽³⁹⁾:

“La declaración de voluntad se traduce, de este modo, en un acto de «colocar-valer» («*in-Geltung-setzen*») consecuencias de derecho, siendo, por tanto, una «declaración de vigencia» (una «*Geltungserklärung*»). El «sentido del acto de promesa» estaría constituido por la idea de conferir validez a un conjunto de consecuencias jurídicas. Mediante este «acto determinante», la declaración sirve al valor de autodeterminación de la persona”⁽⁴⁰⁾.

La concepción combinatoria establece que el negocio jurídico solamente puede ser comprendido por la consideración de un conjunto de elementos integrados en un “sistema móvil”, formando un combinatorio en el cual se conjuga, en varias graduaciones posibles, la autonomía privada (autodeterminación), la protección de la confianza y

⁽³⁸⁾ MORALES HERVIAS, Rómulo, *El pensamiento de Giovanni Battista Ferri, El negocio jurídico como instrumento para satisfacer los intereses individuales en Revista Jurídica del Perú*, Año LV, N° 65, Noviembre-Diciembre 2005, Editorial Normas Legales, Trujillo, págs. 100-101.

⁽³⁹⁾ LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Segunda edición definitiva, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, pág. 293.

de la seguridad del tráfico (en sus diversos aspectos) y la justicia o equivalencia contractuales⁽⁴¹⁾:

“Cuando hay más autodeterminación, cuyo grado máximo será la declaración sustentada enteramente por la voluntad ponderada y esclarecida (posibilitando una mayor «garantía de justicia» contractual, la cual sería, por tanto, igualmente graduable), tanto menos necesario será, para el surgimiento de una vinculación, el elemento de la seguridad del tráfico o de equivalencia. Disminuido el grado de autodeterminación, para el surgimiento de una vinculación tiene que existir una intensificada protección de la confianza o de la seguridad del tráfico, bien como control aumentado de «equivalencia»⁽⁴²⁾”.

La concepción programática establece que el negocio jurídico es un acto programático. La programación es relevante cuando existan tres condiciones: un tiempo de la programación distinto del tiempo de la realización; que la programación se haga objetivamente evidente mediante un acto diferente del acto de la realización; que el derecho contemple y regule distintamente el acto de la programación, respecto del acto de la realización. Cuando se verifican todas estas tres condiciones se está, ciertamente, en presencia de un acto programático⁽⁴³⁾:

“El negocio jurídico, por no estar en condición de realizar los intereses jurídicos, sino solamente de hacerlos evidentes y de proyectar su realización, encuentra su segura colocación entre los actos programáticos, cuya caracterización radica, justamente, en la

⁽⁴⁰⁾ MOTA PINTO, *op. cit.*, pág. 35.

⁽⁴¹⁾ BYDLINSKI, *Privatautonomie und objective Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts*, Wien-New York, 1967, págs. 12 y ss. La cita es de MOTA PINTO, *op. cit.* págs. 43-44.

⁽⁴²⁾ MOTA PINTO, *op. cit.* pág. 44.

⁽⁴³⁾ FALZEA, *op. cit.*, págs. 774-775.

predisposición de los modos y de los medios de realización del interés”⁽⁴⁴⁾.

La concepción comunicativa establece que el negocio jurídico es un acto performativo. El concepto de acto performativo tiene antecedentes en la filosofía analítica. John Austin (1911-1960), catedrático de filosofía moral en Oxford de 1952 a 1960, fue una figura muy relevante en la filosofía del lenguaje durante la primera mitad del siglo XX. Su obra más conocida se publicó póstumamente (1962) con el título de *How to do things with words* (Cómo hacer cosas con palabras). Este trabajo, que recoge las conferencias que Austin pronunció en el año 1955 en la Universidad de Harvard, constituye la culminación de su teoría de los actos de habla, en la que estaba trabajando. El punto de partida de Austin es la crítica a los filósofos que erróneamente supusieron que la única relevancia de un enunciado es describir algún estado de cosas o enunciar algún hecho. Austin planteó la existencia de dos tipos de enunciados: constatativos y performativos (de *perform*, realizar, cumplir). Los primeros los utilizamos para describir determinadas cosas; con los segundos no se constata o describe nada sino que se realiza una acción. Austin sugirió que existen dos tipos de lenguaje: el descriptivo (o constativo) y el performativo. El performativo es el lenguaje que ejecuta acciones ("Que se haga la luz"); verifica afirmaciones ("Es cierto, ha muerto"); y hace realidad una promesa (el "sí quiero" de las bodas). La teoría del lenguaje performativo es utilizada en la teoría del negocio jurídico:

"En sentido estricto, esto es, en cuanto negocio jurídico de derecho privado, se define como acto de derecho privado que produce efectos jurídicos conforme a su significado, creando, modificando substancialmente o extinguiendo por medio innovativo situaciones jurídicas de las cuales al menos uno de los

⁽⁴⁴⁾ *Ibíd.*, pág. 776.

sujetos es titular. En una fórmula sintética, diremos que es un acto de derecho privado dotado de performatividad, reflexibilidad y autosuficiencia estructural" ⁽⁴⁵⁾.

Así, los negocios jurídicos crean, extinguen o modifican sustancialmente las situaciones jurídicas, porque su texto dispone de una estructura completa:

"El negocio jurídico como acto performativo debe cumplir las siguientes condiciones:

"1ª que exista una *acción comunicativa*, esto es, un hecho humano consciente, informativo y dotado de un mínimo de acontecimiento semántico [*sémico*];

2ª que esa acción comunicativa se inspire *conscientemente* en el marco de las relaciones humanas en las que se aplicarán las reglas constitutivas propias de *prácticas negociales*;

3ª que esa acción comunicativa sea *comprendida* como una declaración jurídico negocial;

4ª que esa declaración negocial no sea afectada negativamente por ningún fundamento jurídico de invalidez" ⁽⁴⁶⁾.

La concepción de las libertades implica que el negocio jurídico es un acto complejo de dos libertades⁽⁴⁷⁾. En la libertad de celebración, la autonomía privada permite realizar o no realizar el acto y, por tanto, optar por la presencia o por la ausencia de determinados efectos de Derecho, a los asociados. En la libertad de estipulación, la autonomía va mucho más allá: ella permite optar por realizar el acto y, también,

⁽⁴⁵⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1992, pág. 258.

⁽⁴⁶⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág. 241.

⁽⁴⁷⁾ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português*, I, Parte General, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico, 3.ª Edição (Aumentada e inteiramente revista), Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 392.

seleccionar, más allá de su presencia, el tipo de efectos que producirán. Cuando exista solamente libertad de celebración, se hablan de actos jurídicos en sentido estricto; si hay libertad de celebración y de estipulación, surge el negocio jurídico.

La concepción ecléctica implica que el negocio jurídico es un punto de conexión entre los actos lícitos y las consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico liga a ellas. Esta concepción del negocio jurídico nos abre los ojos para percibir los aspectos comunes y los aspectos diferentes de los actos humanos lícitos⁽⁴⁸⁾.

Luego de haber descrito puramente algunas concepciones del negocio jurídico, es menester mostrar algunos ejemplos de la doctrina extranjera de uniones no claras de las concepciones mencionadas. Ello evidentemente confunde a los operadores jurídicos. Pero también se evidencia que solamente se conocen algunos conceptos y se desconocen la mayoría. Ello cobra mayor realce en la doctrina nacional.

Así, unos relacionan el concepto axiológico con el concepto preceptivo. Se expresa que la autonomía se manifiesta mediante una "*acción finalista o teleológica*. El sujeto, además del fin inmediato, que es la producción de *determinado resultado jurídicamente relevante* (la producción de efectos protegidos por el Derecho, con intención del sujeto de vincularse), busca también un *fin mediano, variable, colocado al servicio de ciertos valores*" y el negocio jurídico es "auto-reglamentación"⁽⁴⁹⁾.

Algunos combinan los conceptos voluntaristas con los preceptivistas: "Los *negocios jurídicos* son actos jurídicos constituidos por una o más declaraciones de voluntad, dirigidas a la realización de ciertos efectos prácticos, con la intención de alcanzarlos mediante la tutela del derecho, determinando el ordenamiento jurídico la producción

⁽⁴⁸⁾ SCHERMAIER, Martin Josef en Mathias SCHMÖCKEL/Joachim RÜCKERT/Reinhard ZIMMERMANN, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen 2003, págs. 362-363. Citado en SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 45.

⁽⁴⁹⁾ GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, Refundido e actualizado, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2002, págs. 18 y 20.

de los efectos jurídicos conforme a la intención manifestada por el declarante o los declarantes”⁽⁵⁰⁾.

Unos consideran que el negocio jurídico es un hecho jurídico y al mismo tiempo un valor, es decir, se juntan los conceptos preceptivo y axiológico. El negocio es una combinación de hecho y de valor. “De ser y deber ser, de ser que debe ser y debe ser que es”⁽⁵¹⁾.

Otros vinculan el concepto institucional con el concepto preceptivo. Por un lado, consideran que la autonomía es el poder de darse un ordenamiento y que el negocio jurídico es una auto-regulación de intereses de índole jurídico⁽⁵²⁾.

En el Perú las confusiones son parte de la breve historia del negocio jurídico sobre todo en la última década. Pero a diferencia de la doctrina citada, la doctrina nacional ha multiplicado las combinaciones de las concepciones sobre el negocio jurídico.

El artículo 140 del CC define el concepto voluntarista del negocio jurídico. Una doctrina nacional autorizada y coherente con el concepto preceptivista propone “la supresión de la definición clásica contenida en el artículo 140 del Código, y que se deje en libertad al intérprete de optar por una concepción o por la otra, teniendo en cuenta que se trata de un tema doctrinario, bastante discutido y opinable como todos”⁽⁵³⁾. Tal planteamiento ha tenido adhesión en aquella posición que propugna su derogación para dejar a la doctrina la tarea de desarrollar el

⁽⁵⁰⁾ MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 4.^a Edição por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 379.

⁽⁵¹⁾ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3.^a Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005, p. 253. Pero también dice que los “negocios jurídicos son jurígenos: dentro del ámbito material de la autonomía privada, crean derecho. No son «fuente de derecho objetivo» porque no crean derecho con generalidad, no constituyen reglas jurídicas generales y abstractas, pero no dejan de crear derecho concreto que rige para sus autores: son el modo interprivado de creación jurídica”.

⁽⁵²⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral*, Vol. II, *Acções e factos jurídicos*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 80 y 88.

⁽⁵³⁾ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, *Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil*, Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervias, Grijley, 2006, pág. 242.

concepto⁽⁵⁴⁾.

Citaremos un sector de la doctrina nacional⁽⁵⁵⁾ que confunde los conceptos.

Este sector de la doctrina ha mezclado los conceptos voluntaristas, normativos y preceptivos. Se ha definido como “hecho jurídico, voluntario, lícito con manifestación de voluntad y efectos queridos que respondan a la intención del sujeto, de conformidad con el Derecho objetivo” pero se ha afirmado que existe “una delegación del Derecho objetivo en los sujetos que actúan con voluntad privada de la facultad de regulación, o mejor, de autorregularse en sus propios intereses jurídicos, esto es, de permitir a los sujetos que van a constituirse en parte de la relación jurídica, o que ya lo son, la posibilidad de, precisamente, crearla o de regularla, modificarla o extinguirla”⁽⁵⁶⁾. Otra doctrina indica que el “negocio jurídico se configura cuando uno o varios sujetos declaran su voluntad, a efectos de autorregular sus propios intereses, creando un precepto (entendido como regla de conducta), que normará las relaciones o situaciones jurídicas que se han creado, modificado o extinguido”⁽⁵⁷⁾. Ambas

⁽⁵⁴⁾ SCHMIDT, Jan Peter, *La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Que se entiende por “negocio jurídico”?* en *Revista Jurídica del Perú*, Año LVI, N° 67, Abril-Junio 2006, Editorial Normas Legales, Trujillo, pág. 39.

⁽⁵⁵⁾ Existe una doctrina que solamente se limita a citar definiciones sin analizarlas y sin proponer una definición propia: ROMERO MONTES, Francisco Javier, *Curso del acto jurídico*, Editorial Librería Portocarrero, Lima, 2003, págs. 38-43. IDROGO DELGADO, Teófilo, *Teoría del acto jurídico*, 2ª edición, Idemsa, Lima, 2004, págs. 27-30. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Acto jurídico*, Segunda edición, Ideosa, Lima, 2001, págs. 63-72. No falta aquella opinión que combina “extraordinariamente” los conceptos voluntarista, preceptivo, institucional, normativo y axiológico (¡!): “A todo esto definimos al negocio jurídico como *un hecho jurídico voluntario que permite la integración coherente de normas jurídicas, composición lograda en el ejercicio de la internomía privada y motivada en la virtual satisfacción de interés práctico-jurídico*” y la iternomía “otorga a los sujetos de derecho dos facultades: a) crear normas jurídicas (facultad creadora); b) posibilidad de integrar normas (facultad organizadora o integradora, es decir regular de acuerdo a nuestros egoísmos –por medio del negocio-)”: NÚÑEZ MOLINA, Waldo Francisco, *El negocio jurídico*, Editorial San Marcos, Lima, 2006, págs. 219-220. Es evidente que esta teoría nada tiene que ver con la concepción combinatoria del negocio jurídico.

⁽⁵⁶⁾ VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Sexta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, págs. 38-40.

⁽⁵⁷⁾ ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto jurídico negocial, Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, pág. 37.

doctrinas descritas incurren en confundir conceptos de negocio jurídicos esencialmente incombinales.

Dentro de la misma confusión de conceptos se ha definido al negocio jurídico “como aquella declaración o declaraciones de voluntad de Derecho privado que, por sí, o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico el cual reconoce a tales declaraciones como el sustento para producir efectos prácticos queridos y regular relaciones jurídicas de derecho subjetivo. Es decir, el Derecho recoge una pretensión social y económica establecida por los agentes y le atribuye, luego de merituarla, un valor jurídico” y se añade que se “trata de una declaración de voluntad o de un conjunto de declaraciones preceptivas, según hablemos de negocio unilateral o plurilateral, con potestad para crear o incidir en relaciones jurídicas (y subsidiariamente económicas y familiares), por delegación del ordenamiento”⁽⁵⁸⁾.

Otros confunden las concepciones preceptiva, normativa y axiológica:

“Los particulares se procuran medios idóneos: los negocios jurídicos mediante los cuales disponen para el futuro una relación vinculante de intereses para cumplir variadas funciones económico-sociales, fuera de la injerencia de ningún ordenamiento positivo. El derecho no hace otra cosa que reconocer, en atención a su función económico-social, el vínculo que se deriva de tales negocios; lo refuerza, lo hace más seguro, al añadirle su propia protección. El negocio, como acto vinculante de regulación privada de intereses, asume relevancia para el ordenamiento cuando los valores de los cuales es portador son compatibles con los valores expresados en el ordenamiento. La relación entre negocio y ordenamiento, entre libertad y autoridad,

⁽⁵⁸⁾ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*, Reimpresión de la Primera Edición, Librería Studium Ediciones, Lima, 1987, pág. 36.

es la relación entre sistema de valores específicos y personales y un sistema de valores que expresan una visión totalizadora de la realidad social, en la que el negocio se inserta. Las tareas que se imponen a ambos sistemas son diversas y solo ocasionalmente coinciden”⁽⁵⁹⁾.

Por último, el Tribunal Constitucional en el Caso Gobierno Regional de San Martín, Exp. 047-2004-AI/TC, fundamento 44, ha mezclado los conceptos voluntarista, preceptivo, normativista y axiológico:

“La autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la creación de una norma jurídica con interés particular.

El contrato, al expresar la autonomía de la voluntad como fuente de derecho tiene su fundamento en las siguientes disposiciones constitucionales. El inciso 14 del artículo 2 de la Constitución prescribe que toda persona tiene derecho: «A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público».

A su turno, el artículo 62 de la Constitución establece que: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

Por su parte, el inciso 3 del artículo 28 de la Constitución dispone que: «La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de los concertado».

⁽⁵⁹⁾ MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco, *El acto jurídico según el Código civil peruano, Curso teórico, histórico y comparativo*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005, pág. 67.

Como puede inferirse, las disposiciones constitucionales citadas confirman la tesis de que el contrato también es una fuente de derecho que tiene reconocimiento constitucional.

Al respecto, este colegiado ha señalado: «La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal a de la Constitución (...). (...) el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales (...)» ([Caso Fernando Cantuarias Salaverry, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamentos 16 y 17]).

A nivel de la doctrina nacional [Marcial Rubio] como extranjera [Miguel Reale] se ha resaltado la importancia del negocio jurídico como fuerza generadora de normas jurídicas, admitiendo que la experiencia jurídica no solamente es regida por normas legales de carácter genérico, sino también por normas particulares e individualizadas.

Para Reale, lo que caracteriza a la fuente negocial es la convergencia de los siguientes elementos:

- a) Manifestación de voluntad de las personas legitimadas para hacerlo.
- b) Forma de querer que no contradiga la exigida por ley”.

El Tribunal Constitucional cita la obra de Miguel Reale sin saber que la doctrina brasileña navega en un mar de confusiones en cuanto al concepto de negocio jurídico. Para muestra una opinión:

“Negocio jurídico no es, solamente, acto voluntario, sino acto que expresa declaración de voluntad, que puede ser unilateral y bilateral. Declaración de voluntad es manifestación de voluntad *calificada*, destinada a producir efectos jurídicos. Ningún otro instituto jurídico expresa, con tanta nitidez, la libertad humana

como el negocio jurídico, dando sentido concreto (o concretizado, como prefiere el maestro *Miguel Reale*) y efectos prácticos a la autonomía de la voluntad, a la auto-reglamentación de intereses privados" (...).

"En este sentido, debemos poner en realce un aspecto fundamental del negocio jurídico, siempre destacado, como merece: él formula reglas de conducta entre los particulares, análogas a las de la ley; tienen, por tanto, carácter normativo, funcionando como *lex privata*.

A través del negocio jurídico, y dentro de los límites de la ley, como decimos, las personas tienen la posibilidad de declarar sus voluntades, auto-reglamentando sus intereses, dando contenido normativo, fuerza normativa a lo que reglamentan"⁽⁶⁰⁾.

Aquí se confunden los conceptos voluntaristas, preceptivos y normativos como si todos en su conjunto pudieran decirnos un significado claro del negocio jurídico.

No obstante lo expuesto no estamos negando que se pueden combinar coherentemente algunos conceptos. Por ejemplo, no es incoherente combinar el concepto de acto vinculante de privada reglamentación de intereses a los conceptos de acto programático y de acto performativo y de autosuficiencia estructural. Pero combinar los conceptos preceptivo y normativo es un acto de incoherencia lógica.

Tema 3.3: La normativa general del Código Civil y su aplicabilidad a los actos de autonomía privada

El Libro II del CC es una normativa general. La pregunta es si dicha regulación alcanza a todos los actos jurídicos. Es decir, dichas

⁽⁶⁰⁾ VELOSO, Zeno, *Invalidez do negócio jurídico, Nulidade e anulabilidade*, 2ª Edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2005, págs. 9-10.

reglas se aplican o no a los actos jurídicos en sentido estricto y a los actos de autonomía privada.

En el Perú sucedieron dos casos donde se aplicó analógicamente las normas del Libro II del CC al reconocimiento de un hijo.

En un caso, Demetrio Blas Tocas Figueroa solicitó que se declare la nulidad del reconocimiento que contenía la partida de nacimiento del menor Rodrigo Sebastián Tocas Reyes, ocurrido el 6 de abril de 1991, a quien reconoció como hijo suyo en la creencia que sí lo era, por habérselo comunicado así la madre del menor Zonia Delfina Reyes Alarcón, con quien el actor venía manteniendo relaciones extramatrimoniales desde el año 1992; pero es el caso que sostuvo haber sido engañado dolosamente, pues la misma madre del menor expresó ante las autoridades que el verdadero padre era el señor César Gallegos Solís, con quién también aquella mantuvo relaciones sexuales desde el año 1995, por lo que solicitó la nulidad en aplicación del artículo 210 del CC. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República consideró en la Casación N° 2092-2003-Huara que nadie está obligado a hacerlo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe; en consecuencia, si el ordenamiento procesal y sustantivo no prohíbe que el reconociente pueda demandar la invalidez del reconocimiento practicado invocando normas atinentes al "acto" jurídico, la pretensión contenida en la demanda tiene un petitorio jurídicamente posible, y subsecuentemente se trata de un caso justiciable.

Otro caso parecido se dio cuando Pompeyo Requejo Mego interpuso demanda para que se declare la anulabilidad de la partida de nacimiento del menor Boris Alberto Sebastián Requejo Hernández, en el extremo que aparece inscrito el reconocimiento de aquél como hijo del recurrente. Sostuvo que declaró al menor como hijo suyo en la creencia que sí lo era, no obstante que desde su nacimiento presentó características psicobiológicas totalmente diferentes a la de sus otros hijos, que se reflejaban hasta en el color de la piel, siendo que por

investigaciones privadas posteriores llegó a determinar que su conviviente y madre del menor, Rosa Elvira Hernández Trujillano, mantenía relaciones infieles con Pedro Obregón Zambrano, así como también, luego de someterse a las pruebas de ADN hasta en dos oportunidades, en éstas se estableció que no era el padre biológico del menor. Indicó que la conducta dolosa de la demanda consistió en haberle hecho creer que el menor era su hijo, ignorando el actor el panorama de infidelidad, siendo que el dolo empleado ha sido de tal naturaleza que ha determinado que reconozca la paternidad del menor, pues de haber conocido la infidelidad no lo hubiera reconocido. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República determinó en la Casación N° 2274-2004-Lima que los ordenamientos procesal y sustantivo no prohíben que el reconociente pueda demandar la invalidez o ineficacia del reconocimiento practicado invocando normas atinentes al “acto” jurídico, máxime cuando la pretensión contenida en la demanda guarda relación con los hechos invocados por el actor y contiene un petitorio jurídicamente posible; por lo tanto, se trata de un caso justiciable, cuyo rechazo resultaría arbitrario.

En Italia se ha dicho que la teoría del negocio “no es más el centro del sistema y sobre todo que ella no puede dar cuenta de una realidad económica extremadamente modificada respecto a las ideas ochocentistas. Por ello no puede aplicarse a cualquier manifestación de autonomía privada (testamento, matrimonio, contrato, negocio unilateral y plurilateral) pero solamente a aquellas intrínsecamente homogéneas. En tal sentido decisivo está lo dispuesto en el artículo 1324⁽⁶¹⁾, que extiende, con el criterio de la compatibilidad, la disciplina

(61) Artículo 1324 del Código Civil italiano de 1942.- *Normas aplicables a los actos unilaterales.*- Salvo disposiciones contrarias de la ley, las normas que regulan los contratos se observarán en cuanto fueren compatibles, respecto de los actos unilaterales entre vivos que tengan contenido patrimonial. En esa misma dirección pero en un sentido más amplio: Artículo 451 del Código Civil de Bolivia de 1976.-
II. Son aplicables también, en cuanto sean compatibles y siempre que no existan disposiciones legales contrarias, a los actos unilaterales de contenido

del contrato al negocio unilateral *inter vivos* con contenido patrimonial, excluyendo así, de un lado al testamento y, de otro lado, el matrimonio y, más en general, los negocios de derecho familiar. El artículo 1324 habla, en verdad, de *acto* y no de *negocio*, pero debe entenderse que el legislador había utilizado esta terminología sólo al fin de tomar posición en mérito a la posibilidad de dar vida a la categoría negocial. *Acto* es por lo tanto sinónimo de *negocio unilateral*"⁽⁶²⁾.

Otro sector ha manifestado que el concepto de negocio jurídico, en sus aplicaciones prácticas, es utilizado como un "concepto analógico" y la verdad es que los civilistas italianos hablan actualmente del negocio jurídico, más por hábito lingüístico que por convicción conceptual⁽⁶³⁾.

En los ordenamientos jurídicos como el italiano la teoría del negocio jurídico ha disminuido en su importancia. Se dice por eso que en "doctrina es en efecto mucho más difundida la convicción acerca de la inutilidad de crear conceptos o categorías omnicomprendivas, cuando luego la regulación concreta de varios institutos no admite generalizaciones así extensas. Por ejemplo sería del todo inútil elaborar una teoría general de los vicios del consentimiento, comprensiva del contrato, matrimonio y testamento, dado que la disciplina concreta de los vicios del consentimiento es diferente según se trate de contrato matrimonio o testamento"⁽⁶⁴⁾.

El problema que tienen los italianos con la interpretación del artículo 1324 de su código civil es un problema inaplicable porque el CC no importó tal norma. Pero, por ejemplo, copió fragmentariamente, del Título II (De los contratos en general) del Libro IV (De las obligaciones) del Código Civil italiano, las normas sobre la forma, la representación, la

patrimonial que se celebran entre vivos así como a los actos jurídicos en general".

(62) GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003, pág. 751.

(63) GALGANO, Francesco, *Teoría general del negocio jurídico*, 4 Estudios Fundamentales, Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2001, pág. 95.

interpretación, las modalidades, la simulación, los vicios de la voluntad, la nulidad, la anulabilidad y la confirmación. El tema del fraude de los acreedores también es una copia de este código pero está regulado en el Título III (De la responsabilidad patrimonial, de las causas de prelación y de la conservación de las garantías patrimoniales), Capítulo V (De los medios de conservación de la garantía patrimonial), Sección II (De la acción revocatoria) del Libro VI (De la tutela de los derechos).

En Italia se ha expresado con justificación que el negocio jurídico “sobrevive como simple *categoría historiográfica*: es instrumento útil para reconstruir una fase de la doctrina jurídica italiana”⁽⁶⁵⁾ y por eso se ha concluido que “es preferible colocar el negocio en una página de la historia, y prepararse a construir instrumentos de defensa más modernos y eficaces”⁽⁶⁶⁾.

En Alemania se manifiesta que “los partidarios del negocio jurídico tienen que reconocer que el «contrato» es un concepto menos abstracto y menos artificial que el del «negocio jurídico», y que casi todas las reglas de la teoría del negocio jurídico fueron concebidas en primer plano para regular situaciones contractuales. Esto se puede ver también en el hecho de que, en el Derecho alemán por ejemplo, en los libros sobre el derecho de familia y el derecho de sucesiones hay tantas excepciones a las reglas de la Parte General, que cabe la pregunta sobre el valor que tiene el establecimiento de reglas generales si ellas luego tienen que ser modificadas cada dos por tres”⁽⁶⁷⁾.

Haciendo una mirada panorámica de la teoría del negocio jurídico en el CC podemos decir que en realidad ha regulado, en términos generales, la teoría del contrato desde el punto de vista del derecho civil italiano. El Libro II del CC tiene una gran influencia de la cultura jurídica

⁽⁶⁴⁾ GALLO, Paolo, *Istituzioni di diritto privato*, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Turín, 2003, pág. 364.

⁽⁶⁵⁾ IRTI, *op. cit.*, pág. 66.

⁽⁶⁶⁾ *Ibid.*, pág. 69.

⁽⁶⁷⁾ SCHMIDT, *op. cit.*, pág. 35.

italiana pero no ha regulado propiamente una Parte General como el Código Civil alemán:

“En el BGB el término *“Rechtsgeschäft”* [negocio jurídico] recibió un lugar muy preeminente. El capítulo tercero de la Parte General (*Allgemeiner Teil*) lleva el título *“Von den Rechtsgeschäften”* (de los negocios jurídicos). Este capítulo debe ser visto como el corazón de la Parte General, porque es el único capítulo dentro de ella que realmente aspira a contener reglas para todos los cuatro libros de la parte especial (obligaciones, cosas, familia, sucesiones). En consecuencia, las normas sobre el negocio jurídico se aplican no sólo a un contrato de compraventa, sino también a la transmisión de la propiedad de un inmueble, al matrimonio y al otorgamiento de un testamento, para citar algunos ejemplos”⁽⁶⁸⁾.

De ahí que concordamos con la siguiente afirmación:

“El legislador peruano desmembró la «Parte General» en sendos libros: el de personas, el del acto jurídico y el de prescripción y caducidad. Sin apreciar que el legislador alemán regula los contratos en general, como es lógico, en la «Parte General» del Código Civil, se prefirió mantener el esquema del Código italiano, donde el negocio jurídico fue objeto de inapelable repudio. De resultas, tenemos una «Parte General» –para quien así quiera identificarla– que no tiene ninguna relación con el esquema original alemán: un libro de personas cuyo lugar verdadero lugar es la Constitución, un libro sobre el acto jurídico, paradójicamente, de inspiración italiana (sólo que en Italia no se cree en el negocio jurídico) y un libro sobre la prescripción y

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.*, pág. 47.

caducidad comunicado del resto de las disposiciones generales”⁽⁶⁹⁾.

Entonces, ¿el contrato será la categoría jurídica genérica de regulación jurídica supletoria de otros actos jurídicos en general? Por ejemplo, si revisamos las causales de nulidad y anulabilidad del matrimonio (artículos 274 al 286) y del testamento (artículos 808 al 814) y la comparamos con las causales de nulidad y de anulabilidad del “negocio jurídico” (artículos 219 y 221) podemos concluir que la teoría del contrato no tiene aplicación en esos temas. Por eso, en los dos casos detallados no se entiende la aplicación de las normas del Libro II del CC al reconocimiento de un hijo.

Pero nuestros argumentos contrarios a la admisión del negocio jurídico pueden ser objetados por tres cosas objetivamente puestas en el CC. El libro II es un libro autónomo y podría ser considerado una Parte General. La definición legal del artículo 140 y algunas instituciones del negocio jurídico reguladas en el CC también podrían hacer pensar que el negocio jurídico ha sido admitido como categoría legislativa. Estas objeciones son infundadas.

En efecto, no hay que confundir la categoría lógica del negocio jurídico con su categoría legislativa en un código civil.

Así, el concepto de negocio es útil para “individualizar y clasificar en una sola categoría los diversos instrumentos de la *autonomía negocial*, es decir los actos con que se ejercita aquella especial libertad de los privados de regular por si mismos sus propios intereses” y “reconocer una *cierta homogeneidad* de problemas en el campo de los actos de autonomía, y aprovechar la *interpretación sistemática* y la *analogía* para resolverlos”⁽⁷⁰⁾. Conforme a ello la teoría del negocio jurídico facilita el estudio y la comprensión de todos los fenómenos que

⁽⁶⁹⁾ LEÓN, *op. cit.*, págs. 129-130.

⁽⁷⁰⁾ ZATTI, Paolo y COLUSI, Vittorio, *Lineamenti di diritto privato*, Decima edizione, Cedam, Padua, 2005, pág. 118.

integran el mundo jurídico, así como el sistema normativo e institucional que forman el Derecho privado en general.

En cambio, otra cosa es la categoría legislativa del negocio jurídico que es peligrosa “si se intercambia el concepto por un hecho jurídico hipotético [*fattispecie*] único efectivamente regulado en nuestro derecho y se cree que tiene una regulación rigurosamente unitaria”⁽⁷¹⁾.

El negocio jurídico, como categoría lógica, constituye un concepto general abstracto que abarca en su extensión todos los contratos y todos los negocios jurídicos unilaterales⁽⁷²⁾.

La categoría legislativa del negocio jurídico proviene del modelo del negocio jurídico formulado por el Código Civil alemán de 1900. En este modelo, el negocio jurídico adquiere la calidad de una categoría unitaria como en los códigos civiles de Suecia (1915), Dinamarca (1917), Noruega (1918), Finlandia (1926), Islandia (1936), Grecia (1940), Portugal (1966), China (en 1987 mediante la ley sobre principios generales de derecho civil), Tailandia (1925-1935)⁽⁷³⁾, Holanda (1992) y Brasil (2003). En conclusión, desde nuestro punto de vista la teoría del negocio jurídico no tiene aplicación legislativa en el CC porque no se legisló según el modelo general del Código Civil alemán.

Existen dos códigos civiles que privilegian la aplicación de las reglas del negocio jurídico a los actos jurídicos unilaterales.

El Código Civil de Portugal de 1966 aplica la analogía:

“Artículo 295.- Disposiciones reguladoras. A los actos jurídicos que no sean negocios jurídicos son aplicables, en la medida que la analogía de las situaciones lo justifique, las disposiciones del capítulo precedente [Negocio jurídico]”.

⁽⁷¹⁾ ZATTI y COLUSI, *op. cit.*, pág. 119.

⁽⁷²⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 248.

⁽⁷³⁾ SACCO, Rodolfo, voz “*Negoziio giuridico (circolazione del modello)*”, en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, Utet, 1995, V. XII, páginas. 91-92.

El uso de la analogía exige un juicio de semejanza y de diferencia entre el acto jurídico concreto y el negocio jurídico:

“Verificadas las semejanzas y las diferencias, entonces se deberá verificar en qué medida existe analogía, en qué medida se justifica, y con qué adaptaciones, el uso de los preceptos legales sobre los negocios jurídicos. Se trata de un proceso analógico, que presupone discernir la semejanza y la diferencia, con la base de un criterio de negociabilidad que constituirá la *premisa latente* de la analogía y la *ratio* de las adaptaciones que serán posiblemente necesarias”⁽⁷⁴⁾.

El Código de Brasil de 2003 sigue el modelo portugués:

“Artículo 185.- A los actos jurídicos lícitos, que no sean negocios jurídicos, se aplican, en lo que corresponda, las disposiciones del Título anterior”.

Se ha expresado que una teoría general de los contratos debe tener como complemento una teoría general de los actos jurídicos unilaterales que deberá estudiar algunos actos como la promesa pública, la representación, la ratificación, la confirmación, la autorización, la oposición, la disolución, los actos cambiarios (aceptación, endoso, aval), la renuncia, la resolución, la revocación, interpelación, notificación, entre otros. Si no se desarrolla una teoría de los actos jurídicos unilaterales, es probable que el negocio jurídico pierda su capacidad de aplicación general⁽⁷⁵⁾.

El CC no sigue el modelo del negocio jurídico como los códigos civiles portugués y brasileño.

⁽⁷⁴⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 246.

⁽⁷⁵⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos, I, Conceito, Fontes, Formação*, 3.ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005, págs. 25-26.

El CC no ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico. En realidad lo que ha hecho es importar, fundamentalmente, el texto del Código Civil italiano de 1942 en materia de Derecho de los contratos.

Se ha expresado que “para bien o para mal, contamos con mayor legitimidad que los autores italianos y españoles para estudiar el negocio jurídico”(⁷⁶).

Desde nuestro punto de vista la teoría del negocio jurídico no tiene aplicación legislativa en el CC porque no ha regulado el modelo legislativo del negocio jurídico. En realidad lo que ha hecho es legislar el texto del Código Civil italiano de 1942 en materia de Derecho de los contratos. Ello significa que la normativa del Libro II se aplica a la normativa del contrato y de los contratos especiales. Supletoriamente cabe afirmar que las reglas del Libro II también se pueden aplicar a los actos unilaterales *intervivos* de autonomía privada con contenido patrimonial.

Tema 3.4: Aplicaciones indebidas de los conceptos del negocio jurídico

El CC tiene una normativa general denominada “Acto Jurídico” que ha sido utilizada inadecuadamente por la doctrina, la jurisprudencia y la praxis durante sus 25 años de vigencia. Esta situación tiene una explicación muy evidente que es difícil ignorar. Ella nace de una deficiente formación académica del Derecho Civil en general y de una normativa contradictoria. El ejercicio profesional y la actividad jurisprudencial nos han demostrado a lo largo de estos años que se han utilizado incorrectamente muchos conceptos del negocio jurídico por una deficiente técnica legislativa y un desconocimiento de la doctrina general del negocio jurídico.

Señalaremos algunos temas desarrollados por la jurisprudencia judicial y la doctrina nacional donde se aprecian las aplicaciones

indebidas de los conceptos del negocio jurídico. Esta mala praxis produce un diagnóstico pesimista. La educación jurídica del Derecho Civil es mediocre porque se desarrollan argumentos sin ningún fundamento adecuado o a veces sin ninguno. Este presente desarrollo doctrinario es una denuncia de lo que ocurre en nuestro país con el uso de una de las instituciones más importantes del sistema jurídico romano germánico en cuanto a su construcción y a su utilidad.

La primera aplicación indebida es la misma definición de negocio jurídico en el primer párrafo del artículo 140 del CC. Ella transmite la idea equivocada que todo "acto" jurídico solo es una manifestación de voluntad. La denominación errónea es producto de una inexistente tradición jurídica sobre el "acto" jurídico proveniente de Brasil (Código Civil de 1916) y de Argentina (Código Civil de 1869) donde definen al "acto" jurídico como aquél que tiene fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de derechos y deberes. Esta justificación aparente genera un pensamiento equivocado de la aplicación automática de la normativa del Libro II a la normativa del Derecho de Familia. Así tenemos la Casación N° 4307-2007-Loreto de 24 de julio de 2008 donde se concluye que el reconocimiento de un hijo adolece de nulidad por basarse en un objeto imposible (Décimo Considerando). El caso era de un hombre quien alegó que su pareja le aseguró que el menor era su hijo, fruto de la informal relación que tuvieron por un tiempo, a pesar que tuvo pocas relaciones sexuales con ella. Ante esta afirmación, reconoció a ese menor ante la Municipalidad Distrital respectiva, y luego asumió la responsabilidad de su manutención. Luego de escuchar rumores sobre la verdadera paternidad del menor, decidió someterse conjuntamente con el menor a una prueba del ADN en un laboratorio, lo que determinó que no es su hijo. Ante el rechazo de la madre del menor de esa prueba, él se sometió conjuntamente con ella a otra prueba del ADN en otro laboratorio, el que igualmente concluyó que él no es el padre biológico del menor. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de

(⁷⁶) LEÓN, *op. cit.*, pág. 131.

Justicia piensa que estamos en un caso de imposibilidad jurídica del objeto cuando la posibilidad jurídica del objeto se refiere al caso en que *a priori* particulares tipos de contratos no toleran tener determinados objetos⁽⁷⁷⁾. Por ejemplo, no puedo hipotecar una cosa mueble que la ley lo considera como tal. Solo se hipotecan cosas inmuebles (artículo 1097 del CC). Es claro que el reconocimiento de un hijo no comporta un contrato salvo que se piense que existe algo común en ambos y ello determine una aplicación normativa uniforme. Ello es inaceptable desde todo punto de vista. El reconocimiento de un hijo es una declaración de voluntad a diferencia del contrato que no solo contiene dos o más declaraciones de voluntades. El contrato necesita de otros elementos adicionales para definirlo como tal. Adicionalmente, el reconocimiento de un hijo tiene sus propios mecanismos de impugnación diferentes al contrato. El error de identificar ambos actos y ambas normativas se basa en el desconocimiento de otras definiciones del negocio jurídico y de la función del Libro II del CC.

Otro tema es la legitimidad para contratar donde es un concepto ignorado expresamente en el CC pero que sin embargo aparece regulado en muchas normas del CC. A pesar de ello la jurisprudencia judicial la ignora y por el contrario impone inadecuadas soluciones. Un ejemplo lo tenemos en la Casación N° 3780-206-Junín de 24 de setiembre de 2006 donde se confunde anulabilidad con ineficacia en sentido estricto (Décimo Considerando). También se piensa que la ausencia de legitimidad para contratar solo se aplica a la representación como lo demuestra la Casación N° 907-2008-Arequipa de 24 de julio de 2008 cuando afirma erróneamente que el artículo 315 del CC es una hipótesis de falta de representación (Considerando Sétimo). La intervención conjunta de

(77) NAVARRETTA, Emanuela, "Attività giuridica" en BRECCIA, Umberto, BRUSCUGLIA, Luciano, BUSNELLI, Francesco Donato, GIARDINA, Francesca, GIUSTI, Alberto, LOI, Maria Leonarda, NAVARRETTA, Emanuela, PALADINI, Mauro, POLETTI, Dianora y ZANA, Mario, *Diritto privato, Parte Prima*, Utet, Turín, 2003, pág. 270.

ambos cónyuges es un requisito de eficacia independientemente de que exista o no autorización representativa.

En ocasiones el desconocimiento del concepto de legitimidad para contratar se sustituye por el uso de otros conceptos. Un caso curioso fue de un tal Eustaquio quien estuvo trabajando en Japón por un tiempo y le remitió dinero a su esposa, para que ésta comprara una casa y la colocará a nombre de su hijo. Este hecho sucedió conforme se acredita con la minuta de compraventa de 29 de mayo de 2001 celebrada entre una sociedad conyugal con Dennis (hijo de Eustaquio), quien estuvo representado en ese acto por su tío, Catalino, éste último hermano de la cónyuge de Eustaquio, sobre un inmueble en el Distrito de Nuevo Chimbote, provincia de Ancash, por un precio de S/. 6000.00 (Seis Mil Nuevos Soles y 00/100). Luego, Dennis aceptó el referido contrato de compraventa y reconoció el contrato mencionado en todo su contenido mediante escritura pública de 01 de febrero de 2002 cuando adquirió la mayoría de edad. Cuando Eustaquio regresó a Lima, encontró con que la casa que había adquirido para su hijo estaba a nombre de otro hermano (Jaime) de su cónyuge. En efecto, el 13 de marzo de 2003 se celebró un contrato de compraventa entre la sociedad conyugal y Jaime; y este último inscribió en el Registro de Predios. De ahí, Eustaquio inició un proceso judicial de nulidad del contrato de compraventa de 13 de marzo de 2003 por simulación absoluta y de declaración judicial de validez del contrato de compraventa de 29 de mayo de 2001, contra la sociedad conyugal y Jaime. El Juez de Primera Instancia en lo Civil de Nuevo Chimbote emitió la sentencia declarando fundada la pretensión de nulidad del contrato de compraventa de 13 de marzo de 2003 y declarando subsistente el contrato de compraventa de 29 de mayo de 2001. El Juez concluyó que Jaime tenía pleno conocimiento de la compraventa de 29 de mayo de 2001 por ser hermano de la madre del menor, y que vendría a ser cuñado de Eustaquio, y por lo tanto no se puede concebir que Jaime haya actuado de buena fe. Asimismo el Juez declaró que la sociedad conyugal al

haber vendido el bien inmueble en una primera oportunidad se encontraba impedida de venderlo otra vez por haber perdido el derecho de propiedad que les asistía, y por otro lado, respecto a Jaime, se tiene que éste ha actuado con dolo por tener pleno conocimiento de que el bien pertenecía en propiedad a su sobrino. Por eso, el Juez determinó que el contrato de compraventa, fue simulado, por lo que era nulo, de pleno derecho. En este ejemplo se demuestra una vez más el total desconocimiento del abogado del demandante y del juez que el problema se resuelve mediante la aplicación del concepto de la legitimidad de contratar y no por la simulación que en el caso es totalmente impertinente.

El poder irrevocable también ha sido un concepto aceptado como irrevisable por la doctrina nacional. Existe una incongruencia normativa en el Código Civil alemán de 1896 donde se regula la irrevocabilidad relativa del poder y la irrevocabilidad del mandato; y en el Código Civil de Comercio alemán de 1897 donde el poder es siempre revocable. También es incongruente normativamente cuando el Código Civil portugués de 1966 regula la irrevocabilidad del poder y del mandato. Los Códigos Civiles de Italia de 1942 y de Brasil de 2002 son más coherentes porque regulan solo el mandato irrevocable. No existe irrevocabilidad absoluta del poder porque cabe invocar justa causa para revocar el poder y la relación subyacente extinguida hace que cese la irrevocabilidad del poder. La irrevocabilidad del poder es relativa y siempre se protegerá además el interés del representado. La irrevocabilidad relativa del poder solo faculta al representante a ejecutar el poder. La renuncia al derecho de revocar el poder es una contradicción. La renuncia al ejercicio del derecho de revocar siempre es relativa. El representado nunca renuncia a su derecho de revocar el poder y la renuncia al ejercicio del derecho de revocar es relativa porque siempre lo podrá hacer⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁸⁾ Remitimos a otro trabajo el desarrollo de nuestro pensamiento crítico de la irrevocabilidad del poder: MORALES HERVIAS, Rómulo, "La irrevocabilidad del

El artículo 2014 del CC ha sido una norma aplicada erróneamente al no contemplarse otros intereses merecedores de protección. Un ejemplo claro lo tenemos en la Casación N° 4468-2008-Lima de 12 de marzo de 2009 donde se declaró infundado un recurso de casación formulado por la demandante en una demanda de nulidad de la constitución de la hipoteca celebrada entre su cónyuge y una empresa porque el inmueble pertenecía a la sociedad conyugal y, que en su condición de cónyuge no ha intervenido. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el “principio de buena fe registral” protege al tercero que ha adquirido de buena fe, un derecho de quien finalmente carecería de capacidad para otorgarlo, lo que implica lograr la seguridad en el tráfico inmobiliario (Sétimo Considerando) porque el cónyuge figuraba en los registros públicos como único propietario y porque no se acreditó que la empresa conocía la inexactitud de los datos consignados en los registros públicos (Considerando Cuarto). Aquí se demuestra que se privilegia un interés inexistente que es la “seguridad del tráfico inmobiliario” referido a un tercero también inexistente en el caso concreto.

Una aplicación indebida ha sido el uso de la doctrina de los actos propios porque ella promueve la desaparición de los derechos por la simple constatación de una inexistente renuncia tácita de los mismos. El Primer Pleno Casatorio es una prueba evidente de privilegiar una solución indebida mediante una doctrina que no tiene ningún fundamento lógico ni moral⁽⁷⁹⁾ en perjuicio de damnificados cajamarquinos por el daño a su salud ocasionado por el derrame de mercurio.

poder y del mandato vs. La inextinguibilidad del mandato por desistimiento”, en *Actualidad Jurídica*, N° 184, Marzo, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, págs. 76-85.

(79) Sobre la doctrina de los actos propios y su aplicación por el Primer Pleno Casatorio: MORALES HERVIAS, Rómulo, “Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del Primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación”, en *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 116, Mayo, Año 13, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, págs. 43-57.

Sin embargo, un sector de la doctrina nacional ha cuestionado nuestros argumentos sobre la inaplicabilidad y la injusticia de la doctrina de los actos propios indicando que no hay impedimento de emplear los actos propios (entendidos como principios, reglas o doctrinas) en caso de vacío ni como refuerzo de motivación y por ello – dice este sector de la doctrina- la afirmación que su empleo es impracticable e injusto, es gratuita y exagerada⁽⁸⁰⁾. Para defender lo indicado, este sector de la doctrina propone un caso. Se trata de un contrato de suministro de electricidad celebrado entre el generador y el distribuidor donde se establece en una cláusula un determinado proceso de facturación basado en la potencia en horas de punta. En un período de 9 meses, el distribuidor pagó puntualmente al generador y el décimo mes dejó de hacerlo, alegando que la cláusula era ambigua y confusa, decidiendo de manera unilateral aplicar supletoriamente una Resolución de la Comisión de Tarifas de Energía, que indica un procedimiento de facturación para el Mercado Regulado (a diferencia del contrato en cuestión que se celebró en el ámbito del Mercado Libre). Para este sector de la doctrina resulta imperativo aplicar el principio de los actos propios “respecto de las conductas judiciales y extrajudiciales” y cita una parte de un laudo arbitral que decidió sobre este caso descrito y donde señaló que “al quedar acreditado que las partes voluntariamente habían establecido un procedimiento especial para calcular la Demanda Máxima de Potencia, distinto al de la Resolución N° 015-95-P/CTE, modificada por la Resolución N° 022-95-P/CTE, y además que sí era perfectamente determinable dicho cálculo sin recurrir supletoriamente a dichas resoluciones, ahora (el distribuidor) no debe contradecir sus propios actos”⁽⁸¹⁾.

(80) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Acto jurídico negocial, Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, págs. 235.

(81) ESPINOZA ESPINOZA, *op. cit.*, págs. 235-236.

Este caso se asemeja a otro resuelto en Alemania en 1955⁽⁸²⁾. Un abogado estipuló con su cliente determinados honorarios cuyo monto era inferior al establecido legalmente para litigar en un juicio. Cuando el caso judicial se perdió, el abogado reclamó los honorarios legales y no los pactados. El Tribunal alemán decidió declarar la improcedencia del pedido por haber ejercido inadmisiblemente su derecho. Este caso para un sector de la doctrina portuguesa no permite, de ninguna manera, concluir, así sin nada más, la naturaleza inadmisibile del comportamiento contradictorio. Por el contrario, es importante indicar – dice esta doctrina europea- la inexistencia, en la ciencia del Derecho actual y en los ordenamientos jurídicos influenciados por ella, de una prohibición genérica de contradicción⁽⁸³⁾. Concordamos plenamente con la aseveración anterior y la impertinencia del caso propuesto para defender la doctrina de los actos propios. En efecto, si las partes en un contrato pactan una retribución –a pesar que existen tarifas supletorias legales- ellas están obligadas a cumplir lo pactado. Si alguna de ellas se niega a cumplir lo pactado y por el contrario alega tener un derecho sobre una retribución no pactada, un juez o un tribunal arbitral declararán sin lugar a dudas infundada tal pretensión sin necesidad de invocar una doctrina inservible. Otra vez se demuestra con este caso la peligrosidad de esta doctrina de los actos propios en el sentido que su utilización incentivará a no seguir informándose sobre las bondades de la doctrina general del negocio jurídico.

Tema 3.5: Conclusiones

La razón de la mala praxis de los conceptos del negocio jurídico se debe al desconocimiento de la importancia de una doctrina general del negocio jurídico. Es común en nuestro medio jurídico la difundida concepción de la inutilidad del conocimiento de los conceptos porque lo

⁽⁸²⁾ MENEZES CORDEIRO, António, *Da boa fé no direito civil*, 3ª Reimpressão, Edições Almedina, Coimbra, 2007, pág. 749.

más importante es la praxis o la aplicación de las normas jurídicas a la realidad.

Se ignora que los conceptos jurídicos conforman el punto de vista desde el cual la realidad social es observada e interpretada. En esto se asemejan a los conceptos producidos y utilizados por la teoría social. No obstante, dadas sus consecuencias normativas, no pueden ser enteramente equiparados con los conceptos de la teoría social. Aun así, podemos sostener que los conceptos jurídicos formulados y sistematizados en doctrinas generales se constituyen partiendo de una teoría social implícita⁽⁸⁴⁾. El negocio jurídico es el producto de una doctrina general que sistematiza problemas y soluciones de la realidad concreta en normas jurídicas. La utilidad de la doctrina del negocio jurídico dependerá de su efectiva aplicación a la realidad.

El estudio de los derechos civiles de Alemania, de Italia y de Portugal es fundamental para comprender los conceptos del negocio jurídico. De ahí que el conocimiento de los idiomas se convierte en fundamental para la educación jurídica peruana. En este sentido es imputable una responsabilidad moral a los profesores y a los doctrinarios peruanos del Derecho Civil. Si ellos no están capacitados de enseñar adecuadamente los conceptos negociales poco o nada transmitirán a los alumnos. Sería mejor que se dediquen a otra cosa y menos a enseñar porque ello producirá con los años la misma clase profesional mediocre que existe en nuestro país. Hay que ser muy claros para denunciar lo que ocurre actualmente en nuestra educación jurídica. Asimismo, si la mayoría de nuestra doctrina civil sigue soñando y divagando en conceptos confusos y ajenos a la doctrina negocial ocasionará lo que ocurre hoy en la praxis. Es una realidad innegable que los abogados, los jueces y los árbitros solucionan problemas sin ninguna explicación sistemáticamente lógica. Ante un problema real

⁽⁸³⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 749.

⁽⁸⁴⁾ TUORI, Kaarlo, "Introducción", Traducción de David Mena y revisión de Lorenia Trueba en *Positivismo crítico y Derecho moderno*, Primera reimpression de la primera edición, Ediciones Coyoacán, México D.F., 2005, págs. 20-21.

sobre temas de negocio jurídico, están obligados éticamente a conocer la doctrina negocial. El incumplimiento de este deber moral produce soluciones incorrectas e injustas.

Han transcurrido 25 años de vigencia del CC y poco hemos aprendido de la importancia de la regulación de las instituciones civilísticas que solucionan muchos problemas humanos relevantes de nuestro país como las simulaciones, los fraudes, los engaños y tantos otros reales casos que han sido observados, analizados y sistematizados por la doctrina general del negocio jurídico. ¿Tenemos que esperar otros 25 años para decir lo mismo? Esperemos que nuestra realidad cambie con la activa participación de quienes si estamos convencidos que una excelente educación jurídica cambiará la manera cómo se solucionan casos administrando verdaderamente –y no mediocrementemente- justicia.

A continuación presentamos las conclusiones a las que llegamos luego de desarrollar el capítulo 3:

1. El negocio jurídico como categoría lógica es un conjunto de conceptos de aplicación general. El negocio jurídico es un acto que produce, modifica o extingue normas jurídicas (concepción normativa) que constituye un ordenamiento jurídico (concepción institucional), y, asimismo es un acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica). Pero también es un acto programático (concepción programática) y un acto de comunicación social (concepción performativa).
2. El negocio jurídico como categoría legislativa es un conjunto de reglas regulado en una Parte General de un Código Civil.
3. El negocio jurídico como categoría legislativa se aplica a las Partes Especiales de un Código Civil en cuanto sea compatible con su naturaleza jurídica. Quizá el negocio jurídico como categoría

legislativa se ha convertido en categoría historiográfica porque en la praxis sus normas solamente se aplican al contrato y supletoriamente a los actos unilaterales de autonomía privada. La historia jurídica dirá la última palabra.

4. El CC no ha regulado el negocio jurídico como categoría legislativa aunque contenga un libro autónomo. No basta regular un libro particular porque sus reglas deben tener la fuerza de aplicación general a todos los actos jurídicos. En sentido diverso, el CC ha regulado el contrato como categoría legislativa.
5. El Libro II del CC es una Parte General para el derecho de los contratos aplicable a las partes especiales de otros contratos y a las legislaciones especiales que regulan otro tipo de contratos.
6. El Libro II del CC también es aplicable a la normativa de los actos unilaterales *intervivos* de autonomía privada con contenido patrimonial.

Capítulo 4: Inexistencia, invalidez, ineficacia en sentido estricto y remedios contractuales

A continuación presentamos un conjunto de casos para propiciar la reflexión sobre los temas de este capítulo.

- El señor Rossi adquiere del señor Bianchi el "Sol Negro" de 1992, de Fernando de Szyslo, pero al momento de la celebración ya se había destruido en un incendio. ¿El contrato es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- El señor Rossi adquiere del señor Bianchi un departamento en construcción. ¿El contrato es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- El señor Rossi le promete al señor Bianchi como contraprestación una suma de dinero si comete un homicidio contra el enemigo del señor Rossi. ¿El contrato es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- El señor Rossi le promete al señor Bianchi como contraprestación una suma de dinero si renuncia a cometer un homicidio contra el enemigo del señor Bianchi. ¿La promesa unilateral es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- El señor Rossi le promete al señor Bianchi como contraprestación una suma de dinero si le entrega un litro de su sangre. ¿La promesa unilateral es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- El señor Rossi acuerda con el señor Bianchi entregarle una suma de dinero a cambio de un litro de su sangre. ¿El contrato es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- El señor Bianchi declara querer donar a favor del señor Rossi un litro de sangre. ¿La promesa unilateral es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?

- La señora Rossi se obliga a título oneroso a la implantación en su útero del embrión fecundado con los gametos de los cónyuges Bianchi y a ceder a la pareja apenas nazca el niño. ¿El contrato es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- La señora Rossi se obliga a título gratuito a la implantación en su útero del embrión fecundado con los gametos de los cónyuges Bianchi y a ceder a la pareja apenas nazca el niño. ¿El contrato es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- Laura, hija del señor Rossi, se embriagó en una fiesta por una reciente desilusión amorosa y sobre todo porque no estaba acostumbrada a beber mucho licor. En ese estado cometió la imprudencia de regalar su brazalete de oro a Liliana, amiga de la infancia e hija del señor Bianchi, quien a su vez estaba bajo los efectos del éxtasis. Pasados los días, Laura le exigió a Liliana la devolución del brazalete y Liliana le respondió que hace muchos años hubo un acuerdo entre ambas que algún día Laura le regalaría ese brazalete por su amistad. ¿El acuerdo entre Laura y Liliana es existente, inexistente, válido, inválido, eficaz o ineficaz?
- El señor Rossi compró un inmueble a Carla. Dicha compraventa se formalizó notarialmente y se inscribió en los registros públicos. Lo que motivó al señor Rossi a comprarlo fue porque el señor Bianchi, hermano de Carla y amigo del señor Rossi, le entregó una publicidad la cual señalaba que pronto se iba a construir un nuevo centro comercial en los alrededores del inmueble adquirido. Obviamente este hecho incrementaría los valores de los inmuebles de la zona. Conociendo de ello, Carla, por consejo del señor Bianchi, exigió un precio más elevado por la compra del inmueble. El señor Rossi aceptó tal precio. Luego de los dos meses de celebrado el contrato de compraventa entre Carla y el señor Rossi, el señor Rossi donó el inmueble a su sobrina Esther como regalo de bodas. La donación se inscribió en los registros públicos. A los meses siguientes de la boda, el señor Rossi

- descubrió que la publicidad entregada por el señor Bianchi era falsa. Por el contrario, averiguó que en la zona del inmueble había mucha contaminación y mucha delincuencia. El señor Rossi le consulta a su abogado si puede recuperar el dinero que le entregó a Carla por adquirir el inmueble a pesar de la oposición de Esther.
- El señor Rossi es propietario de un inmueble en San Isidro. Dicho inmueble está valorizado en US \$ 250,000. Luigi, hijo del señor Rossi, ha sufrido un accidente automovilístico y es necesario efectuarle una intervención quirúrgica en los Estados Unidos. El señor Rossi necesita US \$ 50,000 para cubrir los gastos del viaje y de la intervención. El señor Rossi no consigue a ninguna persona que le pueda proporcionar en efectivo y de manera inmediata esa cantidad. Desesperado busca al señor Bianchi para venderle el inmueble, el señor Bianchi –conociendo la situación del señor Rossi- le indica que sólo puede pagarle de manera inmediata y en efectivo por el inmueble la suma de US\$ 50,000. El señor Rossi apremiado por su necesidad de dinero en efectivo acepta y suscribe el respectivo contrato de compraventa. ¿El contrato de compraventa es válido, inválido, eficaz o ineficaz?
 - El señor Rossi celebró un contrato de arrendamiento con el señor Bianchi en virtud del cual el segundo cedió el uso de su departamento de la ciudad del Cusco al segundo por los siete días que duraban las festividades del Inti Raymi. La renta acordada por ese plazo fue de US\$ 400.00. Debido a las protestas del Frente de Defensa de Intereses del Cuzco contra las privatizaciones se suspendió la tradicional fiesta. El señor Rossi consideró que se frustró el fin del contrato puesto que su interés era arrendar el departamento para asistir a la Fiesta del Inti Raymi. El señor Bianchi contestó indicando que si bien se había suspendido la fiesta nada impidió al señor Rossi viajar al Cusco ya que la protesta fue pacífica. ¿El contrato de arrendamiento se transformó en un contrato inexistente, inválido o ineficaz?

- Una pareja de ancianos casados, contratan a una agencia de viajes para pasar unas vacaciones en Florencia (Italia). La agencia contrata al hotel administrado por el señor Rossi. Antes de partir el señor Bianchi muere inesperadamente. La esposa del señor Bianchi solicita la resolución del contrato por imposibilidad sobreviniente porque ella no puede disfrutar de sus vacaciones sin su esposo fallecido y consecuentemente pide la restitución por lo que pagó por los días de alojamiento en la ciudad de Florencia. El señor Rossi se opone señalando que él puede ejecutar su prestación. ¿El contrato de hospedaje se transformó en un contrato inexistente, inválido o ineficaz?
- El señor Rossi celebra un contrato de arrendamiento con el señor Bianchi, expresando con claridad en el documento que el uso del inmueble será para establecer un casino de juego. Sin embargo, después de varios meses y antes de que se otorgue administrativamente la autorización del Ministerio de Industria, Integración y Negociaciones Internacionales, se instala dentro de 100 metros del inmueble arrendado un centro de salud, hecho que de acuerdo a ley imposibilita al señor Rossi obtener la autorización administrativa para abrir un casino de juego. ¿El contrato de arrendamiento se transformó en un contrato inexistente, inválido o ineficaz?
- Hidros S.A. es una fábrica que se dedica a la construcción de bombas hidroneumáticas. Hidros S.A. celebra con el señor Rossi un contrato de compraventa en virtud del cual el primero vende al segundo una bomba "Byron Jackson". Hidros S.A. empresa ubicada en la ciudad de Piura, se obliga a entregar la bomba en el domicilio del señor Rossi en la ciudad de Lima. Las partes no han señalado el medio de transporte. Hidros S.A. calcula el costo de producción de la máquina en US\$ 10,000. Decide transportar la bomba por vía terrestre, lo que supone un costo de US\$3,000. Por ello, se ha fijado el precio en US \$ 15,000. Se produce una

inundación que impide el tránsito de vehículo por la única carretera que une las ciudades de Piura y de Lima. Hidros S.A. podría utilizar la vía aérea y ello supondría un incremento en el costo del transporte a US\$ 8,000. En tal sentido, el costo de producción (US \$ 10,000) más el costo del transporte (US \$ 8,000), hace que el costo total para ejecutar el contrato se incremente de US \$ 13,000 a US \$ 18,000 habiéndose fijado un precio de US \$ 15,000. ¿Puede Hidros S.A. solicitar la resolución del contrato?

- ¿Es válida, inválida, eficaz o ineficaz la siguiente cláusula? “El comitente podrá dejar sin efecto el presente contrato antes de su vencimiento, mediante comunicación escrita dirigida al contratista por conducto notarial, y con una anticipación de por lo menos seis meses. En ningún caso el contratista tendrá derecho a reclamar al comitente indemnización alguna, sea por daños y perjuicios incluyendo daño emergente o lucro cesante, o por cualquier otro motivo como consecuencia de la terminación del contrato de obra”.
- El bien inmueble estaba inscrito en los registros públicos a nombre del señor Rossi a pesar que estaba casado. Tal bien fue adquirido durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Luego, el señor Rossi transfirió el derecho de propiedad del bien inmueble al señor Bianchi mediante un contrato de compraventa. El señor Bianchi desconocía que el señor Rossi estaba casado al momento de la celebración de tal contrato. ¿Quién se encuentra protegido? ¿La sociedad de gananciales o el señor Bianchi que desconocía que el vendedor estaba casado?

Tema 4.1: Existencia, relevancia, inexistencia e irrelevancia del acto de autonomía privada.

Ser, valer y ser eficaz son situaciones distintas, con consecuencias específicas e inconfundibles cada una, y así deben ser tratadas⁽¹⁾.

¿Se puede hablar de actos de autonomía privada existentes o inexistentes?

La doctrina ha criticado la denominación de acto inexistente como autocontradictorio por cuanto caracterizar a algún hecho como “no existente” significa que no tiene ninguna propiedad, salvo la de no existir⁽²⁾. Además se ha dicho que los pretendidos casos de inexistencia jurídica son casos de nulidad, aunque con gravísimas injusticias, encuadrados en puros conceptualismos⁽³⁾.

Sin embargo, el Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos desarrollado por juristas europeos (en adelante el Anteproyecto) le ha dado un tratamiento muy particular. El contenido del Anteproyecto es realmente muy valioso desde el punto de vista doctrinario.

El numeral 1 del artículo 137 del Anteproyecto dice que no hay contrato cuando no existe un hecho, un acto, una declaración o una situación que puedan ser reconocidos exteriormente y reconducidos a la noción social de contrato. La doctrina calificaba de negocios jurídicos inexistentes cuando ni siquiera existe el hecho externo de un negocio jurídico, es decir, ni siquiera su apariencia⁽⁴⁾. Así por ejemplo el artículo 1386 del CC establece que se considera inexistente la aceptación si antes de ella o junto con ella llega a conocimiento del oferente la retractación del aceptante. De ahí que si la aceptación es retirada por otra declaración comporta su inexistencia. Si solo hay una oferta sin

(1) MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico, Plano de existencia*, 14ª edição revista, Editora Saraiva, San Pablo, 2007, págs. 104-105.

(2) GUARINONI, Ricardo Víctor, “De lo que no hay. La inexistencia jurídica”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1989, pág. 21.

(3) MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português, I, Parte Geral, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, 3.ª Edição (Aumentada e inteiramente revista), Edições Almedina, Coimbra, 2005, pág. 867. *Id.*, *Da confirmação no direito civil*, Edições Almedina, Coimbra, 2008, pág. 90.

(4) LEHMANN, Heinrich, *Tratado de derecho civil, Parte general, Vol. I*, Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M^a Navas, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1956, pág. 247.

aceptación estamos en una hipótesis de inexistencia del contrato. Así podemos constatar que el negocio jurídico –y en particular el contrato– todavía no existe si no se ha completado su procedimiento de formación⁽⁵⁾.

Un negocio jurídico –y un contrato por antonomasia– es inexistente si no se hallan sus propios elementos de identificación productos del nombre que lo designa⁽⁶⁾.

Pensamos que el contrato tiene cinco elementos. Las partes, el acuerdo, la causa, el objeto y la formalidad obligatoria son los elementos del contrato. Si falta alguno de estos elementos, el contrato será nulo o inexistente según la normativa de cada código civil. En Italia, la ausencia del acuerdo, de la causa, del objeto o de la formalidad obligatoria produce la nulidad del contrato. En el Perú solo la ausencia de la manifestación de la voluntad (numeral 1 del artículo 219 del CC) y de la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad (numeral 6 del artículo 219 del CC) ocasiona la nulidad del acto. En cambio expresamente la ausencia del acuerdo produce la inexistencia (artículo 1359 del CC).

Tampoco hay contrato en otras hipótesis para el Anteproyecto.

Si no existe o carece de capacidad jurídica el destinatario de una oferta o de una declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía privada (inciso a) del numeral 2 del artículo 137 del Anteproyecto).

Si carece de objeto la oferta o la declaración dirigida a producir efectos como acto de autonomía de la voluntad (inciso b) del numeral 2 del artículo 137 del Anteproyecto).

Si la aceptación no se corresponde con la oferta, como consecuencia del carácter equívoco de esta última con independencia

(⁵) BELVEDERE, Andrea, “L´inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica”, en *Diritto Privato*, 1999-2000, V-VII, *L´invalidità degli atti privati*, Cedam, Padua, 2001, pág. 20.

(⁶) BELVEDERE, *op. cit.*, pág. 20.

del rechazo de la oferta y de la aceptación con modificaciones secundarias (inciso c) del numeral 2 del artículo 137 del Anteproyecto).

Si el hecho, o el acto, o la declaración, o la situación, aun existiendo, son incompletos, sin que pueda atribuírseles valor jurídico como tipo contractual diferente y más reducido, ni en espera de la producción sobrevenida de otros elementos que podrían añadirseles (inciso d) del numeral 2 del artículo 137 del Anteproyecto).

Aunque parece un contrasentido que la inexistencia produce efectos jurídicos es necesario aclarar que no son los del contrato inexistente sino de la ley. El Anteproyecto estipula que la inexistencia determina la ausencia total de cualquier efecto en el ámbito contractual, con independencia de las obligaciones de restitución previstas y de la responsabilidad por daños (numeral 1 del artículo 138 del Anteproyecto). El contrato inexistente no es susceptible de ninguna regularización o corrección. Cualquier interesado puede actuar como si no existiera el contrato en cualquier momento, sin que haya plazo de prescripción, pero puede igualmente hacer constatar la inexistencia mediante la emisión de una declaración que contenga las indicaciones necesarias y vaya dirigida a quien deba constarle, y puede también solicitar una declaración judicial de la inexistencia del contrato. Sin embargo, con el fin de que las partes puedan alcanzar un acuerdo extrajudicial, no se admitirá ninguna demanda hasta que no transcurran seis (o tres) meses desde la recepción de la citada declaración (numeral 2 del artículo 138 del Anteproyecto).

Una norma fundamental de inexistencia es cuando una norma establece que una cláusula o una expresión del contrato se tienen por no puestas (artículo 139 del Anteproyecto).

El CC contiene varias normas al estilo del artículo 139 del Anteproyecto. La condición resolutoria ilícita y la condición física o jurídicamente imposible se consideran no puestas (segundo párrafo del artículo 171 del CC). En realidad no es que la condición sea ilícita o imposible sino que la cláusula se tiene por no puesta cuando el fin del

contrato sujeto a una condición resolutoria es ilícito o cuando el objeto es imposible jurídicamente. Asimismo, si el hecho que constituye el cargo es ilícito o imposible, o llega a serlo, el acto jurídico subsiste sin cargo alguno (artículo 189 del CC). Tampoco el cargo es ilícito o imposible jurídicamente sino el fin del contrato con cargo es ilícito o el objeto del contrato con cargo es imposible jurídicamente.

Luego de haber desarrollado las normas del Anteproyecto, no cabe duda que la inexistencia puede servir de mucha utilidad en la praxis. De ahí que consideramos que la inexistencia es la primera forma patológica del contrato. Hay inexistencia de un negocio cuando sea irreconocible como figura examinada o cuando no sea reconocida como aquella hipotetizada⁽⁷⁾.

Adicionalmente la importancia de la categoría de la inexistencia puede apreciarse en tres ventajas. Por un lado ella desarrolla la función de delimitar en negativo el área de la nulidad en el sentido de excluir la aplicación de la relativa regulación a las hipótesis de irreconocibilidad del acto concreto en el hecho jurídico [*fattispecie*] comercial de referencia, es decir, la noción de contrato. De otro lado, ella se revela útil para el intérprete ante las lagunas legislativas en el tema de la invalidez de los actos⁽⁸⁾. Esta segunda ventaja se hace más evidente en nuestro CC cuando solo se regula la ausencia de manifestación de voluntad como una causal de nulidad (numeral 1 del artículo 219 del CC) y de la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad (numeral 6 del artículo 219 del CC) pero no se regula la ausencia de las partes contractuales, del fin o del objeto. Y la tercera ventaja –y quizá la más importante– es que cualquier persona puede invocar en todo tiempo la inexistencia jurídica, independientemente de la declaración judicial⁽⁹⁾.

(7) BELVEDERE, *op. cit.*, pág. 21.

(8) MANTOVANI, Manuela, "Le nullità e il contratto nullo" en *Trattato del contratto*, Vincenzo Roppo, IV, Rimedi-1, A cura di Aurelio Gentili, Giuffrè Editore, Milán, 2006, pág. 23.

(9) GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, Refundido e actualizado, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2002, pág. 357.

La “juridicidad” del contrato inexistente se refiere más bien a las situaciones que se afirman existentes (o inexistentes) cuando son tomadas en cuenta por el ordenamiento jurídico. En particular se puede hablar de “inexistencia jurídica” (en el sentido de inexistencia *solo* “para el derecho”) para subrayar que cierto fenómeno, empíricamente determinado, es invisible a los ojos del legislador, porque el ordenamiento no hay normas que lo prevén. Para tales fines disponemos de una noción más clara y menos equívoca que “existencia jurídica”, vale decir aquella de “relevancia jurídica”⁽¹⁰⁾.

Hablar de “relevancia jurídica” comporta hablar del “interés”. Desde un punto de vista rigurosamente normativo, no cuenta tanto que un fenómeno tenga o no existencia; sino por el contrario, que tal fenómeno exprese (o incida sobre) intereses humanos. Del hecho que tales intereses sean merecedores de protección según un predeterminado orden normativo depende que el mismo sea tomado en consideración y sea importante para el derecho. En la relación entre derecho, eventos y comportamientos del hombre no hay espacio para un problema de existencia o inexistencia; sino de relevancia o irrelevancia: existencia o inexistencia jurídica no son categorías axiológicas y ni siquiera posiciones lógicas o cualidades jurídicas; sino simplemente fórmulas descriptivas de un “ser” o “no ser” en el derecho, que encuentran en otra parte la propia calificación normativa (positiva o negativa) de valor, en la relevancia precisamente o irrelevancia jurídica del fenómeno considerado⁽¹¹⁾.

Indudablemente la relevancia construida para la eficacia aparece más convincente (pero sobre todo más adherente a la real dinámica de la experiencia jurídica) que la relevancia según la cual, por el contrario, agota toda la juridicidad del hecho y que en el caso del negocio se

⁽¹⁰⁾ BELVEDERE, *op. cit.*, págs. 12 y 14.

⁽¹¹⁾ SCALISI, Vincenzo, *Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, Giufrè Editore, Milán, 2005, pág. 626. También: *Id.*, “Invalidez e ineficacia, Modalidades axiológicas de la negociabilidad”, en *Revista Jurídica del Perú*, Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias, Número 86, Abril, 2008, Gaceta Jurídica, Lima, pág. 287.

convierte en sinónimo de “situación compromisoria [*impegnativa*]”. En esta sede, no obstante, se puede prescindir de tomar posición entre las dos opuestas visiones, porque, cualquiera que sea la perspectiva acogida, un dato emerge seguro: la valoración en términos de validez/invalides tiene como presupuesto necesario y obligado la relevancia jurídica del interés evidenciado por el hecho, colocándose como resultado de una ulterior y distinta fase del proceso de calificación normativa del interés en su camino hacia la plena realización⁽¹²⁾.

La irrelevancia ha sido interpretada al igual que la inexistencia como la nada. Se ha dicho que la irrelevancia es la negación lógica de la relevancia porque el hecho no es adecuado al tipo legal y no entra en su ámbito. El hecho, negado para el derecho, no es un hecho jurídico negativo, sino un hecho no jurídico, o, mejor, un *no-hecho*, si hecho para el derecho, equivale el hecho jurídico. La fórmula “hecho irrelevante” constata la imposibilidad de un juicio jurídico. Ella no designa un hecho jurídico negativo sino la *ausencia de un hecho jurídico*⁽¹³⁾. Por el contrario, consideramos que se puede hablar perfectamente de un hecho jurídico irrelevante desde el plano de la inexistencia jurídica.

Con las precisiones indicadas, el contrato será existente si ha sido previsto normativamente e inexistente si no se formó conforme a la normativa. La ausencia de los elementos del contrato o su formación incompleta son las causales de inexistencia. También se puede utilizar indistintamente las expresiones “relevancia” o “irrelevancia” jurídicas dependiendo si el contrato es relevante o no para la normativa prevista hipotéticamente.

Tema 4.2: Validez, invalidez, eficacia e ineficacia del contrato

-
- (¹²) SCALISI, *Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, *op. cit.*, págs. 626-627. *Id.*, “Invalides e ineficacia, Modalidades axiológicas de la negociabilidad”, *op. cit.*, pág. 287.
- (¹³) IRTI, Natalino, “Rilevanza giuridica, en: *Jus, Rivista di Scienze Giuridiche*, Pubblicata a cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Fascicolo I-Fascicolo II, Gennaio-Giugno, Anno XVIII, Milán, 1967, pág. 103.

El artículo 140⁽¹⁴⁾ del CC establece las normas de producción que son reglas del ordenamiento jurídico, es decir, que prevén y norman un particular modo de incluir reglas de derecho, al acto de autonomía privada⁽¹⁵⁾. Cuando un acto de autonomía privada presenta todos los requisitos, que la ley prevé como necesarios, por que tal tipo de acto puede valer como fuente de auto-normatividad, nosotros decimos que aquél acto es válido: o, que es en sí idóneo para producir sus específicos efectos jurídicos⁽¹⁶⁾. El acto debe corresponder al modelo establecido por la norma legal.

Entonces, la validez indica la regularidad del contrato. El contrato válido es el contrato que responde a las prescripciones legales. Por el contrario la eficacia del contrato se refiere a la producción de sus efectos. De esta diversidad de nociones se concluye que la validez no implica necesariamente la eficacia del negocio⁽¹⁷⁾. El concepto de validez no se contrapone al de eficacia. La eficacia supone validez del contrato, pero no solamente validez, sino, además, idoneidad de producir consecuencias jurídicas.

La eficacia del contrato es la productividad de los efectos jurídicos (mutaciones jurídicas o cambios de situaciones jurídicas subjetivas). La eficacia indica la productividad de las consecuencias jurídicas. El contrato es eficaz cuando produce sus efectos jurídicos. En general el efecto jurídico es una mutación jurídica, es decir el cambio de una situación de derecho⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Artículo 140 del CC.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

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

⁽¹⁵⁾ ZATTI, Paolo, "I fatti e gli atti giuridici", en ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio, *Lineamenti di diritto privato*, 10.ª ed, Cedam, Padua, 2005, pág. 120.

⁽¹⁶⁾ ZATTI, *op. cit.*, pág. 120.

⁽¹⁷⁾ BIANCA, Massimo, *Diritto Civile, Il contratto*, 3, Nuova ristampa con aggiornamento, Giuffrè Editore, Milán, 1998, págs. 496-497.

⁽¹⁸⁾ BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, 3, *op. cit.*, pág. 494.

Desde una perspectiva estática, el acto de autonomía privada es fuente de situaciones jurídicas subjetivas o fuente de modificación, regulación o extinción de una situación jurídica subjetiva.

Desde una perspectiva dinámica, el acto de autonomía privada se sitúa ante la situación jurídica subjetiva modificada, regulada o creada, y se verifica de qué modo el acto de autonomía privada —que ha sido su fuente— continúa siendo eficaz, idóneo, para que, a través de dicha situación, alcance los fines prácticos que llevaron a las partes a celebrar el acto de autonomía privada.

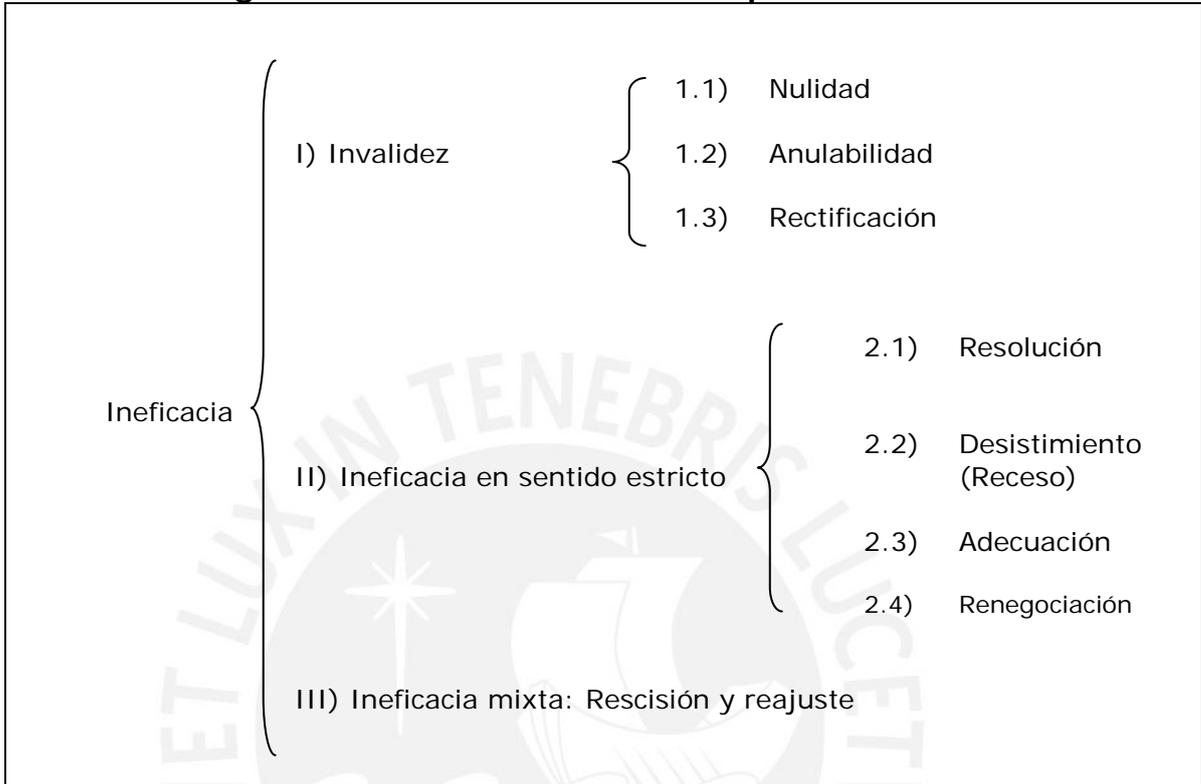
Por lo tanto, el acto de autonomía privada será plenamente eficaz no solo cuando configura idóneamente una situación jurídica subjetiva, sino, además, cuando la situación jurídica subjetiva, idóneamente constituida, realiza plenamente las finalidades de las partes.

Entonces, la normalidad es que un acto de autonomía privada produzca efectos jurídicos pero sucede en muchos casos que no logra en ningún caso producir efectos jurídicos o ya no produce efectos jurídicos retroactivamente o porque los efectos jurídicos que se han producido inicialmente llegan a desaparecer por un evento posterior a la celebración de los mismos o por incumplimiento de algún requisito legal. En estas hipótesis estamos dentro de lo que se denomina en doctrina “ineficacia” del acto de autonomía privada. Consecuentemente, la categoría genérica que describe todos los supuestos en los cuales los actos de autonomía privada no son eficaces, por no haber producido efectos jurídicos, o deja de producir retroactivamente los efectos jurídicos o por desaparecer posteriormente los efectos jurídicos producidos inicialmente, recibe el nombre genérico de ineficacia.

El acto de autonomía privada nulo y el acto de autonomía privada viciado son patologías del acto de autonomía privada en su constitución. Fisiológicamente, el acto de autonomía privada válido es eficaz, aunque también un acto de autonomía privada válido puede convertirse en ineficaz. Aquí ya no estaremos hablando de la invalidez sino de la

ineficacia en sentido estricto. En realidad, la ineficacia en sentido amplio incluye la invalidez y la ineficacia en sentido estricto.

Ineficacia en general del acto de autonomía privada



La doctrina de la invalidez y de la ineficacia en sentido estricto tuvo una gran influencia en los sistemas jurídicos como el peruano. En la invalidez se incluyen hipótesis en que la ausencia de efectos es consecuencia de una deficiencia intrínseca del acto y la ineficacia en sentido estricto se incluyen las hipótesis en que los efectos dejan de producir son consecuencia de algo extrínseco⁽¹⁹⁾. Invalidez e ineficacia en sentido estricto no pueden colocarse en un mismo plano porque la segunda no se aplica si subsiste la primera; las reglas propias de una no pueden aplicarse a la otra⁽²⁰⁾. Es necesario no confundir la invalidez con la ineficacia en sentido estricto aunque existen hipótesis que se ubican en ambas situaciones. La invalidez y la ineficacia en sentido estricto son

⁽¹⁹⁾ MIRABELLI, Giuseppe, *Delle Obligazioni dei contratti in generale (artt. 1321-1469)*, en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, tomo secondo (titolo II), terza edizione interamente riveduta e aggiornata, Utet, Turín, 1980, pág. 477.

cualidades del acto de autonomía privada que se ubican en niveles diferentes.

La invalidez expresa un juicio negativo de valor, de disconformidad entre el acto de autonomía privada, como valor, y el orden jurídico, también como valor. Invalidez es disvalor del acto de autonomía privada. De la invalidez resulta normalmente la ineficacia, siempre que la incompatibilidad valorativa entre el acto de autonomía privada y el orden jurídico sea tal que el orden jurídico rechace que el acto de autonomía privada produzca sus efectos jurídicos propios. El modo de incompatibilidad valorativa determina también la modalidad de ineficacia. Pero la ineficacia en sentido estricto tiene otras causas diferentes de la invalidez. Por ejemplo, la ausencia de legitimidad de contratar, la falta de realización de la condición o la ausencia de la inscripción. La ineficacia en sentido estricto se refiere a casos en que el acto de autonomía privada es privado de eficacia jurídica por otras causas que no son de invalidez, esto es, por causas no valorativas⁽²¹⁾. No obstante la diferencia entre invalidez e ineficacia en sentido estricto hay hipótesis que cuestionan esta aparente separación. Por ejemplo, la rescisión es un caso donde se otorga este remedio cuando un contrato tiene características de invalidez y de ineficacia en sentido estricto. Más adelante describiremos este remedio en el CC.

El derecho positivo no conoce una categoría del acto o del contrato válido, la cual es por eso mismo una creación doctrinal. La noción de invalidez nace y se desarrolla en dependencia directa con la afirmación y el desarrollo de la teoría del negocio jurídico⁽²²⁾. En efecto, la categoría de la invalidez nace en estricta conexión con la teoría del

⁽²⁰⁾ MIRABELLI, *op. cit.*, pág. 480.

⁽²¹⁾ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005, págs. 590-591

⁽²²⁾ MAZZONI, Cossimo, "Invalidità" (Diritto privato). En *Enciclopedia giuridica*. Vol. XVII. Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989, pág. 1.

negocio jurídico, como calificación reservada al hecho jurídico concreto [*fattispecie*] que se presenta como negocio⁽²³⁾.

Un contrato es válido cuando existe correspondencia estructural entre el hecho jurídico concreto [*fattispecie*] subordinado al juicio y a la previsión normativa que fija las características del contrato⁽²⁴⁾. En cambio, la ausencia de correlación entre el hecho y la previsión normativa dará lugar a la invalidez⁽²⁵⁾. Por ejemplo, el contrato es nulo si su fin es ilícito. La licitud es una cualidad que toda finalidad del contrato debe tener. El ordenamiento jurídico califica de nulos a aquellos contratos que contengan fines ilícitos.

“Contrato” significa “acuerdo idóneo para producir el efecto correspondiente”; “contrato nulo” es un sintagma que añade, a la mención del contrato, la mención inidoneidad para producir el efecto. “Contrato nulo” es, visiblemente, una “contradicción” por que el jurista “llama con un solo nombre el contrato válido y el contrato nulo”⁽²⁶⁾.

La invalidez comprende cualquier defecto originario de los actos de autonomía privada que implica a veces la inidoneidad para producir efectos, otras veces la precaria estabilidad de los mismos⁽²⁷⁾.

En efecto, la invalidez es aquella que se presenta al momento mismo de la celebración del acto de autonomía privada, es decir, se trata de un acto afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración o formación.

La invalidez afecta al acto de autonomía privada que se presenta originariamente una o más anomalías respecto al modelo legal, que provocan una valoración negativa por parte del ordenamiento⁽²⁸⁾.

⁽²³⁾ ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milán, 2001, pág. 734.

⁽²⁴⁾ SACCO, Rodolfo, “Il contratto invalido”, en SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, *Il contratto en Trattato di Diritto Civile*, Dirigido por Rodolfo Sacco, Tomo Secondo, Terza edizione, Utet, Turín, 2004, pág. 494.

⁽²⁵⁾ SACCO, “Il contratto invalido”, *op. cit.*, págs. 523-524.

⁽²⁶⁾ SACCO, “Il contratto invalido”, *op. cit.*, p. 498. Comparte este criterio: FILANTI, Giancarlo, “Nullità” (Diritto civile), *Enciclopedia giuridica*. Vol. XXI, Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990, pág. 3: “En conclusión, la uniformidad del significado del «negocio nulo» responde a una equivocada exigencia de racionalización del lenguaje del legislador”.

En el Título IX del Libro II del Código Civil peruano (en adelante CC) regula la invalidez en sus dos figuras: la nulidad y la anulabilidad.

La invalidez más grave –la nulidad- hace que el acto originariamente sea ineficaz; la invalidez menos grave –la anulabilidad- afecta la regla contractual, pero no le impide generar provisionalmente efectos, aunque sean precarios e inestables, los cuales están destinados a dejar de producirlos retroactivamente con el eventual pronunciamiento judicial o arbitral de la anulabilidad del contrato.

Las dos figuras (y su normativa) difieren, además, por el fundamento de la invalidez y, por eso, por el tipo de exigencias protegidas. La nulidad defiende intereses generales, intereses de terceros o intereses indisponibles. De reflejo, la legitimidad para obrar es absoluta en la nulidad: cualquiera que tenga interés puede hacerla valer y también es estimable o valorable de oficio por el juez, mientras la legitimidad de obrar es relativa en la anulabilidad porque puede ser formulada por una sola parte en cuyo interés ha sido concedida por la ley⁽²⁹⁾.

De esta manera, la normativa de los contratos nulos y viciados se basa en determinar que la nulidad es un «vicio más grave» y que la anulabilidad es un “vicio menos grave⁽³⁰⁾”. La nulidad implica la improductividad automática y general de los efectos. Por el contrario del acto anulable se suele decir que produce precariamente sus efectos típicos, pero puede ser reducido en nulidad por un hecho sucesivo (que normalmente será el pronunciamiento judicial precedida de la demanda del legitimado)⁽³¹⁾. La violación del interés colectivo se presentará como un desorden inaudito, un vicio gravísimo, mientras la lesión del interés

(27) PERLINGIERI, P. y FAVALE, R. “Patologia nella fase genetica dei contratti”, en *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche italiane, Nápoles, 1997, pág. 408.

(28) NAVARRETTA, Emanuela, “Attività giuridica” en BRECCIA, Umberto, BRUSCUGLIA, Luciano, BUSNELLI, Francesco Donato, GIARDINA, Francesca, GIUSTI, Alberto, LOI, Maria Leonarda, NAVARRETTA, Emanuela, PALADINI, Mauro, POLETTI, Dianora y ZANA, Mario, *Diritto privato, Parte Prima*, Utet, Turín, 2003, pág. 328.

(29) NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 328.

(30) SACCO, “Il contratto invalido”, *op. cit.*, pág. 495.

individual figurará como un vicio más leve, una imperfección⁽³²⁾. El vicio gravísimo implicará, además de la estimación de oficio, la no convalidabilidad y la imprescriptibilidad del remedio (esta característica es inaplicable en el CC). Y será merecedor de una respuesta apropiada, o sea la respuesta más gravosa entre aquellas que figuran en el repertorio de los instrumentos legales: la nulidad absoluta. El vicio leve implicará la sanción ligera: la provisionalidad y la removibilidad de los efectos jurídicos del acto⁽³³⁾.

Entonces las diferencias entre nulidad y anulabilidad se sintetizan en cuatro elementos (prescriptibilidad, relatividad, sanabilidad, apreciabilidad de oficio) que aparecen recíprocamente ligados uno del otro, si existen los cuatro juntos, o faltan todos los cuatro⁽³⁴⁾.

Los artículos 219⁽³⁵⁾ y 221⁽³⁶⁾ del CC regulan la invalidez del contrato. Legislativamente, el contrato es nulo por falta de declaración de voluntad, por incapacidad natural absoluta, por incapacidad de obrar absoluta, cuando el objeto es física o jurídicamente imposible o indeterminable, cuando el fin es ilícito, por simulación absoluta, por

⁽³¹⁾ SACCO, "Il contratto invalido", *op. cit.*, pág. 522.

⁽³²⁾ SACCO, "Il contratto invalido", *op. cit.*, pág. 523.

⁽³³⁾ SACCO, "Il contratto invalido", *op. cit.*, págs. 523-524.

⁽³⁴⁾ SACCO, "Il contratto invalido", *op. cit.*, pág. 528. Conforme a esta posición: TRIMARCHI, Pietro, *Istituzioni di diritto privato*, 15.^a ed., Giuffré Editore, Milán, 2003, págs. 231-238.

⁽³⁵⁾ Artículo 219 del CC.- El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

⁽³⁶⁾ Artículo 221 del CC.- El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad y por una causal de nulidad expresa. El contrato es viciado por incapacidad natural relativa, por incapacidad de obrar relativa, por error, por dolo, por violencia moral o intimidación y por causal de anulabilidad expresa. Como se puede observar, el CC coloca desordenadamente causales que se refieren a la nulidad y a la anulabilidad sin precisar los criterios diferenciadores.

La verdad es que las normas sobre la invalidez negocial, regulan no un hecho (jurídico) sino la producción de una norma y excluyen la existencia de una norma jurídica (no de un hecho jurídico, esta última operación totalmente inútil)⁽³⁷⁾.

En verdad, este nuevo concepto de invalidez tiene relación con el poder que tienen los particulares de crear reglas para ellos mismos a través del acto de autonomía privada. Si el privado no fuera dotado de autoridad normativa, ni siquiera podría ser destinatario de las normas que regulan la producción, así el legislador estaría impedido a priori de la tarea de incidir sobre este aspecto y guiar de tal modo la actividad de los privados. Sólo admitiendo una fuerza causal del privado sobre el negocio al legislador puede precisamente “regular la fase de producción” y perseguir mediatamente específicas finalidades. La fuerza causal del privado sobre la regla negocial, no constituye por ello un postulado dogmático, ni una exigencia ideológica, sino un principio de racionalidad y de oportunidad, porque solo sobre tal presupuesto el ordenamiento puede interferir sobre la actividad de producción de normas privadas⁽³⁸⁾.

Entonces, el acto de autonomía privada es nulo o anulable por una patología en el reglamento de intereses en la formación del acto mismo.

[Es incomprensible calificar al contrato disimulado como anulable. El derecho del tercero no es un requisito de validez].

⁽³⁷⁾ UGAS, Anna Paola, *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*. Vol. 60. Serie I (Giuridica), Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Giappichelli Editore, Turín, 2002, pág. 297.

⁽³⁸⁾ UGAS, *op. cit.*, pág. 258.

Sobre el poder de los particulares de crear reglas se ha dicho que la autonomía comienza cuando el ordenamiento pone a disposición del particular uno o más procedimientos, en mayor o menor medida expeditos y fáciles de actuar, con cuya adopción el particular logra crear la regla jurídica⁽³⁹⁾. Este planteamiento ha sido replicado indicando que la autonomía de los particulares comienza mucho más allá (y mucho antes) de la verificación, en los hechos, de esta compatibilidad⁽⁴⁰⁾.

En resumen, mediante la identificación del negocio como norma se explica perfectamente cómo el negocio puede definirse productivo de los efectos a diferencia de los actos y de los hechos: éstos últimos en efecto no son normas pero solamente hipótesis de hecho [*fattispecie*]. La construcción del negocio como norma tiene también el mérito de dar cuenta de la relevancia del negocio para la configuración de los efectos: la presencia del diseño programático está perfectamente en armonía con su naturaleza normativa: tanto que, en manera independiente de la consideración del rol desarrollado por el negocio en la producción de los efectos, ella lleva de por sí solamente a hipotetizar la naturaleza normativa del negocio. En efecto, no hay duda que la presencia de un programa de efectos (para producirse) sea atribuible más fácilmente a la noción de norma que a la del hecho⁽⁴¹⁾.

Es claro que la validez implica el modo de los privados de crear ellos mismos sus normas, y la invalidez el modo en que el ordenamiento jurídico valora y califica las normas creadas por los particulares.

Que el sujeto tenga atribuido el poder y que lo ejercite de acuerdo con las reglas de forma y procedimiento son, básicamente, cuestiones de hecho (y su prueba) y de subsunción. Respecto de la coherencia con

⁽³⁹⁾ SACCO, Rodolfo, *Il fatto, l'atto, Il negozio*, con la colaboración de Paola Cisiano en *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Turín, Utet Giuridica, 2005, pág. 106.

⁽⁴⁰⁾ FERRI, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, 5.^a ed. Maggioli Editore, Rimini, 1995, pág. 85. *Id.* *El negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002, pág. 157. *Id.* *Il negozio giuridico*, Seconda Edizione, Cedam, Padua, 2004, pág. 70.

normas superiores, se trata, sustancialmente, de valoración, de comparación entre contenidos normativos para establecer su compatibilidad o incompatibilidad.

Entonces, las causas de invalidez son funcionales al momento reglamentario o programático del obrar autónomo de los privados con el fin de permitir el control bajo el particular perfil de su idoneidad para determinar el cambio práctico y jurídico tomado en cuenta. Como tales, las causas de invalidez son perfectamente correspondientes a los elementos o los requisitos normativamente requeridos con el fin de garantizar que reglamento y programa estén en grado de tomar en cuenta la completa realización del interés ya apreciado como relevante. Para la valoración en términos de validez-invalidez hay pues ligada una infaltable finalidad o función de protección⁽⁴²⁾. La nulidad no es la negación lógica de la validez, es un hecho diverso de la validez, cuya verificación produce efectos jurídicos total o parcialmente diversos de aquellos del hecho del acto válido⁽⁴³⁾.

Por el contrario, la ineficacia en sentido estricto comporta la validez de los actos de autonomía privada pero por hechos sucesivos a la celebración del contrato o por la ausencia de otros requisitos establecidos legalmente, el acto de autonomía privada se convierte en ineficaz sucesivamente con o sin retroactividad.

La ineficacia que coexiste con la validez es aquella precisamente cuyo origen proviene de causas patológicas, que –sin privar de validez el reglamento o programa- ataca únicamente el efecto, así que el orden de los intereses en materia, también habiendo obtenido la garantía jurídica de la propia conservación (validez), no obstante no logra conseguir incluso la garantía jurídica de la propia realización: aquella

(41) GAETANO SCOCA, Franco, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, N° 18, Università di Perugia, Perugia, 1979, págs. 156-157.

(42) SCALISI, *Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, *op. cit.*, pág. 629. *Id.*, "Invalidez e ineficacia, Modalidades axiológicas de la negociabilidad", *op. cit.*, pág. 288.

tutela realizativa, esto es, la que consiste la esencia propia de la eficacia jurídica, y permanece por ende inactuado⁽⁴⁴⁾. La ineficacia en sentido estricto es la inactuación de un reglamento o programa de interés relevante y válido.

La ineficacia en sentido estricto es la mutación [*vicenda*] negativa perfectamente simétrica a la eficacia, ella es la falta de atribución por obra del derecho de las correspondientes señales de valor (en términos de posibilidad o necesidad de obrar) a los modelos de comportamiento preelegidos por las partes para la realización del orden de intereses tomados en cuenta. Así el reglamento o programa, bien relevante y reconocido válido, queda ausente de efectos, porque el ordenamiento jurídico no considera que los comportamientos o las conductas, establecidas por las partes para la realización del orden de intereses, puedan formar objeto de una calificación de valor en la forma de la modalidad deóntica del poder de obrar o en aquella del deber de obrar y como tales para ser elevados a conductas o comportamientos jurídicamente posibles o necesarios⁽⁴⁵⁾.

Entonces, puede definirse como ineficacia la condición propia de un efecto que habría podido ser y no ha sido porque de los dos componentes del cual este consta (el valor y la acción humana) por decisión del ordenamiento jurídico ha llegado a faltar (en el sentido de falta de atribución de) el componente de valor para asociar a la acción. Bajo el perfil de las “causas” ella puede depender a veces de carencias intrínsecas del efecto (indeterminación del sujeto o del objeto del efecto: un efecto no imputable a un sujeto ni referible a un objeto es simplemente imposible). Más a menudo son razones extrínsecas, y más propiamente razones de sistema, que impiden al efecto producirse o

(43) CAPONI, Remo, “L’azione di nullità”, en *Rivista di diritto civile, Supplemento annuale di Studi e ricerche*, Cedam, Padua, 2008, pág. 93.

(44) SCALISI, *Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, *op. cit.*, págs. 639-640. *Id.*, “Invalidéz e ineficacia, Modalidades axiológicas de la negociabilidad”, *op. cit.*, pág. 294.

desplegarse plenamente. El efecto no se determina en función de una singular norma; sino de todo el sistema. Este no es un átomo que vive aislado y disperso; sino es parte de un conjunto orgánico y unitario, el sistema normativo precisamente, y como tal se coordina e integra con los valores de todo el sistema. En cuanto tal, el efecto jurídico está destinado a sufrir la interferencia de los otros intereses y valores del sistema en concurrencia o en conflicto, los cuales –reconocidos preeminentes y en la medida en que lo sean- puedan determinar un fraccionamiento en el tiempo de su operatividad, o bien una reducción de su eficiencia típica y normal, o bien todavía un impedimento propio y verdadero a su producción, o hasta una propia eliminación entre el tiempo ya producido. Son precisamente, estas las causas llamadas extrínsecas de ineficacia, extrínsecas naturalmente respecto al efecto, pero internas respecto al sistema, al cual corresponden otros tantos tipos y especies de ineficacia⁽⁴⁶⁾.

Así, la ineficacia es la improductividad de los efectos del contrato. La ineficacia puede ser provisional por una situación de incertidumbre que puede convertirse en una situación de plena eficacia del acto de autonomía privada. El caso típico es un contrato celebrado bajo una cláusula de condición suspensiva. El contrato es válido pero es ineficaz provisionalmente hasta que se produzca el hecho futuro e incierto previsto por las partes. Otro ejemplo es el contrato válido pero ineficaz provisionalmente hasta su ratificación. Si un copropietario arrienda un bien sin la participación de los otros copropietarios, el contrato es válido pero ineficaz para la copropiedad porque el copropietario que arrendó unilateralmente carece de legitimidad para contratar. El contrato será válido y eficaz parcialmente entre el arrendador-copropietario y el arrendatario pero ineficaz parcialmente para los otros copropietarios. El

(⁴⁵) SCALISI, *Categoríe e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, op. cit., págs. 640-641. Id., "Invalidez e ineficacia, Modalidades axiológicas de la negociabilidad", op. cit., pág. 295.

(⁴⁶) SCALISI, *Categoríe e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, op. cit., págs. 641-642. Id., "Invalidez e ineficacia, Modalidades axiológicas de la negociabilidad", op. cit., pág. 295.

contrato se convertirá en eficaz totalmente cuando los otros copropietarios lo ratifiquen⁽⁴⁷⁾. En cambio, la ineficacia definitiva indica una situación definitiva en el sentido de la improductividad permanente de los efectos. Si la condición prevista por las partes no se realiza en la realidad, el contrato inicialmente ineficaz se transformará en un contrato permanente y definitivamente ineficaz.

Consecuentemente, un acto de autonomía privada puede ser ineficaz porque carece de virtualidad para configurar idóneamente una determinada situación jurídica subjetiva o porque, aun cuando ha configurado esa situación idóneamente, ella deja de constituir una regulación de los intereses prácticos que determinaron a las partes a celebrar el acto de autonomía privada. La existencia de estas dos perspectivas supone aceptar que hay hipótesis según las cuales la ineficacia es inherente al acto de autonomía privada en razón de defectos o vicios constitutivos y otras hipótesis según las cuales la ineficacia es sucesiva en razón de que las estipulaciones del acto de autonomía privada, intrínsecamente idóneas, dejan de constituir, para los sujetos, una regulación de intereses idónea para su realización.

Un acto de autonomía privada válido es ineficaz cuando no produce sus efectos por factores extrínsecos o por el incumplimiento de un requisito legal. No es ineficaz el efecto jurídico o la relación jurídica. Lo que es ineficaz es el reglamento de intereses o el programa práctico de reglas y modalidades de acciones. El acto vinculante de privada reglamentación de intereses o de privada programación de acciones no produce efectos jurídicos por hechos jurídicos externos al reglamento o al programa o por incumplimiento de un requisito legal. Estos hechos

⁽⁴⁷⁾ En el artículo 1669 del CC, se regula imperfectamente el requisito de la eficacia de la legitimidad para contratar como si fuera un requisito de validez y se hace mención al consentimiento en lugar del asentimiento. En todo caso, los otros copropietarios pueden celebrar un negocio jurídico de ratificación del contrato en que ellos no participaron. En ese caso, debemos entender que el contrato será eficaz cuando se produzca la ratificación de los otros copropietarios.
[Artículo 1669 del CC.- El copropietario de un bien indiviso no puede arrendarlo sin consentimiento de los demás partícipes. Sin embargo, si lo hace, el

jurídicos o los requisitos legales constituyen obstáculos que se oponen a la producción de efectos jurídicos.

La ineficacia es originaria⁽⁴⁸⁾ si el contrato válidamente constituido nace sin producir efectos jurídicos. Así, un contrato con una condición suspensiva que nunca se produce. La ineficacia es sobreviniente⁽⁴⁹⁾ si los efectos inicialmente producidos desaparecen por un hecho jurídico nuevo o por el incumplimiento de un requisito legal. De ahí que un contrato con condición resolutoria deja de producir efectos jurídicos por la realización del hecho condicionante.

La ineficacia es absoluta cuando actúa automáticamente, *erga omnes*, pudiendo ser invocada por cualquier interesado. Un caso de ineficacia absoluta es el contrato sujeto a condición suspensiva y ulteriormente el hecho condicionante no se produce. El contrato nunca produce efectos ni para las partes ni para los terceros. El contrato es ineficaz absolutamente.

La ineficacia será relativa si se verifica apenas en relación a ciertas personas (inoponibilidad), solamente ellas pueden invocarlas. El acto de autonomía privada es relativamente ineficaz producto de aquella posición legítima del tercero acerca del contenido del acto de autonomía privada. El acto de autonomía privada solamente es ineficaz en cabeza del tercero, pero no en cabeza de otras personas.

Por ejemplo, en los negocios jurídicos con eficacia relativa hay una vinculación entre las partes con plena producción de efectos jurídicos pero no son oponibles a los terceros cuando los negocios jurídicos no se inscriben⁽⁵⁰⁾. La falta de inscripción es un ejemplo de ineficacia relativa o de inoponibilidad para los terceros que eventual y posteriormente

arrendamiento es válido si los demás copropietarios lo ratifican expresa o tácitamente].

⁽⁴⁸⁾ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pág. 379.

⁽⁴⁹⁾ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pág. 379.

⁽⁵⁰⁾ HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Edições Almedina, Coimbra, 2005, pág. 501.

inscriban sus derechos. De ahí que el efecto jurídico de la inscripción⁽⁵¹⁾ es, como regla general, la oponibilidad de los actos inscritos a los terceros que tengan derecho sobre el mismo bien en base a un acto no inscrito en fecha posterior. Esta oponibilidad también se denomina como eficacia relativa (y la inoponibilidad como ineficacia relativa). Esta eficacia relativa comporta al mismo tiempo: a) ser eficaz entre las partes pero ineficaz en relación a determinados terceros; b) ser eficaz en relación de los terceros que no han inscrito sucesivamente, e ineficaz en relación de quien, por el contrario, ha inscrito anteriormente.

Por lo tanto, las invalideces y las ineficacia en sentido estricto se ejercitan mediante los remedios que son derechos instrumentales, que se otorgan por la violación de un derecho base y tutelan el interés correspondiente contra sus lesiones⁽⁵²⁾.

Tema 4.3: Nulidad

El acto de autonomía privada tiene una estructura compuesta de elementos y requisitos. Los elementos son aquellos que forman en su totalidad el acto de autonomía privada. Ninguno debe faltar. Basta que uno esté ausente para que el acto se considere inexistente o nulo según la normativa del CC. Los requisitos son las cualidades que la ley exige a los elementos. Es decir, los elementos tienen que tener ciertas características para que el acto sea válido y consecuentemente eficaz.

⁽⁵¹⁾ ZATTI, Paolo, "Pubblicità e prova dei fatti giuridici" en ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio, *op. cit.*, pág. 984. HÖRSTER, *op. cit.*, pág. 504.

⁽⁵²⁾ BIANCA, Massimo, *Diritto civile, La proprietà*, 6, Giuffrè Editore, Milán, 1999, pág. 10.

Estructura del acto de autonomía privada

Elementos	Requisitos
1) Parte (negocio jurídico unilateral) o partes (negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales)	1.1) Capacidad natural 1.2) Capacidad de obrar absoluta o capacidad de obrar relativa 1.3) Determinadas o determinables 1.4) Legitimidad para contratar
2) Declaración de voluntad (negocios jurídicos unilaterales) o acuerdo (negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales)	La formación de la declaración de voluntad o del acuerdo se efectúa sin vicios (error, dolo o violencia moral o intimidación).
3) Formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad	No tiene requisito
4) Objeto	4.1) Posibilidad física 4.2) Posibilidad jurídica 4.3) Determinado o determinable 4.4) Patrimonilidad (negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales)
5) Causa (fin)	5.1) Lícita 5.2) Seriedad 5.3) Realizabilidad al momento de la celebración del acto de autonomía privada (plano genético) 5.4) Realizabilidad durante la ejecución del acto de autonomía privada (plano funcional)

Los artículos 140 y 219 del CC no han regulado expresamente todos los elementos y requisitos que debe contener un acto de autonomía privada. La ausencia de los elementos normalmente implica la inexistencia o la nulidad. Ello dependerá de la normativa de cada código civil.

El CC no ha regulado expresamente la consecuencia jurídica cuando hay ausencia de las partes, del objeto y de la causa. Solo ha regulado la consecuencia jurídica de la nulidad por ausencia de la declaración de voluntad (numeral 1 del artículo 219 del CC) y de la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad (numeral 6 del artículo 219 del CC).

El CC regula claramente la inexistencia del contrato cuando no hay acuerdo (artículo 1359 del CC).

Entonces, tenemos tres hipótesis no reguladas taxativamente por el CC: la ausencia de las partes, del objeto y de la causa. Como quiera que la nulidad debe ser indicada expresamente en la ley (numeral 7 del artículo 219 del CC), consideramos que la ausencia de las partes, del objeto y de la causa deriva que el acto de autonomía privada debe ser considerado inexistente mediante una aplicación analógica del efecto jurídico del artículo 1359 del CC.

También existen requisitos no regulados expresamente en los artículos 140 y 219 del CC. Ellos son la capacidad natural, la determinación de las partes, la legitimidad para contratar, la seriedad, la realizabilidad de la causa en el plano genético y la realizabilidad de la causa en el plano funcional. No obstante la falta de regulación taxativa, existen otras normas jurídicas que se refieren a estos requisitos.

La capacidad natural puede ser absoluta o relativa. De ahí que el acto de autonomía privada es nulo cuando la parte celebra con incapacidad natural absoluta o es anulable cuando la parte celebra con incapacidad natural relativa.

Si las partes no son determinadas o son determinables se aplicarán las consecuencias jurídicas de nulidad (por la falsificación de firma), la anulabilidad (error en la persona) o la ineficacia (cuando la parte es determinable).

La falta de seriedad de la causa es una hipótesis de inexistencia de la causa. Por ejemplo la declaración hecha en broma es una declaración con causa sin seriedad.

También la ausencia de la causa es una hipótesis de irrealizabilidad de la causa en el plano genético. Su efecto jurídico es la inexistencia. Por ejemplo, se celebra un contrato de arrendamiento cuyo fin es usar el bien como bodega cuando existe una zonificación donde en ese lugar solo cabe usar bienes para parques y jardines.

La desaparición de la causa por hechos exteriores o por hechos propios de las partes es una hipótesis de irrealizabilidad de la causa en el plano funcional. Su efecto jurídico es la ineficacia.

Las causales taxativas de nulidad del acto jurídico, dentro del Código Civil peruano, están contempladas en su artículo 219 del CC. El acto de autonomía privada es nulo cuando falta la declaración de voluntad de una de las partes, por incapacidad natural absoluta, por incapacidad absoluta de obrar, por imposibilidad física del objeto, por imposibilidad jurídica del objeto, por indeterminación del objeto, por ilicitud del fin, por simulación absoluta, por incumplimiento de la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad y por una nulidad expresa de la ley.

4.3.1. Las causas de nulidad y las razones del instituto

El artículo 219 del CC establece diferentes causales de nulidad que se pueden clasificar según los intereses protegidos:

Un primer grupo de hipótesis se refiere a las disfunciones de la regla contractual que afectan intereses indisponibles de las partes y, específicamente, la exigencia de cualquier parte contratante de quedar vinculado mediante un contrato⁽⁵³⁾:

- Acto de autonomía privada insensato o caprichoso como el contrato con violencia física o mediante la falsificación de la escritura privada (numeral 1 del artículo 219 del CC) o el contrato bajo condición suspensiva meramente potestativa (artículo 172 del CC). Teóricamente un contrato con ausencia de seriedad contiene una causa no seria. Esta hipótesis no está regulada expresamente en el CC como causal de nulidad. Dicho contrato será inexistente de conformidad con la aplicación analógica del artículo 1359 del CC salvo el artículo 172 del CC.
- Acto de autonomía privada irrealizable o imposible al momento de la celebración como por ejemplo el contrato cuya causa es irrealizable en el plano genético, el contrato con objeto materialmente inexistente o imposible o indeterminable (numeral 3 del artículo 219 del CC) o el

contrato con condición suspensiva imposible (primer párrafo del artículo 171 del CC). Tampoco se ha regulado expresamente como causal de nulidad la ausencia de la causa cuando ella es irrealizable al momento de la celebración del contrato. Mediante la aplicación analógica del artículo 1359 del CC, tal contrato es inexistente.

- Acto de autonomía privada irregular es el contrato sin la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad (numeral 6 del artículo 219 del CC).

Un segundo grupo hipótesis defiende intereses generales o de terceros e incluyen los contratos con fines ilícitos⁽⁵⁴⁾. El contrato con fin ilícito es aquel contrato que viola normas de orden público, normas de buenas costumbres o normas imperativas.

El contrato nulo será aquel contrato que no produce normas y consecuentemente no produce consecuencias jurídicas conforme a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico por falta de declaración de voluntad, por incapacidad natural absoluta, por incapacidad de obrar absoluta, cuando el objeto es física o jurídicamente imposible o indeterminable, cuando el fin es ilícito, por simulación absoluta, por ausencia de formalidad prescrita bajo sanción de nulidad y por una nulidad expresa según el CC. Las causales de nulidad son las siguientes:

a) La ausencia de la declaración de voluntad de la parte (numeral 1 del artículo 219 del CC).

Uno de los elementos del acto de autonomía privada es la declaración de voluntad que es la unión de tres voluntades⁽⁵⁵⁾: voluntad de acción, voluntad de declaración y voluntad del reglamento de intereses. La voluntad de acción es la voluntad dirigida por la propia acción mediante la cual se manifiesta la voluntad. El autor de la declaración quiere y conoce lo que hace. La voluntad de declaración existe cuando el declarante tiene conciencia de que su comportamiento o su manifestación significan una declaración. El autor de la declaración

⁽⁵³⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 329.

⁽⁵⁴⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 330.

sabe que su comportamiento tiene relevancia jurídica. La voluntad de declaración es la conciencia de crear una vinculación jurídica. La voluntad del reglamento de intereses comporta que la voluntad está dirigida a la celebración de un acto de autonomía privada concreto mediante la reglamentación de los intereses. No habrá declaración de voluntad si falta alguna de las tres voluntades.

También la incapacidad natural es una causal aplicable al numeral 1 del artículo 219 del CC. La capacidad natural es la cualidad de la parte de actuar con discernimiento. El discernimiento es la característica de actuar queriendo o deseando el acto, y de actuar conociendo el acto. La incapacidad natural es actuar sin discernimiento. La ausencia de querer y de comprender comporta la ausencia de la declaración de voluntad. El numeral 2 del artículo 43 del CC establece que son incapaces absolutos de obrar los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. En realidad el numeral 2 del artículo 43 del CC no regula la incapacidad absoluta de obrar sino la incapacidad natural absoluta. Asimismo, los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable son incapaces de obrar absolutos (numeral 3 del artículo 43 del CC). En realidad, el numeral 3 del artículo 43 del CC regula la incapacidad natural absoluta en lugar de la incapacidad de obrar absoluta. No debemos olvidar que la capacidad natural absoluta es un presupuesto de la capacidad de obrar. Si no hay capacidad natural obviamente no podrá tener capacidad de obrar pero no al revés. No existe una hipótesis de un capaz de obrar con incapacidad natural.

Asimismo, la violencia física es aplicable al numeral 1 del artículo 219 del CC. Cuando se usa la fuerza física para la celebración del acto de autonomía privada, están ausentes la voluntad de acción, la voluntad de declaración y la voluntad del reglamento de intereses.

b) Incapacidad absoluta de obrar (numeral 2 del artículo 219 del CC).

⁽⁵⁵⁾ HÖRSTER, *op. cit.*, págs. 436-437.

El incapaz de obrar absoluto es aquel que la ley le impide celebrar totalmente actos de autonomía privada. La parte es un elemento de la estructura del acto de autonomía privada. Un requisito de la parte es la capacidad de obrar. Cuando una parte no puede celebrar absolutamente actos de autonomía privada por razones estrictamente legales, los actos son nulos. Los menores de 16 años salvo los casos determinados por la ley (numeral 1 del artículo 43 del CC) están impedidos absolutamente de celebrar actos de autonomía privada. También los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (numeral 2 del artículo 43 del CC) y los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable (numeral 3 del artículo 43 del CC) están impedidos de celebrar actos de autonomía privada pero por la razón de que previamente son incapaces naturales.

Hay una excepción referida a los incapaces de obrar con discernimiento o con capacidad natural. Ellos podrán celebrar contratos vinculados con las necesidades ordinarias de su vida diaria (artículo 1358 del CC).

c) Objeto físicamente o jurídicamente imposible o indeterminable (numeral 3 del artículo 219 del CC).

Al definir el interés habíamos dicho que es la necesidad de un bien. El objeto es el bien⁽⁵⁶⁾ entendido como la utilidad programada en el acto de autonomía privada. El objeto del acto de autonomía privada puede estar conformado por una cosa, una prestación programática, un valor y una atribución jurídico-patrimonial. No debemos olvidar que el objeto es el medio o el instrumento que hará posible satisfacer la necesidad programada por el acto de autonomía privada.

Ahora bien, en la compraventa el objeto se conforma de dos aspectos. La cosa y el precio son dos elementos que sin ellos no hay

(⁵⁶) Sugerimos las siguientes lecturas para el mejor entendimiento del objeto: FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, 1995, págs. 164-208. *Id. El negocio jurídico*, 2002, págs. 268-318. *Id. Il negozio giuridico*, 2004, págs. 140-178. También: MORALES HERVIAS, Rómulo, *Estudios sobre teoría general del contrato*, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006, págs. 382-387.

contrato de compraventa (artículo 1529 del CC). La cosa es un bien material o cosa corporal. El precio es el valor de la cosa. La cosa se expresará a través de la prestación programática de entregar la cosa. El precio se manifestará mediante la prestación programática de dar el dinero. En el contrato de obra el objeto se conforma de dos aspectos. La obra y la retribución son dos elementos que forman el contrato de obra (artículo 1771 del CC). La obra se manifestará por la prestación programática de hacer la obra y la retribución se expresará por la prestación programática de pagar la retribución. El objeto en el contrato de cesión de posición contractual es la atribución jurídico patrimonial conformada por la posición contractual que ocupa una parte en un contrato (artículo 1435 del CC).

El objeto del acto de autonomía privada y la prestación no coinciden exactamente⁽⁵⁷⁾ porque no siempre del acto de autonomía privada nace una relación obligatoria, porque el acto de autonomía privada es un acto de reglamentación y de programación que considera la prestación no en su propia dimensión dinámica, sino en la prospectiva estática del acto, que hace preferir la expresión utilidad programada.

Luego de establecer que el objeto del acto de autonomía privada consiste en el bien o la utilidad programada, debemos determinar el significado de los requisitos del objeto dentro del CC en el sentido que el objeto debe reunir determinados requisitos para que el acto de autonomía privada sea válido.

El requisito de la posibilidad es una exigencia de originaria racionalidad del negocio que sirve para proteger a todas las partes contratantes. El requisito de la determinación (o determinabilidad) de objeto es un requisito para proteger el interés de las partes⁽⁵⁸⁾.

La posibilidad del objeto se refiere a una realidad física y jurídica. Por eso se habla de posibilidad física y de posibilidad jurídica.

⁽⁵⁷⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 266.

⁽⁵⁸⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 267.

En particular sobre la posibilidad física, se trata de averiguar si el objeto del acto de autonomía privada se refiere a la obtención de un bien que pueda materialmente existir o que exista sucesivamente o una utilidad derivada de un comportamiento programático en concreto realizable⁽⁵⁹⁾. El ejemplo de que el señor Rossi adquiere del señor Bianchi el "Sol Negro" de 1992, de Fernando de Szyslo, que al momento de la adquisición se había destruido en un incendio, es una hipótesis de un contrato inválido por imposibilidad física del objeto (numeral 3 del artículo 219 del CC). Pero si el señor Rossi adquiere del señor Bianchi un departamento en construcción. El contrato será válido pero ineficaz transitoriamente (artículos 1410 y 1534 del CC) a pesar que es una hipótesis de imposibilidad originaria del objeto. La ley le ha otorgado una consecuencia jurídica de ineficacia en sentido estricto en lugar de la invalidez. Este caso demuestra que ambas categorías de ineficacias no tienen límites claros y separables. Un hecho jurídico concreto puede ser inválido e ineficaz en sentido estricto.

La posibilidad jurídica del objeto se refiere al caso en que *a priori* particulares tipos de actos de autonomía privada no toleran tener determinados objetos⁽⁶⁰⁾. Por ejemplo, no puedo hipotecar una cosa mueble que la ley lo considera como tal. Solo se hipotecan cosas inmuebles (artículo 1097 del CC). Se ha dicho acertadamente que el discurso sobre la posibilidad es esencialmente extraño al tema del objeto del contrato, debiendo sobre todo aplicarse al de la causa y por ello al nivel funcional del acto de autonomía privada⁽⁶¹⁾. Aplicar la imposibilidad jurídica al objeto comporta una duplicidad de los niveles normativos propios del régimen jurídico de la causa del contrato⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 268-269.

⁽⁶⁰⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 270.

⁽⁶¹⁾ GITTI, Gregorio, "Problemi dell'oggetto" en *Trattato del contratto*, Vincenzo Roppo, II, *Regolamento*, Bajo la dirección de Giuseppe Vettori, Giuffrè Editore, Milán, 2006, pág. 77.

⁽⁶²⁾ GABRIELLI, Enrico, *L'oggetto del contratto*, Giuffrè editore, Milán, 2001, pág. 61.

Más adelante nos referiremos a la posibilidad jurídica y la causa del acto de autonomía privada.

Asimismo el acto de autonomía privada es válido si el objeto es determinado en el acto o si se configura criterios para su determinabilidad. La determinación se refiere a la identificación del objeto. Estos pueden estar previstos en el mismo acto o en la ley. Los criterios de fuente convencional o legal pueden confiar en la determinación del objeto a elementos objetivos o a actos externos al acto, a la valoración realizada por un tercero o a la determinación judicial. Si el objeto resulta determinable mediante un criterio de fuente legal o un criterio de fuente convencional, prevalece la fuente convencional⁽⁶³⁾.

El CC exige para la validez del acto de autonomía privada que el objeto cumpla con los requisitos de la posibilidad y de la determinación o determinabilidad (numeral 2 del artículo 140 en concordancia con el numeral 3 del artículo 219 del CC).

El otro requisito del objeto es la patrimonialidad pero referido solo a los contratos. El artículo 1351 del CC hace referencia a este requisito según el cual el objeto del contrato debe tener un valor económico o pecuniario independientemente si el interés del contrato es patrimonial o extrapatrimonial. Su ausencia será la inexistencia del contrato o la nulidad si es considerado como un aspecto de la imposibilidad jurídica del objeto del contrato.

Un sector de la doctrina ha diferenciado entre patrimonialidad del objeto y contenido patrimonial de la obligación. La patrimonialidad del objeto de la obligación está representado por la "negociabilidad del bien o la utilidad", que se persigue obtener por la vía de la cooperación expresada a través del despliegue de energías de trabajo. De ahí que el objeto de la obligación sea susceptible de intercambio económico y siempre que dicho objeto se consiga por medio de una prestación, entendida como despliegue de energías de trabajo. A diferencia de la

patrimonialidad del objeto que se refiere a una “asignación de valor” a la obligación, que le da su contenido patrimonial. Así, el contenido patrimonial de la obligación esta constituida por la valoración objetiva insita a los bienes, por estar catalogados como susceptibles de intercambio económico, que no es sino su valor de mercado; o, el mayor o menor valor que las partes le hayan asignado, en atención a sus intereses patrimoniales o extrapatrimoniales⁽⁶⁴⁾. Otro sector de la doctrina diferencia entre el carácter patrimonial de la obligación, el cual debe observarse en el ámbito de la prestación, y la valorabilidad del prestación depende del ambiente jurídico-social en el que nace la obligación. La magnitud del valor de la prestación depende de la apreciación subjetiva de las partes en cada relación obligatoria concreta⁽⁶⁵⁾.

d) Fin ilícito (numeral 4 del artículo 219 del CC).

Asimismo al definir el interés expresamos que es la necesidad de un bien. El fin es la necesidad. La necesidad del acto de autonomía privada es la función económico individual⁽⁶⁶⁾ o la finalidad concreta programada⁽⁶⁷⁾ o la función concreta del acto en el sentido que el mecanismo programado por las partes debe subsistir no solo “sobre el texto y el contexto”, pero también debe ser *desde el inicio* idóneo para funcionar y, por lo tanto, *a priori* no irrealizable. En definitiva, la causa sirve para garantizar que el conjunto de intereses programados por las partes no sea radical y originariamente inidóneo a cualquier funcionamiento, que permite una tutela mínima y fundamental de los

⁽⁶³⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 270.

⁽⁶⁴⁾ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto” en *Themis, Revista de Derecho*, Segunda Época, N° 27-28, Lima, 1994, pág. 55.

⁽⁶⁵⁾ FORNO, Hugo, “Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación” en *Advocatus, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima*, N° 10, Julio, Lima, 2004, pág. 184.

⁽⁶⁶⁾ Sugerimos las siguientes lecturas para el mejor entendimiento de la causa: FERRI, *Il negozio giuridico tra libertà e norma*, 1995, págs. 122-143 y 208-212. *Id. El negocio jurídico*, 2002, págs. 209-236 y 318-324. *Id. Il negozio giuridico*, 2004, págs. 106-125 y 178-182.

⁽⁶⁷⁾ MORALES HERVIAS, Rómulo, *Estudios sobre teoría general del contrato, op. cit.*, págs. 267-304.

contratantes; al mismo tiempo, mediante la verificación sobre la licitud de la causa, se asegura que la función del contrato no se coloque concretamente en contra de las normas imperativas, del orden público y de la buena costumbre⁽⁶⁸⁾.

Pues bien, el fin del acto de autonomía privada no debe ser contrario a las normas de orden público, a las normas de buenas costumbres o a las normas imperativas.

Ahora bien, la licitud del fin debe ser entendida según lo normado en el artículo V del Título Preliminar del CC. Entonces, el numeral 8 del artículo 219 del CC es redundante porque el numeral 4 del artículo 219 del CC regula la misma hipótesis. Lo ideal hubiese sido que esta última norma dijera que el fin es ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres. De esta manera, serían innecesarios el numeral 8 del artículo 219 y el artículo V del Título Preliminar del CC. Ahora bien, tal como están las cosas actualmente, es inevitable que tanto el numeral 4 del artículo 219 como el numeral 8 del artículo 219 y el artículo V del Título Preliminar del CC, se refieren a lo mismo. Es decir, las tres normas se refieren a un mismo hecho jurídico hipotético el cual es que el fin es ilícito cuando es contrario al orden público o a las buenas costumbres⁽⁶⁹⁾.

Del mismo modo, el artículo 1354 del CC establece que el contrato no debe ser contrario a norma legal de carácter imperativo. Como quiera que el fin ilícito no incluye expresamente la violación de una norma imperativa al amparo del numeral 4 del artículo 219, del numeral 8 del artículo 219 y del artículo V del Título Preliminar del CC; es menester preguntarse en qué supuesto un contrato viola una norma imperativa⁽⁷⁰⁾. Consideramos que la imposibilidad jurídica del objeto

⁽⁶⁸⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 274-275.

⁽⁶⁹⁾ MORALES HERVIAS, Rómulo, "Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del *Civil Law*", en *Advocatus*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 17, Lima, 2008, pág. 151.

⁽⁷⁰⁾ MORALES HERVIAS, Rómulo, "Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del *Civil Law*", *op. cit.*, pág. 151.

regula tal hipótesis según el texto expreso de la norma. Aunque en realidad, el objeto no es imposible, sino que el fin es imposible jurídicamente. Por eso, es lógico sostener que cuando la norma se refiere al objeto imposible jurídicamente, en realidad la mención es al fin imposible jurídicamente. Para que no quede dudas de esta interpretación, el artículo 171 del CC regula la condición ilícita y la condición jurídicamente imposible. Es claro que no es la condición la ilícita o no es la condición la imposible jurídicamente, sino que el fin es ilícito o el fin es imposible jurídicamente. En todas las hipótesis de ilicitud del fin y de imposibilidad jurídica del fin, el efecto jurídico es la nulidad del contrato en el CC⁽⁷¹⁾.

Entonces, consideramos que cabe aplicar el efecto jurídico de la nulidad cuando el fin del contrato viola normas imperativas aplicando analógicamente el numeral 4 del artículo 219 al artículo 1354 del CC.

De otro lado, el primer párrafo del artículo 1403 del CC regula la ilicitud del objeto sin indicar el efecto jurídico. Si se añade que el numeral 3 del 219 del CC solo hace mención a los requisitos de la posibilidad física o jurídica; y de la determinación o determinabilidad, es necesario evaluar qué implica la ilicitud del objeto. Considerando que el objeto es el medio o el instrumento para satisfacer la necesidad, es claro que el medio no puede ser lícito o ilícito. Tampoco se puede decir que el efecto jurídico es lícito o ilícito. Lo adecuado es aplicar la ilicitud a la necesidad o al fin que las partes buscan realizar. Entonces, la ilicitud del objeto debe ser absorbida por la ilicitud del fin. En otras palabras, el fin ilícito es el hecho jurídico hipotético y el objeto ilícito hace referencia a ese mismo hecho. El efecto jurídico hipotético será la nulidad⁽⁷²⁾.

De todo lo expuesto sobre la causa del acto de autonomía privada, el CC debe ser correctamente interpretado, en forma doctrinaria, en el sentido de que para la validez del acto de autonomía

(71) MORALES HERVIAS, Rómulo, "Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del *Civil Law*", *op. cit.*, pág. 151.

(72) MORALES HERVIAS, Rómulo, "Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del *Civil Law*", *op. cit.*, pág. 151.

privada se requiere de su fin sea lícito, es decir, que el fin no viole normas de orden público, normas de buenas costumbres y normas imperativas.

Los casos de actos de autonomía privada para matar, renunciar a matar, vender sangre, donar sangre y ceder el útero para la fecundación, se analizan claramente con el concepto de causa que hemos propuesto.

En conclusión, la causal de nulidad por fin ilícito, contemplada en el numeral 4 del artículo 219 del CC, deberá entenderse como de aquel acto de autonomía privada cuya causa sea ilícita, por contravenir las normas imperativas; o las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Se trata, pues, de una causal de nulidad por ausencia del requisito de la licitud, aplicable al fin, que constituye uno de los elementos del acto de autonomía privada, según el CC.

e) Simulación absoluta (numeral 5 del artículo 219 del CC).

La simulación consiste en un acuerdo entre las partes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros. El CC ha considerado que la simulación absoluta es un acto de autonomía privada sin declaración de voluntad (artículo 190) y por lo tanto es siempre nulo por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes. De ahí que congruentemente se establece que la nulidad se aplicará al acto de autonomía privada bajo la apariencia de una simulación absoluta (numeral 5 del artículo 219 del CC).

Estimamos que era innecesario regular el numeral 5 del artículo 219 del CC por cuanto la ausencia de la declaración de voluntad ya está normada en el numeral 1 del artículo 219 del CC.

f) Ausencia de formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad (numeral 6 del artículo 219 del CC).

La causal de nulidad contemplada en el numeral 6 del artículo 219 del CC está referida a las hipótesis cuando los actos de autonomía privada incumplan con las formalidades obligatorias establecidas por la ley o por convención.

Las formalidades legales obligatorias bajo sanción de nulidad se aplican al poder (artículo 156 del CC), al contrato de separación de patrimonios (segundo párrafo del artículo 295 del CC), a la renuncia de la herencia (artículo 675 del CC), al contrato de anticresis (artículo 1092 del CC), al contrato de cesión del derecho de crédito (primer párrafo del artículo 1207 del CC), al contrato de transacción (artículo 1304 del CC), a los contratos preparatorios (artículo 1425 del CC), al contrato de suministro a título gratuito (segundo párrafo del artículo 1605 del CC), a los contratos de donaciones (artículos 1624 y 1625 del CC), al contrato de mutuo entre cónyuges (artículo 1650 del CC), al sub-contrato de comodato (artículo 1734 del CC), al sub-contrato de depósito (artículo 1817 del CC), al contrato de secuestro (artículo 1858 del CC), al contrato de fianza (artículo 1871 del CC) y al contrato de renta vitalicia (artículo 1925 del CC).

La formalidad convencional obligatoria bajo sanción de nulidad se aplica cuando las propias partes han convenido previamente que el contrato debe cumplir una formalidad obligatoria. Si el contrato se celebra sin la formalidad obligatoria convencionalmente estipulada con anterioridad, aquel contrato es nulo (artículo 1411 del CC)

Así, la ausencia de la formalidad obligatoria bajo sanción de nulidad hace que el acto de autonomía privada sea considerado nulo y por lo tanto no producirá ningún efecto jurídico programado.

g) Nulidad expresa (numeral 7 del artículo 219 del CC).

El acto de autonomía privada es nulo cuando la ley lo declare nulo. Alguna doctrina sostiene que hay dos tipos de nulidad. Las nulidades expresas y nulidades tácitas o virtuales. En ese sentido, el numeral 7 del artículo 219 del CC regularía la hipótesis de la nulidad expresa. Esta clasificación es falsa. En realidad las nulidades siempre son las expresamente previstas en un texto legal. No existen las nulidades tácitas o virtuales. Lo tácito o virtual se aplica a la declaración de voluntad y no a las causales de nulidad.

Toda la normativa que indique el efecto de la nulidad se debe referir necesariamente a las causales de nulidad previstas en el artículo 219 del CC. Entonces, el numeral 7 del artículo 219 del CC es una norma jurídica redundante porque siempre será necesario que toda norma legal -que incluya la consecuencia jurídica de la nulidad- se fundamente en la ausencia de algún elemento o requisito del acto de autonomía privada.

h) Nulidad según el artículo V del Título Preliminar (numeral 8 del artículo 219 del CC).

Esta norma jurídica también es redundante. No cabe hablar que existen actos de autonomía privada nulos por fines ilícitos y actos de autonomía privada nulos por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres. En realidad aquellos dos actos no son dos actos diferentes sino en realidad es un solo acto.

Para concluir, diremos que en la nulidad el ordenamiento jurídico reafirma la supremacía de las normas que limitan la autonomía privada y, por ello, se puede diversamente sostener que la nulidad constituye la solución de un conflicto entre normas de fuente publicística (como la ley) y normas de fuente privada (como el contrato), del mismo modo como acaece en el conflicto de normas de fuente publicística (leyes constitucionales y leyes ordinarias, normas de leyes y normas reglamentarias) cuando la norma de grado inferior sea ilegítima por contrariedad a la norma de grado superior⁽⁷³⁾.

Entonces debemos considerar el contrato nulo no ya como hecho jurídico concreto [*fattispecie*] incompleto o anómalo, sino como un modo de ser del contrato que se conecta a la imposibilidad jurídica de producir efectos, ello significa vincular el efecto de impedir la eficacia del contrato únicamente por la violación de una norma limitativa de la autonomía privada⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷³⁾ MAJELLO, Ugo, "La patologia discreta del contratto annullabile" en *Rivista di Diritto civile*, fascicolo 4, Padua, 2003, pág. 337.

4.3.2. Normativa y características de la nulidad

La gravedad de la anomalía de la regla justifica la originaria ineficacia (1) del acto de autonomía privada nulo, que a su vez condiciona la naturaleza meramente declarativa de la sentencia o del laudo (2). La declaración de fundabilidad de la demanda se limita a constatar que la invalidez radical del contrato ha impedido la producción de cualquier efecto jurídico⁽⁷⁵⁾. Tales características explican la imprescriptibilidad de la excepción de nulidad (3) cuando se rechaza la ejecución de una prestación en razón de la nulidad. Pero el derecho de solicitar la nulidad solo podrá ser ejercido en el plazo de 10 años (numeral 1 del artículo 2001 del CC). Luego de transcurrido el plazo, el acto de autonomía privada seguirá siendo nulo. De aquí se puede concluir que la excepción de nulidad se puede ejercer siempre a pesar del transcurso del plazo de los 10 años.

La tipología de los intereses protegidos por el remedio de la nulidad explica que la nulidad solo podrá ser hecha valer por todo aquel que sea titular de un interés: legitimidad de obrar absoluta (4) y puede ser valorada de oficio por el juez o el tribunal arbitral (5)⁽⁷⁶⁾.

La naturaleza indisponible de los intereses protegidos comporta la insanabilidad del vicio (6), en el sentido que las partes no pueden convalidar o confirmar el acto de autonomía privada con una declaración expresa de voluntad o con la voluntaria ejecución del acto de autonomía privada nulo. Por otro lado, la naturaleza indisponible de los intereses protegidos comporta la irrenunciabilidad (7) ya sea de la acción o de la excepción⁽⁷⁷⁾.

4.3.3. La ejecución material del acto de autonomía privada nulo y sus consecuencias jurídicas

⁽⁷⁴⁾ MAJELLO, *op. cit.*, pág. 338.
⁽⁷⁵⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 331.
⁽⁷⁶⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 331.
⁽⁷⁷⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 331.

Así como la nulidad puede ser solicitada en un plazo de 10 años y puede ser invocada siempre mediante la excepción, y así como el acto de autonomía privada nulo es radicalmente ineficaz, no se puede excluir que las partes ejecuten materialmente tal acto y que tal circunstancia produzca consecuencias jurídicas⁽⁷⁸⁾.

Hay varias hipótesis donde el acto de autonomía privada nulo produce efectos jurídicos cuando se ejecutan actos materiales.

Un caso es cuando la prestación ejecutada se refiere a un bien fungible. La prestación de restitución no puede ser pedida si transcurrió el plazo de prescripción de la acción del pago indebido⁽⁷⁹⁾.

La ejecución del acto de autonomía privada puede determinar la pérdida de la titularidad del derecho sobre el bien cuando sobre el presupuesto de la entrega del bien se verifican circunstancias ulteriores idóneas que determinan una adquisición a título originario a favor del poseedor o una adquisición *a non domino* (una adquisición no derivativa) a favor del subadquirente poseedor⁽⁸⁰⁾.

Otro caso es la exclusión de la repetición del pago indebido en el caso de la ejecución de un acto de autonomía privada nulo por causa contraria a la buena costumbre (artículo 1275 del CC).

4.3.4. La nulidad parcial

La nulidad no siempre se aplica a todo el contrato sino a veces se aplica a una específica cláusula o al vínculo de una de las partes de un contrato plurilateral⁽⁸¹⁾.

En los contratos con más de dos partes, en los cuales las prestaciones de cada una están dirigidas a la obtención de un fin común, la nulidad que afecta el vínculo de una sola de las partes no

⁽⁷⁸⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 331.

⁽⁷⁹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 331.

⁽⁸⁰⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 331.

⁽⁸¹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 334.

implica la nulidad del contrato, salvo que la participación de aquella deba considerarse esencial (artículo 223 del CC).

La nulidad parcial de un contrato, o la nulidad de cláusulas específicas, implica la nulidad de todo el contrato, si resulta que los contratantes no lo habrían celebrado sin aquella parte de su contenido que es afectada por la nulidad (primer párrafo del artículo 224 del CC).

Tampoco las cláusulas específicas nulas no comporta la nulidad del contrato cuando las cláusulas nulas son sustituidas de derecho por normas imperativas (segundo párrafo del artículo 224 del CC).

Tema 4.4: Anulabilidad

Las causales de anulabilidad del acto de autonomía privada se refieren a la incapacidad natural relativa, a la incapacidad de obrar relativa del sujeto, a los vicios de la declaración de voluntad, bien se trate del error, dolo, violencia moral o intimidación.

La patología consistente en la anulabilidad tiene como función tutelar la libertad de decisión de quien efectúa el acto de autonomía, y el ordenamiento se hace cargo de tutelar a la persona en el ejercicio responsable de su autonomía. En otros términos, el instituto de la anulabilidad, en razón del complejo sistema normativo que la regula, sirve para salvaguardar fundamentalmente el libre ejercicio de la autonomía privada, a diferencia del instituto de la nulidad que sirve para hacer respetar los límites impuestos por la ley a la autonomía privada⁽⁸²⁾.

4.4.1. Las causas de anulabilidad y las razones del instituto

Las causas generales de anulabilidad conciernen principalmente a circunstancias que ponen en duda que el contrato refleje una correcta valoración de la conveniencia del negocio por parte de cualquier

contratante. Ellas consisten en efecto principalmente en la incapacidad (legal o natural) y en los llamados vicios de la voluntad⁽⁸³⁾.

La anulabilidad es consecuencia de un defecto de la capacidad de actuar o de otra alteración del proceso formativo del contrato o de otras causas dirigidas a proteger el interés de una parte de naturaleza disponible⁽⁸⁴⁾.

El contrato viciado o anulable es aquel contrato carente de las condiciones de libertad y de conocimiento a fin de lograr consolidar la prohibición del abuso de una situación de disminución de la voluntad⁽⁸⁵⁾ en los casos de incapacidad natural relativa, de incapacidad de obrar relativa, de error, de dolo, de violencia moral o intimidación y de otra causal establecida taxativamente por la ley según el CC.

La incapacidad natural relativa comporta una disminución de la voluntad y no su ausencia. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar libremente su libertad (numeral 3 del artículo 43 del CC), los ebrios habituales (numeral 6 del artículo 43 del CC) o los toxicómanos (numeral 7 del artículo 43 del CC) son incapaces naturales relativos. Estas hipótesis más que supuestos de incapacidad de obrar relativa son hipótesis de incapacidad natural relativa. La voluntad está afectada en esos casos.

En cambio son incapaces de obrar relativos los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad (numeral 1 del artículo 43 del CC), los pródigos (numeral 4 del artículo 43 del CC), los que incurren en mala gestión (numeral 5 del artículo 43 del CC) y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (numeral 8 del artículo 43 del CC) inclusive si tienen capacidad natural.

Cabe colocarse en las hipótesis de incapaces naturales absolutos y además estar comprendidos en algunas de las causales de incapacidad

⁽⁸²⁾ MAJELLO, *op. cit.*, pág. 352.

⁽⁸³⁾ MAJELLO, *op. cit.*, p. 348.

⁽⁸⁴⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 336.

⁽⁸⁵⁾ CORSARO, Luigi, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto, Studio preliminare*. Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, Perugia, 1979, pág. 122.

de obrar relativa (artículo 43 del CC). Ello es posible en la realidad pero la normativa no permite llegar a tal conclusión. Quienes están incurso en las causales de incapacidad de obrar relativa (artículo 43 del CC) a lo mucho podrán ser considerados incapaces naturales relativos. Si fuera lo contrario, la normativa sería ilógica. Por ejemplo es inaceptable decir que un menor de 17 años que celebró un contrato puede confirmar o convalidar el contrato cuando además es incapaz natural absoluto. La normativa del artículo 43 del CC solo permite calificar a los incapaces como relativos aunque en la realidad no tengan capacidad natural absoluta.

Los vicios de la declaración de voluntad son el error, el dolo, la violencia moral o la intimidación.

La categoría del error comprende dos tipos de errores. El error-vicio y el error-obstativo. El error-vicio es una condición de ignorancia o de falsa representación de la realidad en la cual incurre espontáneamente una parte, que se representa mentalmente el contrato de manera diversa como es en la realidad. El error obstativo es un error en la declaración, o cuando la declaración ha sido inexactamente transmitida. Este error ocasiona una divergencia entre manifestación del acuerdo y la voluntad real de la parte, debida a una externalización o transmisión del acuerdo mismo⁽⁸⁶⁾. El CC equipara el tratamiento jurídico del error obstativo con el error vicio (artículo 208). Ambos errores se producen tanto por la ignorancia de elementos de hecho o de la falsa representación de los mismos, así como de la ignorancia de elementos de derecho o de la falsa configuración de los mismos⁽⁸⁷⁾. La normativa sobre el error busca ponderar el interés de la parte incurso en el error, que quiere desvincularse del contrato, con el interés de la contraparte que quiere preservar el contrato. El punto de

⁽⁸⁶⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 255.

⁽⁸⁷⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 255-256.

equilibrio entre tales intereses se concreta en los tres presupuestos del error⁽⁸⁸⁾:

a) Determinante en el sentido que la parte no habría celebrado el contrato si se hubiese dado cuenta del error⁽⁸⁹⁾.

b) Esencial porque se refiere a aspectos objetivamente fundamentales del contrato. El error debe ser objetivamente esencial en el sentido que debe referirse a uno de los elementos indicados por el legislador. El error debe resultar en concreto y objetivamente determinante del acuerdo, según la común apreciación o en relación a las circunstancias⁽⁹⁰⁾.

c) Reconocible por la contraparte, que se haya dado cuenta o podía darse cuenta del error y, por eso, no puede invocar una confianza merecedora de protección. El fundamento de la norma (artículo 203 del CC) es la protección de la confianza no culpable. El legislador no quiere imponer el riesgo de la anulabilidad del contrato sobre la parte que ha confiado en la validez del contrato siempre que ella hubiese podido darse cuenta, utilizando la normal diligencia requerida en el caso concreto, del error en el cual la otra parte incurrió. Por eso, el contratante es protegido en su confianza pero en los límites en que haya cumplido la carga de diligencia en determinar el eventual error objetivamente reconocible⁽⁹¹⁾.

El dolo es el error provocado por la otra parte, o excepcionalmente por un tercero con conocimiento de la parte que obtuvo beneficio (artículo 210 del CC). El dolo es cualquier comportamiento objetivamente idóneo, en las circunstancias concretas, de engañar y de inducir a error⁽⁹²⁾. Basta el carácter determinante del error ocasionado por el dolo para anular el contrato⁽⁹³⁾. Cuando el dolo es ocasionado por un tercero, se exige la protección de la confianza de

⁽⁸⁸⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 256.

⁽⁸⁹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 257.

⁽⁹⁰⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 257.

⁽⁹¹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 259.

⁽⁹²⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 262.

⁽⁹³⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 261.

la contraparte. La ley (segundo párrafo del artículo 210 del CC) confirma la amplia protección de la víctima del engaño mismo a todas las hipótesis de error determinante, pero, al mismo tiempo, restringe su protección respecto a la confianza. La contraparte es protegida inclusive si su confianza es culpable, porque con la normal diligencia podía advertir el engaño del tercero: viceversa, la anulabilidad del contrato es admitido solo en caso de efectivo conocimiento del engaño del tercero⁽⁹⁴⁾. Por otro lado, para verificar en concreto si el dolo omisivo (artículo 212 del CC) es idóneo para engañar, se tendrá en consideración la naturaleza y el tipo del contrato estipulado, las circunstancias concretas y, sobre todo, los particulares conocimientos que una parte tenga de los datos y de las informaciones que, por el contrario, la otra no tiene (asimetrías informativas)⁽⁹⁵⁾.

Por su parte, en la violencia moral o intimidación el vicio de la declaración de voluntad es la amenaza de un mal injusto y notable para extorsionar el acuerdo de una parte (artículo 215 del CC). El contratante se encuentra en una alternativa: sufrir un mal o estipular el contrato y, voluntariamente escoge como mal menor la celebración del contrato. Por eso, la víctima de la amenaza no celebra el contrato porque tiene un efectivo interés económico en la operación económica, sino porque tiene interés de no sufrir un mal amenazado⁽⁹⁶⁾. La amenaza debe ser creíble. El requisito de la credibilidad es la idoneidad de impresionar al contratante amenazado. Para ello se debe valorar si la amenaza impresiona a una persona sensata, pero al mismo tiempo induce a construir el modelo de una persona medianamente sensata teniendo en cuenta una serie de variables que se asemejen al modelo de la situación en que concretamente se halla la misma víctima. Se deberá valorar la ordinaria sensibilidad e impresionabilidad de un sujeto que tenga la misma edad, el mismo sexo y se halle en las mismas

⁽⁹⁴⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 261-262.

⁽⁹⁵⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 262-263.

⁽⁹⁶⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 263.

condiciones del sujeto amenazado (artículo 216 del CC)⁽⁹⁷⁾. La amenaza debe tener por objeto un mal grave referente a la persona o las cosas del contratante amenazado. La amenaza debe tratarse de un mal notable dirigido a la persona o bienes del cónyuge del contratante, o de un ascendiente o descendiente de éste. Si el mal con el que se amenaza concierne a otras personas, la anulabilidad del contrato se remite a la prudente evaluación de las circunstancias por parte del juez⁽⁹⁸⁾. Y la amenaza debe ser injusta referida a la injustificada lesión de un interés ajeno. La amenaza de hacer valer un derecho es causa de anulabilidad del contrato sólo cuando está dirigida a conseguir ventajas injustas⁽⁹⁹⁾.

En estos tres casos de error, de dolo y de violencia moral o intimidación, resulta claro que estamos frente a las causales de anulabilidad, por tratarse de actos de autonomía privada en los cuales ha existido una voluntad viciada aunque declarada. Corresponderá a la víctima ejercer el derecho de confirmar el acto o solicitar judicial o arbitralmente su declaración de anulabilidad.

La tercera causal de anulabilidad contemplada en el numeral 3 del artículo 221 del CC establece que el acto de autonomía privada disimulado es anulable si perjudica el derecho de tercero. Esta normativa esta en concordancia con el artículo 191 del CC en el sentido que el acto disimulado es válido siempre y cuando concurren sus requisitos de sustancia y forma; y no se perjudique el derecho de tercero.

Como se podrá comprender, el numeral 3 del artículo 221 del CC hace referencia al acto disimulado en los supuestos de simulación relativa, cuando el mismo, reuniendo todos sus requisitos de sustancia y forma, perjudica sin embargo el derecho de tercero. Esto significa que esta causal de anulabilidad solo esta referida al acto real (acto disimulado u ocultado) y no al acto simulado. Pero se refiere al acto

⁽⁹⁷⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 265.

⁽⁹⁸⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 265.

⁽⁹⁹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 265.

disimulado solamente cuando el mismo perjudica el derecho de tercero, en cuyo caso será anulable.

Consideramos que la normativa del numeral 3 del artículo 221 del CC debe ser interpretada no como una causal de invalidez sino como una causal de ineficacia por cuanto el derecho de pedir la nulidad del acto de autonomía privada anulable es incompatible con el derecho de los terceros perjudicados por el acto de autonomía privada oculto. De ahí que el efecto jurídico congruente no es la anulabilidad sino la ineficacia⁽¹⁰⁰⁾. El perjuicio de los terceros no tiene ninguna relación con un vicio de la declaración de voluntad o con una incapacidad natural relativa o con una incapacidad de obrar relativa.

Finalmente, tenemos el numeral 4 del artículo 221 del CC el cual indica que el acto de autonomía privada será anulable si así lo declara la ley. Nosotros agregaríamos que la ley debe declarar anulable un acto siempre y cuando se refieran a las hipótesis de incapacidad natural relativa, de incapacidad relativa de obrar y de los vicios de la declaración de voluntad.

4.4.2. Normativa y características de la anulabilidad

La anulabilidad del acto de autonomía privada puede ser pedida solo por la parte en cuyo interés el remedio está establecido por ley: legitimidad de obrar relativa (1).

El acto anulable inválido es provisionalmente eficaz (2) hasta que se declare judicial o arbitralmente. La sentencia o el laudo que verifique los presupuestos de la anulabilidad y que decrete la ineficacia retroactiva del acto de autonomía privada tiene naturaleza constitutiva (3)⁽¹⁰¹⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ MORALES HERVIAS, Rómulo, "Anulabilidad e ineficacia del contrato. Dos remedios al alcance de todos pero a la vez de ninguno" en *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 114, Marzo, Año 13, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, págs. 76-77.

⁽¹⁰¹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 334.

La acción, o sea el acto con que la parte legitimada asume la iniciativa judicial o arbitral de pedir la anulabilidad, prescribe (4) en el plazo de dos años (numeral 4 del artículo 2001 del CC).

La excepción de anulabilidad, que es el instrumento por el cual la parte legitimada puede oponerse, es imprescriptible.

La acción o la excepción son preventivamente irrenunciables pero una vez celebrado el acto de autonomía privada, el vicio es sanable (5) posteriormente mediante la convalidación o la confirmación.

4.4.3. La ineficacia retroactiva del acto de autonomía privada anulado y la eventual ejecución del acto de autonomía privada

El acto de autonomía privada anulable es inválido pero provisionalmente eficaz. La sentencia de anulabilidad hace que el acto de autonomía privada sea retroactivamente ineficaz⁽¹⁰²⁾.

No obstante ello, la ejecución material del acto de autonomía privada anulable produce algunas consecuencias jurídicas⁽¹⁰³⁾.

Si la ejecución se realiza por la parte legitimada a pedir la anulabilidad, con la capacidad de actuar y consciente del motivo de la anulabilidad, tal ejecución es una convalidación o una confirmación tácitas (artículo 231 del CC).

Si el acto de autonomía privada es anulado por incapacidad de uno de los contratantes, éste no está obligado a restituir al otro la prestación recibida, salvo dentro de los límites en los que ésta ha sido de ventaja para él (artículo 228 del CC).

Si el acto de autonomía privada se ejecuta y la acción no se ejercita en el plazo de la prescripción, las prestaciones resultan irrepetibles.

⁽¹⁰²⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 337.

⁽¹⁰³⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 338.

Si el acto de autonomía privada se ejecuta y sucesivamente se anula, incluso en los casos en que la ineficacia retroactiva del acto de autonomía privada es oponible a los terceros, la precedente ejecución del contrato anulable y del sucesivo acto de autonomía privada podrán establecerse las condiciones para que el tercero adquiriera la propiedad del bien *a non domino*.

4.4.4. La convalidación o la confirmación del acto de autonomía privada anulable

El acto de autonomía privada puede ser sanado por la parte legitimada a la que le corresponde la acción de anulación que sea capaz de celebrar válidamente tal acto. La convalidación o la confirmación es expresa cuando ella consiste en una declaración realizada por la parte a la que corresponde la acción de anulación, mediante un acto que contenga la mención del contrato y del motivo de la anulabilidad (artículo 230 del CC)⁽¹⁰⁴⁾.

El acto de autonomía privada puede ser convalidado o confirmado tácitamente si la parte al que correspondía la acción de anulabilidad ha dado ejecución total o parcial al mismo, voluntariamente, y teniendo conocimiento del motivo de la anulabilidad o si existen hechos que inequívocamente ponen de manifiesto la intencionalidad de renunciar a la acción de anulabilidad (artículo 231 del CC)⁽¹⁰⁵⁾.

Tema 4.5: Rescisión

4.5.1. El contrato con lesión enorme y su tipicidad.

El contrato con lesión enorme es aquel acto programático según el cual una parte obtiene una ventaja excesiva mediante el

⁽¹⁰⁴⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 339.

⁽¹⁰⁵⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 339.

aprovechamiento injustificado de la dependencia, de la aflicción económica o de las necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, de su ignorancia, de su inexperiencia o de su falta de habilidad en la negociación⁽¹⁰⁶⁾.

Originalmente este tipo de contrato anómalo fue regulado en el Código Civil alemán de 1896 (en vigor desde 1900) que lo describe como aquel negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación. Si el contrato cumple tales características, es nulo porque viola las normas de buenas costumbres.

El modelo del Código Civil alemán establece como efecto jurídico la nulidad de un negocio jurídico con lesión enorme con características más específicas:

Parágrafo 138.- Un negocio jurídico que atente contra las buenas costumbres es nulo.

Es en especial nulo un negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se haga prometer o se procure para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias estén en manifiesta desproporción con dicha prestación.

En efecto, el negocio con lesión enorme es aquel negocio jurídico por el cual alguien, explotando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de otro, se hace prometer o se procura para sí o para un tercero, a cambio de una prestación, unas ventajas patrimoniales que

⁽¹⁰⁶⁾ MORALES HERVIAS, Rómulo, "Introducción al estudio de la lesión enorme", en *Jus, Doctrina & Práctica*, Agosto, N° 8, Grijley, Lima, 2007, pág. 142.

sobrepasen de tal forma el valor de la prestación, que según las circunstancias expresan un manifiesta desproporción con dicha prestación. Si el negocio jurídico tiene tales características, es nulo porque viola las normas de buenas costumbres. La solución propuesta da realce a la intrínseca inmoralidad del desproporcionado aprovechamiento⁽¹⁰⁷⁾.

El negocio jurídico con lesión enorme o el negocio usurario son nulos si solo es usurario una parte del negocio. Puede exigirse la devolución de la prestación hecha. En caso de usura es nulo no solo el convenio causal sino también el negocio de cumplimiento. Por consiguiente, nada se opone que un contrato en que la prestación y la contraprestación sean extraordinariamente desproporcionadas, según la opinión general de los hombres que piensan con espíritu de equidad y justicia, se tenga por contrario a la moral, y, en consecuencia, por nulo a tenor del § 138 ap. 1, aunque no medie explotación de la situación de necesidad, de la ligereza o de la inexperiencia. Por lo demás, la simple desproporción entre prestación y contraprestación no puede todavía dar lugar a la nulidad según el § 138 ap. 1. Debe añadirse un elemento subjetivo, del que se desprenda la inmoralidad de la acción, sobre todo de una intención reprobable. La nulidad según el § 138 ap. 1 puede darse también sobre todo en los casos de aprovechamiento inmoderado de la prepotencia económica o de la posición, absoluta o relativa, de monopolio, que lleva a condiciones contractuales prácticamente injustificadas, contrarias a la equidad y opresivas (por ejemplo, en el orden de las cláusulas de no responsabilidad), como también en los casos de aprovecharse de la mayoría que se tiene en una sociedad para perseguir intereses egoístas contrarios a los de la sociedad⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ FERRI, *Il negozio giuridico*, 2004, *op. cit.*, pág. 272.

⁽¹⁰⁸⁾ ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*, Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol, Tercera edición española a partir de la 39ª edición alemana definitiva (1959-1960) al cuidado de Antonio Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, Volumen Segundo, Segunda Parte, Barcelona, 1981, págs. 645-646.

El Código Civil italiano de 1942, influenciado por el Derecho común medieval, lo calificó como contrato rescindible consistente en que una parte asume obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona. La acción de rescisión no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte damnificada tenía al momento del contrato. Entonces, un contrato es rescindible cuando una parte lo celebra bajo condiciones desequilibradas, debido a un estado de necesidad conocido por la contraparte o a un estado de peligro inminente al cual se encuentra expuesto la propia parte o un tercero, de sufrir un daño grave. Además del estado de necesidad o del estado de peligro se requiere el aprovechamiento injustificado, es decir, la ventaja obtenida mediante el abuso o la explotación.

El modelo del Código Civil italiano de 1942 solamente protege a quien sufre un aprovechamiento de un estado de necesidad y de peligro:

Artículo 1447. *Contrato celebrado en estado de peligro.*- El contrato con el cual una parte ha asumido obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona, puede ser rescindido mediante demanda de la parte que se ha obligado.

El juez, al dictaminar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar una compensación equitativa a la otra parte, por la obra prestada.

Artículo 1448. *Acción general de rescisión por lesión.*- Si existe desproporción entre la prestación de una parte y la de la otra, y si la desproporción ha dependido de la situación de necesidad de una parte, del cual la otra se ha aprovechado para

obtener ventaja, la parte damnificada puede demandar la rescisión del contrato.

La acción no es admisible si la lesión no excede de la mitad del valor que la prestación realizada o prometida por la parte damnificada tenía al momento del contrato.

La lesión debe mantenerse hasta el momento en que la demanda se interpone.

No pueden rescindirse por causa de lesión los contratos aleatorios. Quedan a salvo las disposiciones relativas a la rescisión de la partición hereditaria.

Artículo 1449. Prescripción.- La acción de rescisión prescribe al año de la celebración del contrato, pero si el hecho constituye delito, se aplica el último párrafo del artículo 2947.

La rescindibilidad del contrato no puede ser opuesta en vía de excepción cuando la acción ha prescrito.

Artículo 1450. Oferta de modificación del contrato.- El contratante contra el cual se demanda la rescisión puede evitarla si ofrece una modificación del contrato suficiente como para reestablecer la equidad.

Artículo 1451. Inadmisibilidad de la convalidación.- El contrato rescindible no puede ser convalidado.

Artículo 1452. Efectos de la rescisión respecto de terceros.- La rescisión del contrato no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de rescisión.

El modelo italiano⁽¹⁰⁹⁾ definió al contrato rescindible según el cual una parte asume obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a necesidad conocida por la contraparte, de salvarse a sí misma o a otro del peligro inminente de un daño grave a la persona.

El estado de peligro en la práctica no es de gran importancia: puede ser el caso de quien temiendo un inminente peligro por su propia salud o de una persona que estima, acepta de pagar al quirúrgico una retribución superior a los honorarios profesionales ordinarios; o el caso de quien, habiendo sufrido un accidente de tránsito, acepta pagar una suma desproporcionada al automovilista que lo lleva al hospital⁽¹¹⁰⁾. Por peligro se entiende la posibilidad de un daño que debe ser actual y grave contra los derechos de la personalidad. El fundamento de la rescisión por estado de peligro es la protección de la libertad de determinación del contenido del contrato⁽¹¹¹⁾.

El estado más importante y en la práctica más frecuente es el de necesidad. Es el caso de quien, hallándose en dificultades económicas, vende sus propios bienes para obtener dinero, y el comprador que sabe de tales condiciones de necesidad del vendedor, aprovecha ofreciendo un precio irrisorio. Este estado de necesidad debe cumplir un requisito objetivo el cual es que la prestación recibida debe ser inferior a la mitad del valor que la prestación ejecutada tenía al tiempo del contrato⁽¹¹²⁾. Los elementos constitutivos del estado de necesidad son: 1) un complejo de intereses para satisfacer; 2) una deficiencia de bienes para satisfacer tales intereses o las necesidades según las cuales son satisfechos los mismos intereses; y 3) las eventuales consecuencias dañosas que pueden derivar de la ausencia de satisfacción⁽¹¹³⁾.

⁽¹⁰⁹⁾ ZATTI, Paolo, "Validità e invalidità del contratto" en ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio, *op. cit.*, págs. 497-498. ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, Cedam, Padua, 2006, págs. 141-145.

⁽¹¹⁰⁾ GALGANO, Francesco, *Diritto privato*, Decima edizione, Cedam, Padua, 1999, pág. 348.

⁽¹¹¹⁾ CARPINO, Brunetto, *La rescissione del contratto*, Artt. 1447-1452 C.C., Giuffrè, Milán, 2000, pág. 24.

⁽¹¹²⁾ GALGANO, *op. cit.*, pág. 348.

⁽¹¹³⁾ CARPINO, *op. cit.*, pág. 34.

La parte que se aprovecha del estado de peligro o de necesidad, puede evitar el remedio de la rescisión ofreciendo modificar las condiciones del contrato según la equidad. Por eso, el contrato con lesión enorme no es convalidable según la normativa civil italiana.

La ley italiana establece un plazo breve de prescripción de un año computado desde la celebración del contrato. Además, excepcionalmente se indica que la excepción de rescisión también prescribe al año desde la celebración del contrato con lesión enorme. Esta regulación excluye la perpetuidad de la excepción y la retroactividad de la rescisión⁽¹¹⁴⁾.

El modelo italiano ha sido criticado. Se ha manifestado que nada impide ver el estado de necesidad como una figura análoga a los vicios de la voluntad. Bastaría abolir el nombre de “rescisión” y se podría hablar pacíficamente de anulabilidad por estado de necesidad. Además se debería entender que las “condiciones inicuas” se refieren a la desproporción económica o será mejor establecer un concepto más amplio de rechazo al sentido moral⁽¹¹⁵⁾.

Entonces, un contrato es rescindible cuando una parte lo celebra bajo condiciones desequilibradas, debido a un estado de necesidad conocido por la contraparte o a un estado de peligro inminente al cual se encuentra expuesto la propia parte o un tercero, de sufrir un daño grave. Además del estado de necesidad o del estado de peligro se requiere el aprovechamiento injustificado, es decir, la ventaja obtenida mediante el abuso o la explotación.

Para unos el contrato rescindible tiene un defecto genético parcial de la causa⁽¹¹⁶⁾. Para otros el defecto es genético y funcional porque ella garantiza la libertad de la voluntad (como la anulabilidad por vicios de la voluntad) y la salvaguardia del principio de la equidad contractual.

⁽¹¹⁴⁾ SANTORO-PASSARELLI, Francesco, *Dottrine generali del diritto civile*, Nona edizione, Ristampa, Jovene, Nápoles, 1997, pág. 263.

⁽¹¹⁵⁾ MIRABELLI, Giuseppe, *La rescissione del contratto*, Jovene, Nápoles, 1951, pág. 24.

⁽¹¹⁶⁾ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, *Manuale di diritto privato*, Diciassettesima edizione, Giuffrè, Milán, 2004, pág. 208.

Además el defecto o vicio se refiere propiamente al contrato-acto, mientras los efectos de la rescisión se refieren a la relación⁽¹¹⁷⁾. En cambio, otros consideran que la rescisión constituye una especie de invalidez del contrato que presenta algún aspecto de analogía tanto con la nulidad como con la anulabilidad⁽¹¹⁸⁾.

El Código Civil portugués de 1966 establece que un negocio jurídico es anulable por usura, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para si o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados. Esta normativa privilegia la regulación al abuso de la voluntad y por eso incluye al negocio jurídico con lesión enorme como cuarto vicio de la declaración de voluntad:

Artículo 282.- Negocios usurarios

1. Es anulable, por usura, el negocio jurídico, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para si o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados.

Artículo 283.- Modificación de los negocios usurarios.

1. En lugar de la anulación, el lesionado puede requerir la modificación del negocio según los juicios de equidad.
2. Requerida la anulación, la parte contraria tiene la facultad de oponerse al pedido, declarando aceptar la modificación del negocio en los términos del numeral anterior.

⁽¹¹⁷⁾ PARADISO, Massimo, *Corso di istituzioni di diritto privato*, G. Giappichelli, Turín, 2001, pág. 375.

⁽¹¹⁸⁾ CHECCHINI, Aldo, "La patologia" en CHECCHINI, Aldo y AMADIO, Giuseppe, *Lezioni di diritto privato*, Giappichelli, Turín, 2007, pág. 197.

El modelo portugués establece que un negocio jurídico es anulable por usura, cuando alguien, explotando la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter de otro, obtiene de este, para si o para tercero, la promesa o la concesión de beneficios excesivos e injustificados. Este modelo prefiere una apreciación objetiva de injusticia de la situación, independientemente de la observación de cualquier valoración de la moral social⁽¹¹⁹⁾. Un sector de la doctrina considera que debió regularse en términos de nulidad exactamente como sucede en aquellos negocios cuyo contenido es desaprobado por el orden jurídico⁽¹²⁰⁾ al igual que el modelo alemán el cual representa un avance en busca de la justicia material⁽¹²¹⁾.

La anulabilidad del negocio jurídico con lesión enorme es objetiva en el sentido de la obtención de beneficios excesivos e injustificados, alcanzados mediante la explotación, por uno de los dos contratantes, de la situación de necesidad, inexperiencia, ligereza, dependencia, estado mental o debilidad del carácter del otro contratante⁽¹²²⁾. Lo que caracteriza es el propio desequilibrio objetivo en las posiciones de las partes⁽¹²³⁾.

Los presupuestos para la lesión enorme son los siguientes⁽¹²⁴⁾:

- a) Una situación de necesidad existe cuando existen graves inconveniencias de naturaleza política, social, habitacional o estrictamente personal de una persona que le provoca la necesidad imperiosa de obtener una prestación para liberarse de las dificultades.
- b) La inexperiencia es una situación excepcional que ocurre en condicionalismos específicos y se define en términos relativos de acuerdo a los tipos de negocio y de las situaciones concretas. Existe en

⁽¹¹⁹⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral*, Vol. II, *Acções e factos jurídicos*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 337.

⁽¹²⁰⁾ HÖRSTER, *op. cit.*, pág. 557.

⁽¹²¹⁾ MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, pág. 644.

⁽¹²²⁾ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pág. 125.

⁽¹²³⁾ OLIVEIRA ASCENSÃO DE, *op. cit.*, pág. 338.

⁽¹²⁴⁾ HÖRSTER, *op. cit.*, págs. 557-559.

los casos en que el discernimiento necesario y adecuado no fue adquirido o se perdió por varias causas.

c) La ligereza significa un comportamiento irreflexivo, inmaduro e imprudente, siendo una manera liviana e irresponsable de actuar una característica de la persona y no de una falta esporádica u accidental.

d) La dependencia existe cuando la autonomía de decisión está limitada por el hecho.

e) La situación de estado mental debe incluir limitaciones de las facultades mentales o estados de emoción o de descontrol que restringen el discernimiento del interesado y afectan sus capacidades decisorias.

f) La debilidad de carácter se verifica cuando una persona no está en condiciones morales o no tiene la fuerza anímica para comportarse debidamente, a pesar de poder poseer perfecta lucidez respecto de la situación o de su comportamiento.

g) Además de los estados descritos debe existir un aprovechamiento consciente de por lo menos una de las seis situaciones de inferioridad descritas. Es suficiente que una parte se aproveche conscientemente de la situación de inferioridad de la otra parte, de que tiene conocimiento, para obtener beneficios.

h) El último presupuesto es la desproporción excesiva e injustificada entre el beneficio obtenido y la contraprestación dada. Solo habrá beneficios excesivos e injustificados cuando, según todas las circunstancias, la desproporción excede los límites de alguna justificación⁽¹²⁵⁾.

El lesionado tiene un poder alternativo de pedir la anulación o la modificación del negocio jurídico con lesión enorme⁽¹²⁶⁾.

Entonces, existen tres modelos legislativos sobre el negocio jurídico o el contrato con lesión enorme en el *Civil Law*. El modelo

⁽¹²⁵⁾ MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 536.

⁽¹²⁶⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, págs. 467-468.

alemán regula la nulidad del negocio jurídico con lesión enorme por violar las normas de buenas costumbres. El modelo portugués establece la anulabilidad del negocio jurídico con lesión enorme por una patología en la voluntad (vicio de la declaración de la voluntad). Y el modelo italiano indica que el contrato con lesión enorme es rescindible. La voluntad cumple diferentes roles en los tres modelos.

Entonces, hay lesión cuando en un contrato una parte ha asumido obligaciones bajo condiciones inicuas, debido a un determinado estado conocido por la contraparte.

El CC se apartó de los modelos alemán y portugués que protegen eficazmente a la parte perjudicada de un negocio jurídico con lesión enorme. De ahí, que el CC solamente regula la lesión enorme para el caso de aprovechamiento malintencionado de un estado de necesidad y cuando cumpla con un elemento objetivo. El legislador peruano eligió el modelo italiano el cual es el más confuso y fundamentalmente el menos protector para la parte perjudicada. Los artículos 1447 y siguientes del CC lo demuestran. El criterio aritmético genera una gran dosis de inseguridad jurídica, puesto que la ausencia de un criterio legal, si bien apuesta por una solución más flexible, deja en manos de la autoridad judicial la determinación casuística de la ineficacia o no del negocio⁽¹²⁷⁾.

El CC establece otro requisito para que se configure la lesión. La existencia cuantitativa de una desproporción entre las prestaciones se refiere al valor económico que las partes han establecido a la prestación (programa que debe realizar el deudor).

La lesión responde a un criterio de justicia y de equidad que no se concilia con las reglas del comercio basadas en la habilidad y en las capacidades del privado prescindiendo de controles objetivos acerca de las sustancial justicia⁽¹²⁸⁾.

El artículo 30 del Anteproyecto del Código Europeo de contratos regula como remedio la rescindibilidad cuando una de las partes,

⁽¹²⁷⁾ ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, *La rescisión del contrato por lesión, Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 457.

abusando de la situación de peligro o de necesidad, de la falta de capacidad de entender y querer, de la inexperiencia, de la subordinación económica o moral de la otra parte, obliga a ésta a prometer o a realizar una prestación, o bien a conceder otras ventajas patrimoniales manifiestamente desproporcionadas en relación con lo que a cambio recibe o se le promete, sea el beneficiario de la prestación él mismo o un tercero.

El artículo 4:109 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos otorga el remedio de la anulabilidad si al momento de su celebración una parte dependía de la otra parte, tenía una relación de confianza con ella, se encontraba en dificultades económicas o tenía otras necesidades urgentes, no tenía capacidad de previsión o era ignorante, inexperimentado o carente de capacidad negociadora, y la otra parte conocía o debería haber conocido dicha situación y, atendidas las circunstancias y el objeto del contrato, se aprovechó de ello de manera claramente injusta u obtuvo así un beneficio excesivo.

Además, en el Principios del Derecho Europeo de los Contratos a petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

Por último, el artículo 3.10 de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 2004 también concede el remedio de la anulabilidad cuando una parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y la naturaleza y finalidad del contrato. A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

Nótese que los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 2004 le dan relevancia a la naturaleza y

(¹²⁸) PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 980.

finalidad del contrato, que es nada más ni nada menos que la causa del contrato.

La principal ventaja del poder de la adaptación del tribunal es que responde a la exigencia del equilibrio contractual y de los efectos distributivos de los contratos⁽¹²⁹⁾.

La experiencia demuestra que las lesiones contractuales abundan cuando se trata de intercambios de bienes y servicios que no tienen un precio corriente o de mercado, en supuestos en que el mercado actúa de forma imperfecta como sucede con el tráfico de bienes inmuebles, o cuando se trata de operaciones económicas que las normas no han tipificado⁽¹³⁰⁾.

El CC solo regula el contrato de lesión enorme por el aprovechamiento de una situación de necesidad. Ello no impide que el operador jurídico utilice el remedio de la nulidad del contrato con lesión enorme cuando se produzcan situaciones de ignorancia, de inexperiencia, de falta de previsión, de falta de habilidad en la negociación, de ligereza, de dependencia, de estado mental, de debilidad, de peligro, de subordinación económica o moral de la otra parte, y en general de la falta de capacidad de entender y querer. El contrato con lesión enorme es según el modelo alemán un contrato que viola las normas de las buenas costumbres y ello tiene amparo legislativo en el Artículo V del Título Preliminar del CC.

El fundamento de la rescisión está en la reacción contra la iniquidad económica de un contrato con prestaciones correspondientes derivado de una condición de objetiva debilidad de una de las partes conocida por la contraparte. Los tres pilares de la acción de rescisión

(129) COLLINS, Hugh, "La giustizia contrattuale in Europa" en SOMMA, Alessandro (A cura), *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, Giappichelli, Turín, 2007, pág. 100.

(130) MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, págs. 323-324.

son el desequilibrio económico (a), la objetiva debilidad de un contratante (b) y la mala fe del otro contratante⁽¹³¹⁾.

Hay un sector de la doctrina que coloca el desequilibrio en el plano de la ineficacia en sentido estricto. En efecto, se dice que la reacción típica del ordenamiento jurídico en casos de desequilibrio relevante y excesivo es la ineficacia como remedio que, sin afectar el contrato en su existencia y en su validez, impugna el reglamento en la parte del significativo o excesivo desequilibrio, impidiendo la producción de efectos jurídicos correlativos o aniquilándolos, sin perjuicio que queden incólumes los efectos destinados a garantizar la práctica realización del conjunto de intereses⁽¹³²⁾. De ahí que hemos colocado a la rescisión como una hipótesis que puede ser considerada como de invalidez o como de ineficacia en sentido estricto. También, cabe aplicar la hipótesis de irrealizabilidad de la causa en el plano genético cuando existe un desequilibrio importante en el momento de la celebración del contrato.

4.5.2. La rescisión por estado de necesidad

El presupuesto objetivo de la rescisión por lesión es cuando la desproporción de las prestaciones es mayor de las dos quintas partes al momento de la celebración del contrato (presupuesto objetivo del desequilibrio económico) (a) (primer párrafo del artículo 1447 y artículo 1449 del CC). Tal desequilibrio es aceptado por la parte damnificada en cuanto se halla en un estado de necesidad (b), condición que consiste en la simple ausencia momentánea de dinero líquido. De tal estado de necesidad la otra parte debe aprovecharse, es decir, debe tener mala fe en el sentido de conocer el estado de necesidad (c)⁽¹³³⁾.

⁽¹³¹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 340.

⁽¹³²⁾ SCALISI, *Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno*, *op. cit.*, pág. 679.

⁽¹³³⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 340.

Solo serán necesarios los presupuestos del estado de necesidad (b) y la mala fe (c) cuando el desequilibrio económico es igual o superior a las dos terceras partes (artículo 1448 del CC).

4.5.3. La acción de rescisión por estado de necesidad

4.5.3.1. Caracteres de la acción y de la excepción

La legitimidad de obrar para la rescisión, coherentemente, con el fundamento de la acción -que es la protección de quien ha celebrado un contrato inicuo en condiciones de objetividad debilidad conocida por la contraparte- corresponde a quien ha celebrado el contrato en estado de necesidad⁽¹³⁴⁾.

La acción es irrenunciable. Si se pacta la renuncia, tal cláusula es nula (artículo 1453 del CC).

La acción puede ser ejercida en el plazo de caducidad de seis meses de ejecutada la prestación a cargo del dañador pero en todo caso a los dos años de la celebración del contrato (artículo 1454 del CC).

La rescisión tiene que ser declarada judicial o arbitralmente con efecto retroactivo (primer párrafo del artículo 1372 del CC).

La excepción de rescisión puede ser ejercida perpetuamente. No hay una norma en el CC que establezca un plazo de prescripción.

Tampoco existe normativamente la prohibición de confirmar o de convalidar un contrato con lesión por estado de necesidad.

4.5.3.2. El juicio de rescisión y los terceros

La rescisión del contrato determina la ineficacia retroactiva (primer párrafo del artículo 1372 del CC) solo entre las partes (retroactividad obligatoria). Los contratantes ya no están obligados a ejecutar las prestaciones contractuales o son obligados a la restitución

de aquellas eventualmente ejecutadas, en base a la normativa de la repetición de lo indebido⁽¹³⁵⁾.

La rescisión del contrato no perjudica las adquisiciones de los terceros (cuarto párrafo del artículo 1372 del CC).

Tema 4.6: Remedios sinalagmáticos.

4.6.1. Los remedios voluntarios

4.6.2. La resolución del contrato. Características generales y ámbito de aplicación

La resolución del contrato es el remedio que el ordenamiento jurídico otorga para oponerse a la continuidad del vínculo contractual por eventos sobrevivientes que alteran el nexo de corresponsabilidad entre las prestaciones generadas de un contrato con prestaciones corresponsables (o contrato sinalagmático). El contrato es válido y eficaz, pero en un momento sobreviniente presenta una disfunción –es decir un defecto funcional sobreviniente, una incapacidad o idoneidad sobreviniente para funcionar- que autoriza la extinción del contrato y, por consiguiente, comporta su ineficacia retroactiva entre las partes.

El desequilibrio sobreviniente del nexo de reciprocidad (o *sinallagma*) puede generarse por incumplimiento de una parte, por imposibilidad sobreviniente y por la excesiva onerosidad de la prestación debida a eventos extraordinarios e imprevisibles⁽¹³⁶⁾.

4.6.2.1. Resolución judicial o arbitral y resolución de derecho

La resolución por incumplimiento es la extinción de un vínculo contractual válido como consecuencia de la inexecución culpable a una

⁽¹³⁴⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 340.

⁽¹³⁵⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 340.

de las partes, de las prestaciones que contiene la obligación creada a su cargo por el contrato⁽¹³⁷⁾.

La resolución es una medida preventiva porque previene la posibilidad de que el contratante fiel, además del agravio del incumplimiento, soporte que la prestación que haya ejecutado permanezca en el patrimonio del contratante que ha incurrido en el incumplimiento. Si, por el contrario, el contratante diligente no ha cumplido todavía, previene, al resolver la relación contractual, el cumplimiento de lo que le corresponde sin esperar con certeza la satisfacción de su interés⁽¹³⁸⁾.

Los hechos jurídicos que autorizan a ejercer el derecho a la resolución del contrato son el incumplimiento total, el cumplimiento tardío, el cumplimiento defectuoso y el cumplimiento parcial.

El CC regula dos tipos de resoluciones. La resolución judicial o arbitral, que extingue el contrato con una sentencia constitutiva y la resolución de derecho, que extingue el contrato automáticamente al verificarse los presupuestos establecidos por el legislador en la cláusula resolutoria expresa y en la intimación para cumplir. Cuando la parte incumple cuestiona judicial o arbitralmente el ejercicio del derecho de resolución, el juez siempre podrá verificar los presupuestos legales de la resolución pero en este caso la sentencia tendrá naturaleza meramente declarativa⁽¹³⁹⁾.

4.6.2.2. Resolución judicial o arbitral

La resolución judicial o arbitral es aquella que se produce en virtud de la sentencia expedida o del laudo emitido en un procedimiento

⁽¹³⁶⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 344.

⁽¹³⁷⁾ FORNO FLÓREZ, Hugo, "Resolución por incumplimiento", en *Temas de Derecho contractual*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1987, pág. 76.

⁽¹³⁸⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 83.

⁽¹³⁹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 346.

judicial o arbitral promovido a este efecto. Los efectos de la sentencia o del laudo son constitutivos (artículo 1428 del CC).

Este tipo de resolución tiene ventajas para el acreedor como que no es menester conceder al deudor un plazo para el cumplimiento – como en el caso de la resolución por autoridad del acreedor- si el titular del derecho ha perdido ya todo interés en la prestación; permite al acreedor acumular su pretensión de resarcimiento por los daños y perjuicios que eventualmente le haya ocasionado el incumplimiento; permite también discutir todos los aspectos que intervienen en la resolución con la seguridad que otorga la autoridad de la cosa juzgada, evitando un procedimiento ulterior en el que se ventile la validez de una previa resolución extrajudicial⁽¹⁴⁰⁾.

Un presupuesto fundamental para conseguir la resolución judicial del contrato es que el incumplimiento total, el cumplimiento tardío, el cumplimiento defectuoso y el cumplimiento parcial no sean de escasa importancia. Propiamente la causa del contrato (artículo 1362 del CC) debe servir de guía de valoración judicial sobre la concreta no escasa importancia del incumplimiento total, del cumplimiento tardío, del cumplimiento defectuoso y del cumplimiento parcial respecto del interés del acreedor.

Después de haber demandado el cumplimiento el acreedor puede solicitar la resolución. Esta mutación procede aunque el cumplimiento no resulte imposible e incluso antes de que el proceso de ejecución concluya. La explicación consiste en que persistiendo el incumplimiento es siempre posible demandar la resolución. Durante el transcurso de las etapas del juicio el acreedor puede perder el interés en la prestación tardía y no le quedaría más alternativa que demandar la resolución. La mutación puede producirse aún después de que se haya expedido la sentencia que manda efectuar el pago. La sentencia ejecutoriada de resolución no quita la eficacia formal del título ejecutivo a la sentencia de condena precedente, pero extingue en cambio el derecho al

cumplimiento. De tal forma que el deudor contra quien se quisiera invocar el título ejecutivo de la primera sentencia, haría valer exitosamente la extinción de su deuda, porque a tal título no corresponde ya el derecho a la ejecución⁽¹⁴¹⁾.

Después de haber demandado la resolución el acreedor no puede solicitar el cumplimiento cuando la sentencia resolutoria ha sido pronunciada. La razón es que pronunciada la sentencia de resolución queda extinguida la relación contractual y no puede exigirse, por tanto, el cumplimiento de obligaciones cuando el contrato ya se extinguió. Y es que la diferencia se explica por la distinta naturaleza y efectos de la sentencia de cumplimiento respecto de la sentencia constitutiva de resolución; mientras los efectos de la primera están supeditados a hechos posteriores (el cumplimiento), la segunda produce por sí misma y directamente la satisfacción del petitorio del actor⁽¹⁴²⁾.

4.6.2.3. Cláusula resolutoria expresa.

La cláusula resolutoria expresa o pacto comisorio expreso es la estipulación por medio del cual una de las partes o todas ellas se reservan la facultad de resolver el contrato ante el incumplimiento del otro contratante (artículo 1430 del CC)⁽¹⁴³⁾.

El objetivo de esta cláusula es crear una prevención psicológica en el deudor a fin que no incurra en un particular tipo de incumplimiento⁽¹⁴⁴⁾.

La cláusula debe ser expresa y debe determinar con precisión el tipo de incumplimiento que, según las partes, comporta la extinción del contrato⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, págs. 100-101.

⁽¹⁴¹⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, págs. 109-110.

⁽¹⁴²⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, págs. 112-113.

⁽¹⁴³⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 114.

⁽¹⁴⁴⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 348.

⁽¹⁴⁵⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 348.

Así, esta cláusula debe señalar el incumplimiento que provocará la resolución y el efecto específico que la cláusula tiende a producir; y que si alguno de estos aspectos está ausente en el texto del pacto comisorio expreso debe interpretarse entonces que sólo se trata de una cláusula de estilo que hace simple referencia al derecho potestativo de accionar judicialmente la resolución.

La previsión en el contrato que un particular tipo de incumplimiento puede comprometer el interés de una parte a la conservación de la operación económica no excluye que la misma pueda sucesivamente efectuar una diferente valoración y considerar estar interesada en la ejecución del contrato⁽¹⁴⁶⁾. Para ello ya no le comunicará a la contraparte que quiere valerse de la cláusula resolutoria expresa.

Por otro lado, el acreedor debe comunicar a la parte incurso en incumplimiento su decisión de resolver el contrato. Se trata de una declaración unilateral de voluntad de naturaleza recepticia que determina el momento en que la resolución produce sus efectos⁽¹⁴⁷⁾. La declaración resolutoria marca el límite al cumplimiento tardío no porque determine la resolución sino porque es el mecanismo por medio del cual el acreedor ejercita su derecho de opción⁽¹⁴⁸⁾.

La eficacia del ejercicio de este procedimiento resolutorio puede ser sometido por el deudor a la consideración de los tribunales quienes deben limitarse a comprobar si se dieron o no los presupuestos contemplados para que proceda. Lo importante es que la sentencia que se pronuncie tendrá carácter declarativo y no constitutivo pues se limitará a confirmar la existencia de un estado jurídico anterior⁽¹⁴⁹⁾.

Si el acreedor ha optado por la resolución comunicando su decisión al otro contratante no puede modificar su decisión y pedir el

⁽¹⁴⁶⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 348.

⁽¹⁴⁷⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 118.

⁽¹⁴⁸⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 120.

⁽¹⁴⁹⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 121.

cumplimiento porque en virtud de tal comunicación el contrato ya ha quedado resuelto⁽¹⁵⁰⁾.

4.6.2.4. La intimación para cumplir

La intimación para cumplir es un acto de autonomía privada unilateral y recepticio según el cual un contratante manifiesta un doble propósito: aquél de conservar el contrato si el cumplimiento se realiza dentro del plazo establecido por él o, a falta de tal cumplimiento, el contrato se resuelve automáticamente y, por eso, de derecho⁽¹⁵¹⁾.

Es un mecanismo de resolución extrajudicial que no requiere de estipulación previa. Consiste en que ante el incumplimiento de un contratante la parte perjudicada puede intimarlo para que cumpla, señalándose al efecto un determinado plazo pero advirtiendo al efectuar la intimación que el contrato queda resuelto si al término del dicho plazo el deudor persiste en el incumplimiento. Si el deudor no satisface la prestación dentro del plazo concedido, como efecto directo e inmediato, se produce, sin más requisito, la resolución del contrato (artículo 1429 del CC)⁽¹⁵²⁾.

Los requisitos necesarios para la intimación para cumplir son la formalidad escrita y la previsión de un plazo, transcurrido el mismo el contrato se entiende resuelto⁽¹⁵³⁾.

No se requiere que el plazo sea congruente con la prestación a ejecutarse. Es suficiente que se fije el plazo mínimo que la ley permita o un plazo mayor cuando no atente contra el interés del acreedor. El deudor ha tenido ya un plazo adecuado, establecido generalmente en su beneficio, para ejecutar la prestación y no es equitativo pedirle al

⁽¹⁵⁰⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 121.

⁽¹⁵¹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 347.

⁽¹⁵²⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 122.

⁽¹⁵³⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 347.

acreedor que conceda un plazo similar pues ello podría causarle graves perjuicios⁽¹⁵⁴⁾.

Asimismo, el acreedor en la forma más clara posible debe manifestar que vencido el término sin que la prestación haya sido ejecutada el contrato, quedará, sin más, resuelto⁽¹⁵⁵⁾. La relevancia de incluir el apercibimiento en el texto de la intimación radica en que no puede tener efecto resolutorio cualquier requerimiento que el acreedor haga al deudor para el cumplimiento⁽¹⁵⁶⁾.

Tan pronto como el plazo concedido por el acreedor en el requerimiento ha llegado a su término, el contrato se extingue en forma automática. No se requiere ulterior actividad del acreedor de ninguna índole; la resolución se produce única y exclusivamente en mérito del transcurso del tiempo⁽¹⁵⁷⁾.

La eficacia de la resolución puede ser directamente impugnada, pero de ningún modo puede la otra parte enervar el efecto resolutorio de la intimación oponiéndose a ella, aun cuando tal oposición tenga lugar antes del vencimiento del plazo otorgado⁽¹⁵⁸⁾.

Tampoco el incumplimiento total, el cumplimiento tardío, el cumplimiento defectuoso y el cumplimiento parcial debe ser de escasa importancia ⁽¹⁵⁹⁾.

4.6.2.5. Término esencial.

Es un mecanismo extrajudicial que se fundamenta en el plazo esencial. El plazo esencial se presenta cuando el retardo compete del todo el interés del acreedor debido a que en esta hipótesis el nexo entre el tiempo y el interés reviste particular relevancia. El momento de cumplimiento en el caso de plazo esencial es tan importante como la

⁽¹⁵⁴⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 124.

⁽¹⁵⁵⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 126.

⁽¹⁵⁶⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 126.

⁽¹⁵⁷⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 129.

⁽¹⁵⁸⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 130.

⁽¹⁵⁹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 348.

prestación misma⁽¹⁶⁰⁾. Además si transcurre el plazo y luego se produce el silencio del acreedor, la resolución se produce de pleno derecho⁽¹⁶¹⁾.

El CC no regula esta forma de resolución de derecho. Por eso, es necesario actuar con prudencia y preocuparse de incluir en el programa negocial una cláusula que incorpore esta modalidad resolutoria cuando el plazo que las partes estipulan es uno que tiene carácter esencial. Entonces, la regulación contractual debe prever el propio carácter esencial del plazo, todos los aspectos que son necesarios para el adecuado funcionamiento de la resolución por vencimiento de plazo esencial, y en particular la duración del espacio de tiempo que se inicia tan pronto como el plazo esencial ha expirado, la suspensión de la ejecutabilidad de la prestación durante su transcurso, y la cesación de los efectos contractuales en el caso que el contratante acreedor no exija el cumplimiento durante el tiempo previsto para ello⁽¹⁶²⁾.

4.6.2.6. Efectos de la resolución del contrato

La resolución del contrato hace retroactivamente ineficaz entre las partes (segundo párrafo del artículo 1372 del CC) y por lo tanto las partes se liberan de ejecutar sus prestaciones (efecto liberatorio) sin perjuicio del efecto resarcitorio que pudiera ocasionar la extinción del contrato.

La resolución produce el efecto restitutorio (tercer párrafo del artículo 1372 del CC). El efecto restitutorio es aquel por cuya virtud las prestaciones ya ejecutadas se reincorporan nuevamente al patrimonio de quien las efectuó en mérito del contrato resuelto⁽¹⁶³⁾. La retroactividad del efecto resolutorio determina que las partes se

⁽¹⁶⁰⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 131.

⁽¹⁶¹⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 132.

⁽¹⁶²⁾ FORNO FLÓREZ, Hugo, "El plazo esencial y la tutela resolutoria", en Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), Selección, traducción y notas de Leysser L. León, Segunda Edición, Ara Editores, Lima, 2004, págs. 1013-1014.

⁽¹⁶³⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 88.

reintegren o restituyan aquello que han recibido por razón de la extinción del contrato⁽¹⁶⁴⁾. Las prestaciones ejecutadas son repetibles, según la normativa del indebido⁽¹⁶⁵⁾. La retroactividad admite una importante excepción que se encuentra reservada a los contratos de ejecución continuada o periódica, en los que el límite de la retroactividad está determinado por las prestaciones y contraprestaciones ya ejecutadas al momento en que la resolución produce⁽¹⁶⁶⁾.

La ineficacia del contrato derivada de la resolución se aplica solo a las partes (retroactividad obligatoria) y no perjudica las adquisiciones de terceros de buena fe (cuarto párrafo del artículo 1372 del CC)⁽¹⁶⁷⁾.

4.6.3. Excepciones de incumplimiento y de peligro de incumplimiento y cláusula de "*solve et repete*"

Cuando una parte ejercita la pretensión de cumplimiento, la parte de un contrato sinalagmático puede rechazar el propio cumplimiento a través de dos tipos de excepciones conectadas con la actividad ejecutiva de la contraparte: la excepción de incumplimiento y la excepción de peligro de incumplimiento⁽¹⁶⁸⁾.

Mediante la excepción de incumplimiento, el contratante (artículo 1426 del CC) rechaza el cumplimiento de la obligación hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento. El plazo para el cumplimiento de la contraprestación debe haber vencido o debe vencer contextualmente al tiempo de la prestación que es rechazada. Además, el rechazo no debe ser contrario a la buena fe objetiva (artículo 1362 del CC)⁽¹⁶⁹⁾.

⁽¹⁶⁴⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 89.

⁽¹⁶⁵⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 349.

⁽¹⁶⁶⁾ FORNO FLÓREZ, "Resolución por incumplimiento", *op. cit.*, pág. 90.

⁽¹⁶⁷⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 349.

⁽¹⁶⁸⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 349.

⁽¹⁶⁹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, págs. 349-350.

La denominada “*exceptio non rite adimpleti contractus*” otorga el derecho de suspender legítimamente la ejecución de la prestación frente a un tipo de incumplimiento de la contraparte. El derecho de suspender la ejecución de la prestación requiere:

- a) Contrato con prestaciones recíprocas.
- b) Existencia de una falta de cumplimiento de ambas obligaciones.
- c) Su ejercicio no puede oponerse a la buena fe.

La excepción de peligro de cumplimiento otorga el derecho de la suspensión de la ejecución de la prestación de la parte que debe cumplir la obligación en primer lugar cuando sobreviene el riesgo de que la contraparte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo por el deterioro de sus condiciones patrimoniales (artículo 1427 del CC).

El peligro, que legitima el ejercicio de la excepción, debe ser un peligro evidente deducible de la mutación de las condiciones patrimoniales del otro contratante⁽¹⁷⁰⁾.

Los remedios de las excepciones de incumplimiento y de peligro de cumplimiento pueden ser excluidos contractualmente mediante la cláusula de previo pago comúnmente conocida como cláusula *solve et repete* que es una estipulación de renuncia preventiva de ejercer tales excepciones a diferencia de la irrenunciabilidad de las excepciones de nulidad, de anulabilidad y de rescisión⁽¹⁷¹⁾.

La cláusula de previo pago impide a la parte oponer excepciones con el fin de evitar o retardar la prestación debida. La función de tal cláusula es de dotar al acreedor de mayores garantías para el cumplimiento. Solamente limita oponer excepciones pero no impide valerse de los demás remedios.

4.6.4. La resolución por imposibilidad sobrevenida

⁽¹⁷⁰⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 350.

⁽¹⁷¹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 350.

La imposibilidad sobrevenida de ejecutar las prestaciones por causa no imputable a las partes ocasiona la pérdida del derecho a la contraprestación, el efecto restitutorio y la resolución del contrato (artículo 1431 del CC).

La imposibilidad sobrevenida de ejecutar las prestaciones por causa imputable al deudor produce la pérdida del derecho a la contraprestación, el efecto resarcitorio y la resolución del contrato (primer párrafo del artículo 1432 del CC).

La imposibilidad sobrevenida de ejecutar las prestaciones por causa imputable al acreedor deriva la obligación de satisfacer la contraprestación y la resolución del contrato (segundo párrafo del artículo 1432 del CC).

La normativa de los artículos 1431 y 1432 se refiere a una imposibilidad total.

Por el contrario, la imposibilidad parcial sobrevenida de ejecutar las prestaciones concede al acreedor alternativamente el derecho de desistimiento del contrato, si no tiene interés apreciable en el cumplimiento parcial; o el derecho a una reducción de la prestación correspondiente respecto a aquella prestación que se convirtió en parcialmente imposible (artículo 1433 del CC)⁽¹⁷²⁾.

Tema 4.7. El tiempo y la estabilización de las situaciones jurídicas

4.7.1. La evolución en el tiempo de las situaciones jurídicas duraderas: la alteración de las circunstancias

La prolongación en el tiempo de la eficacia de los actos de autonomía privada exige de las partes la previsión de las posibles circunstancias futuras que puede alterar la economía del acto.

Pero la capacidad de previsión de las partes por la evolución futura de las circunstancias que afectan la ejecución de los negocios es

falible y muchas veces las partes son sorprendidas en el desenvolvimiento de la relación contractual con evoluciones sorprendentes que no pudieron prever y que no habían tomado en cuenta. La incertidumbre del futuro en la celebración y en el desenvolvimiento de la ejecución de los contratos de eficacia duradera preocupa a la doctrina desde hace tiempo⁽¹⁷³⁾. A continuación desarrollaremos algunas doctrinas que explican y solucionan los problemas de la alteración de las circunstancias que sufre el reglamento de intereses programado por las partes.

4.7.1.1. La doctrina de la cláusula "*rebus sic stantibus*"

Según esta doctrina, en los contratos duraderos hay una cláusula implícita según la cual las partes contratan y se vinculan en las circunstancias vigentes al tiempo y en el presupuesto que esas circunstancias se mantendrán⁽¹⁷⁴⁾. Normalmente, la cláusula "*rebus sic stantibus*" fue construida formalmente por la doctrina como una estipulación implícita⁽¹⁷⁵⁾.

Esta cláusula es subjetivista y voluntarista porque no se fundamenta en el contenido del contrato objetivamente considerado en sí mismo sino en la voluntad contractual y en las cláusulas que, tácita o implícitamente, habrían estipulado⁽¹⁷⁶⁾.

4.7.1.2. La doctrina de la presuposición

Esta doctrina sustituyó la doctrina de la cláusula "*rebus sic stantibus*" por una condición no desarrollada y presupuesta que el ambiente circunstancial en que el contrato fue celebrado no se

⁽¹⁷²⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 352.

⁽¹⁷³⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 733.

⁽¹⁷⁴⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 734.

⁽¹⁷⁵⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 734.

⁽¹⁷⁶⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, págs. 734-735.

modificará en el futuro para no perturbarlo o no desequilibrarlo. La presuposición se diferencia de la condición, como cláusula accesorio típica, porque no llega a ser desarrollada y formulada como tal. Las partes, o cada una de ellas, no precisan formalmente que el contrato solo se mantendrá en aquellas circunstancias en que se celebró y cuya subsistencia se presupone⁽¹⁷⁷⁾.

Windsheid⁽¹⁷⁸⁾ indicaba que en todo negocio jurídico hay implícitamente una autolimitación de la voluntad o una condición no desarrollada (*Voraussetzung*). Si dicha presuposición (razón sustancial) se frustra, la relación negocial deberá extinguirse.

Hoy esta teoría tiene un desarrollo muy importante en la jurisprudencia y doctrina italianas.

La presuposición es la situación de hecho, pasada, presente o futura, común a ambas partes, no incierta, de carácter objetivo que las partes tuvieron presente durante la formación del contrato aún cuando las partes no hubieran hecho expresa referencia a ella. Es una hipótesis de defecto de previsión y explica el fundamento práctico de la operación económica concreta (costos y beneficios) implícitamente colocado como base del contrato.

Un caso de presuposición es cuando se arrienda una pared de un edificio para colocar publicidad a cambio de una renta y luego de la celebración del contrato, una resolución administrativa prohíbe la colocación de publicidad en los edificios. La prestación de conceder en arrendamiento la pared y aquella correspondiente de pagar la renta pactada no presentan disfunciones tipificadas en las causales de resolución pero el *sinagoga* no puede funcionar ya que falta el presupuesto de hecho que daba un sentido práctico a la operación

⁽¹⁷⁷⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 735.

⁽¹⁷⁸⁾ PELLICANO, Aldo, *Causa del contrato e circolazione dei beni*, Giuffrè Editore, Milán, 1981, Nota 121 de la página 138: "El insigne estudioso, en efecto, examinaba la presuposición como ancla de salvación de la «verdadera y propia voluntad del autor de la declaración de voluntad y por eso», -solía concluir- «la subsistencia del efecto jurídico, si bien formalmente justificada, no tiene sin

económica. Este es el problema del defecto sobreviniente de la presuposición que induce a aplicar el remedio de la resolución del contrato en virtud de un razonamiento analógico. Hay dos maneras de aplicar este razonamiento analógico. La analogía con una específica figura de resolución (por excesiva onerosidad de la prestación o por imposibilidad sobreviniente) o por la analogía *iuris* respecto al principio implícito que se deduce del fundamento unitario de todas las figuras de resolución. Este principio consiste en que la disfunción sobrevinida del contrato impide su funcionamiento coherente con el compromiso originario de las partes, y por eso se autoriza la extinción el contrato mediante la resolución. Este principio se puede coordinar con la cláusula general normativa de la causa (artículo 1362 del CC) o con la cláusula general normativa de la buena fe⁽¹⁷⁹⁾ (artículo 1362 del CC). Nosotros preferimos la primera (cláusula normativa general de la causa) por cuanto el CC tiene como fundamento que los actos de autonomía privada se celebran para satisfacer fines lícitos y realizables en los planos de su celebración y de su ejecución.

Entonces, la presuposición es una circunstancia externa que sin ser prevista como condición del contrato constituye un presupuesto objetivo general (condición de mercado y de la vida socio-económico y cultural que incide sobre la economía del negocio concreto) y específico (circunstancia particular sobre la calidad de las partes que subordina las situaciones jurídicas subjetivas y las relaciones jurídicas).

La presuposición, opera cuando una determinada situación de hecho o de derecho, de carácter objetivo pueda, a falta de una específica referencia en las cláusulas contractuales, creerse tenida presente por las partes mismas en la formación del contrato como presupuesto común en calidad de valor determinante para la permanencia de las situaciones jurídicas subjetivas y de las relaciones jurídicas. La presuposición asume relevancia cuando no se cumple o

embargo sustancialmente razón que la justifique». Según W. presuposición equivale a «razón sustancial»”.

cuando no se realiza determinada situación pasada, presente o futura en el curso de la vida de la situación y de la relación, por hecho no imputable a las partes. Entonces, la presuposición consiste en la previsión que la situación inicial, sobre la cual la celebración del contrato se funda, permanezca sustancialmente inmutable o no sufra variaciones, según el límite de los riesgos inicialmente asumidos.

Por consiguiente, todo contrato debe contener causas lícitas en atención a las circunstancias existentes al tiempo de su formación, de su celebración y de su ejecución. Es decir, la causa debe ser realizable en la formación del contrato y durante su celebración, y subsistir durante su ejecución. La irrealizabilidad genética transforma el contrato aparentemente válido en un contrato inexistente y la irrealizabilidad funcional transforma al contrato válido y eficaz en un contrato ineficaz.

4.7.1.3. La doctrina de la imprevisión

Para esta doctrina es necesario que la futura alteración de las circunstancias no haya sido subjetivamente prevista y que sea objetivamente imprevisible. La verificación de la imprevisión y de la imprevisibilidad debe ser apreciada en concreto. Más allá de la imprevisión e imprevisibilidad, y de no ser imputable por quien la invoca, la alteración de las circunstancias debe ser de tal modo importante que el cumplimiento riguroso del contrato, sea incompatible con el propio sentido originario y contrario a la buena fe⁽¹⁸⁰⁾.

4.7.1.4. La doctrina de la base del negocio jurídico

Originalmente la base del negocio jurídico era la representación de una de las partes, manifestada en la celebración del negocio y no rechazada por la otra parte, o la representación común por las diversas

⁽¹⁷⁹⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 345.

⁽¹⁸⁰⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 737.

partes, sobre la existencia o la verificación de ciertas circunstancias sobre cuya base se construyó la voluntad negocial⁽¹⁸¹⁾.

La teoría de Oertmann⁽¹⁸²⁾ cambió la noción de la presuposición por *base (geschäftsgrundlage)* negocial: representación exteriorizada (*zutage getretene*) de las partes al celebrar el negocio sobre la existencia de unas circunstancias determinantes (*massgebendes*) para su o sus voluntades.

Base del negocio es la representación de una de las partes, manifestada al celebrar un negocio y reconocida y no rechazada en su significación por la otra, o la representación común de las diversas partes sobre la existencia o la realización de ciertas circunstancias sobre cuya base se construye la voluntad negocial⁽¹⁸³⁾.

Luego se desarrolló la base del negocio en subjetiva y objetiva. La base subjetiva del negocio corresponde a las circunstancias de que ambas partes efectivamente tuvieron conciencia de su subsistencia o de su inmutabilidad. La base objetiva del negocio corresponde al conjunto de circunstancias exteriores al negocio de que las partes no tuvieron conciencia y según las cuales no justificaron subjetivamente su decisión de contratar, pero cuya falta o frustración priva al contrato de su sentido, frustra el fin, dificulta particularmente su cumplimiento o desequilibra el contenido inaceptablemente⁽¹⁸⁴⁾.

Larenz estableció claramente esta diferencia. Base subjetiva del negocio sería lo que las partes realmente se han imaginado y han hecho base de sus decisiones conscientemente. La falta o desaparición de la base objetiva del negocio, se daría si, por circunstancias no tenidas en cuenta por parte de los contratantes, el contrato queda privado de su sentido; en particular, se admite la modificación o la desaparición de la

⁽¹⁸¹⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, págs. 737-738.

⁽¹⁸²⁾ PELLICANO, *op. cit.*, Nota 123 de la página 139: La base es "la representación, valorada por una de las partes en su importancia y no rechazada por la otra, sobre la existencia o realización de determinadas circunstancias sobre cuya base se forma la voluntad negocial".

⁽¹⁸³⁾ FLUME, Werner, *El negocio jurídico*, Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Cuarta edición, no modificada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 584.

⁽¹⁸⁴⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 738.

base objetiva del negocio, si, a consecuencia de un cambio de las circunstancias respecto de la situación existente al tiempo de celebrar el contrato, el cumplimiento de la obligación a que está obligado el deudor queda considerablemente dificultado o la relación entre prestación y contraprestación ha quedado esencialmente alterada⁽¹⁸⁵⁾.

Los motivos y la causa son perfectamente diferenciados cuando Larenz diferencia entre base subjetiva y base objetiva. En primer lugar, como base subjetiva de la determinación de la voluntad de una o ambas partes es la representación mental existente al celebrar el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como base objetiva del contrato, es el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes-, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría sentido, fin u objeto⁽¹⁸⁶⁾.

La base subjetiva es la representación que se manifiesta en la celebración del negocio y juega un determinado rol en el proceso de motivación, mientras la base objetiva está constituida por el conjunto de circunstancias cuya existencia o subsistencia es adecuadamente sobreentendida y está relacionada a la causa del acto de autonomía privada.

El problema de esta teoría es que confunde la desaparición de la base con el error.

La base del negocio en el dominio del error tiene carácter subjetivo, porque se traduce en la falsa representación psicológica de la realidad. La base del negocio en el dominio de la alteración de las circunstancias tiene carácter objetivo, ello no implica una imaginaria falsa representación psicológica de mantenimiento de tales circunstancias. La base del negocio en el error es unilateral:

⁽¹⁸⁵⁾ FLUME, *op. cit.*, pág. 584.

⁽¹⁸⁶⁾ LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 37.

corresponde exclusivamente al errante. La base del negocio en la alteración de las circunstancias es bilateral: corresponde simultáneamente a los dos contratantes⁽¹⁸⁷⁾.

4.7.1.5. La doctrina del riesgo

Esta doctrina propone soluciones diferenciadas obtenidas a partir del contrato, de acuerdo con el plano del riesgo inmanente a cada tipo contractual y a cada contrato concreto. La solución emergente del contrato (o del negocio) proporciona una delimitación más precisa de la realidad para tener en cuenta y permite que, si no fue estipulada una solución en el contrato, se recurra al plano de distribución del riesgo propio del tipo contractual concreto⁽¹⁸⁸⁾.

4.7.1.6. La doctrina de la "frustration"

Los casos más paradigmáticos del derecho inglés son los llamados *coronation cases*. En el caso *Herne Bay Steamboat Co. V. Hutton* (1903), el litigio se centró en el alquiler de un barco de recreo para observar la flota de guerra británica, que para la celebración del evento, se había previsto la coronación del rey Eduardo VII. La ceremonia de coronación fue cancelada por enfermedad del futuro rey, pero el tribunal mantuvo el contrato considerando que no se había frustrado el fin de ver la flota a pesar de la cancelación de la ceremonia de coronación. En los casos *Krell v. Henry* (1903) y *Griffith v. Brymer* (1903) se relacionaron a contratos de arrendamiento de habitaciones con vista para el cortejo de la coronación; en el primero, el contrato fue celebrado antes y, en el segundo, después de la cancelación del cortejo real aunque desconociendo de esta cancelación. En ambos casos, el

⁽¹⁸⁷⁾ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, págs. 344-345.

⁽¹⁸⁸⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 740.

tribunal liberó a las partes de la vinculación asumida como fundamento en la frustración del fin contractual⁽¹⁸⁹⁾.

En efecto, en el *leadig case Krell v. Henry*, una persona había arrendado una habitación (por solo dos días) a fin de poder asistir al cortejo organizado para la coronación del rey Eduardo VII. A causa de una enfermedad del futuro rey, la ceremonia se canceló, así que el arrendatario respecto al contrato celebrado había perdido toda utilidad. La autoridad judicial declaró extinguido el contrato en cuanto había desaparecido los presupuestos, los propósitos y consecuentemente el fundamento (*frustration of purposes*) del contrato celebrado.⁽¹⁹⁰⁾

La *frustration of contract* (que se aplica cuando la prestación contractual se convierte en imposible, ilegal o completamente diversa de aquella originalmente pactada), determina la extinción del contrato y la liberación de los contratantes sin que se configure entre ellos responsabilidad alguna⁽¹⁹¹⁾.

En Italia se vio un caso de frustación del contrato. Dos cónyuges estipularon un contrato de hospedaje y pagaron al hospedante toda la retribución, pero antes de viajar uno de ellos falleció. El cónyuge sobreviviente, en su nombre y en nombre del fallecido, pidió la resolución del contrato y la restitución de lo entregado al hospedante. La Corte de Casación indicó si el acreedor, por un hecho no imputable a él ni a la contraparte, está impedido de «utilizar la prestación», el contrato pierde la aptitud de realizar el interés o desaparece la causa concreta. La imposibilidad de «utilizar la prestación» sería un momento autónomo de extinción de la obligación debido a la sobreviniente falta de la causa concreta del contrato⁽¹⁹²⁾.

⁽¹⁸⁹⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, págs. 740-741.

⁽¹⁹⁰⁾ MARASCO, Gerardo, *La rinegoziatione del contratto, Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Cedam, Padua, 2006, págs. 88-89.

⁽¹⁹¹⁾ MARASCO, *op. cit.*, pág. 89.

⁽¹⁹²⁾ FERRANTE, Edoardo, "Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio", en *Contratto e impresa*, N° 1, Cedam, Padua, 2009, págs. 151-152. El caso se resolvió en la Casación, 20 de diciembre de 2007, n. 26958.

4.7.2. La excesiva onerosidad sobrevenida

En el contrato con prestaciones correspectivas las partes acuerdan un intercambio fundado sobre una valoración económica de las prestaciones, que, en el tiempo, pueden claramente mutar de valor haciendo sucesivamente desequilibrado e inicuo el intercambio⁽¹⁹³⁾.

Cuando la ejecución del contrato está destinada a proyectarse en el tiempo (contratos de ejecución continuada o periódica o de ejecución diferida), pero por un riesgo excepcional (al verificarse los eventos extraordinarios e imprevisibles) se convierte en excesivamente onerosa la ejecución de una prestación, superando el normal riesgo de los cambios de los valores del mercado, el legislador otorga remedios a fin de evitar perjudicar a las partes por cualquier riesgo de desequilibrio económico sobrevenido⁽¹⁹⁴⁾.

La excesiva onerosidad no debe superar el desequilibrio que deriva de los normales cambios de mercado, vale decir, la normal alea del contrato. Asimismo, la excesiva onerosidad debe provenir de eventos extraordinarios e imprevisibles. En ese sentido el deudor de la prestación que se ha convertido excesivamente onerosa es protegido porque no está en situación de retardo (artículo 1440 del CC)⁽¹⁹⁵⁾.

Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 2004 define la excesiva onerosidad como *hardship*:

“Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” (*hardship*))

Hay “excesiva onerosidad” (*hardship*) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo

⁽¹⁹³⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 352.

⁽¹⁹⁴⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 353.

⁽¹⁹⁵⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 353.

de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja”.

Los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 2004 regula los efectos de la excesiva onerosidad como *hardship*:

“Artículo 6.2.3 (Efectos de la “excesiva onerosidad” (*hardship*))

(1) En caso de “excesiva onerosidad” (*hardship*), la parte en desventaja puede reclamar la renegociación del contrato. Tal reclamo deberá formularse sin demora injustificada, con indicación de los fundamentos en los que se basa.

(2) El reclamo de renegociación no autoriza por sí mismo a la parte en desventaja para suspender el cumplimiento.

(3) En caso de no llegarse a un acuerdo dentro de un tiempo prudencial, cualquiera de las partes puede acudir a un tribunal.

(4) Si el tribunal determina que se presenta una situación de “excesiva onerosidad” (*hardship*), y siempre que lo considere razonable, podrá:

- (a) resolver el contrato en fecha y condiciones a ser fijadas; o
- (b) adaptar el contrato con miras a restablecer su equilibrio”.

Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones, del 11 de octubre del 2001 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*),

en vigor desde el 1 de enero del 2002, incorporó el instituto de la excesiva onerosidad de la prestación según la doctrina de la base del negocio jurídico:

“§ 313. Alteración de la base del negocio.

(1) Cuando circunstancias hagan modificar gravemente la base del contrato luego de su perfeccionamiento, de modo tal que las partes no hubiesen celebrado el contrato o lo habrían celebrado con un contenido diverso si hubiesen previsto esta alteración, se puede demandar la adecuación del contrato, en la medida en la cual, teniendo en cuenta todas las circunstancias particulares del caso, en particular la distribución del riesgo prevista por el contrato o por la ley, la conservación del contrato inmodificado no resultará exigible frente de una de las partes.

(2) Estará equiparada a la alteración de las circunstancias aquella situación en la cual las representaciones esenciales sobre la que se establece el contrato se revelen falsa.

(3) Cuando no sea posible o no sea exigible frente a una de las partes la adecuación del contrato, la parte afectada por el desequilibrio puede pretender la resolución del contrato. En caso de relaciones obligatorias de duración, la resolución del contrato es sustituida por el receso”.

En realidad, la presuposición explica el instituto de la excesiva onerosidad de la prestación. De ahí que los acontecimientos sobrevenidos constituyen una variación, una novedad, sólo en tanto la situación inicial sea considerada como unidad de medida de tales novedades, y se haga referencia a ella⁽¹⁹⁶⁾. En realidad, la presuposición consiste en la previsión de que la situación inicial, en la cual se ha fundado la celebración del contrato, se mantenga

sustancialmente inmutada, o no experimente variaciones más allá del límite del riesgo inicialmente prefigurado y asumido⁽¹⁹⁷⁾. Más precisamente, la presuposición consiste en la previsión de que el acaecimiento que se verifique no esté destinado a incidir, alterándola, en la estructura de intereses, tal cual está se presentaba al momento de la celebración del contrato⁽¹⁹⁸⁾.

Pero la excesiva onerosidad de la prestación se explica necesariamente por el aspecto causal del negocio, es decir, aquella función individual del específico contrato, que puede ser identificada por medio de todo elemento, aun cuando no expresado, siempre que esté sea susceptible de ser percibido y evidenciado a través de la interpretación⁽¹⁹⁹⁾.

Tema 4.8: Desistimiento

4.8.1. Definición

El derecho de desistimiento no tiene una recepción clara en nuestro derecho en general porque se confunde con los derechos de la resolución, de la rescisión o de la revocación. Asimismo, la jurisprudencia y la doctrina nacionales desconocen su existencia y por el contrario también lo confunden con otros derechos. De ahí que existe una heterogeneidad del lenguaje legislativo, doctrinal y jurisprudencial⁽²⁰⁰⁾.

⁽¹⁹⁶⁾ FERRI, Giovanni Battista, "De la cláusula «*rebus sic stantibus*» a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación", en *Estudios sobre el contrato en general*, *op. cit.*, pág. 1086.

⁽¹⁹⁷⁾ FERRI, Giovanni Battista, "De la cláusula «*rebus sic stantibus*» a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación", *op. cit.*, págs. 1086-1087.

⁽¹⁹⁸⁾ FERRI, Giovanni Battista, "De la cláusula «*rebus sic stantibus*» a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación", *op. cit.*, pág. 1087.

⁽¹⁹⁹⁾ FERRI, Giovanni Battista, "De la cláusula «*rebus sic stantibus*» a la resolución por excesiva onerosidad de la prestación", *op. cit.*, pág. 1087.

⁽²⁰⁰⁾ CIMMINO, Nelson Alberto, *Il recesso unilaterale dal contratto*, Cedam, Padua, 2000, pág. 4.

En Sudamérica este derecho se analiza muy fragmentariamente. Así por ejemplo en Colombia un sector doctrinario ha definido al desistimiento como la terminación unilateral entendido como un acto jurídico unilateral, recepticio, potestativo y liberatorio, resultado de una voluntad, que, autorizada por la ley o por el contrato, pone fin hacia el futuro una relación contractual, sin necesidad de acudir al juez ni de alegar justa causa, normalmente sin la obligación de pagar contraprestación alguna, pero generalmente con la obligación de respetar un plazo de preaviso⁽²⁰¹⁾. En Chile un sector doctrinario lo denomina ruptura unilateral entendida como facultad de cualquiera de las partes a poner término al contrato, rompiendo así con el carácter judicial de la resolución, que ha sido considerado tradicionalmente como una condición esencial de esta ineficacia⁽²⁰²⁾. En el Perú el derecho de desistimiento se ha analizado como el acto jurídico unilateral en virtud del cual una parte del contrato dispone, sin necesidad de expresar una causa, su disolución⁽²⁰³⁾.

Un ejemplo ilustrativo del desconocimiento del derecho de desistimiento es la Casación N° 2047-2007-Lima de 24 de julio de 2007 sobre si es válida o inválida una estipulación en un contrato por adhesión o una cláusula general de contratación no aprobada administrativamente que establezca, en favor de quien las ha redactado, la facultad de resolver el contrato. En el Décimo Tercer Considerando, la Sala Permanente de la Corte Suprema de la República interpreta que el artículo 1398⁽²⁰⁴⁾ del CC debe ser entendido en el

⁽²⁰¹⁾ MOLINA MORALES, Ranfer, "La terminación unilateral del contrato *ad nutum*", en *Revista de Derecho Privado*, Número, 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pág. 135.

⁽²⁰²⁾ PIZARRO WILSON, Carlos, "La ruptura unilateral del contrato" en AA.VV., *La terminación del contrato*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, pág. 410.

⁽²⁰³⁾ BARCHI VELA OCHAGA, Luciano, "Algunas consideraciones sobre el receso en el Código Civil peruano: A propósito del artículo 1786", en *Advocatus*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 19, Lima, 2008, págs. 303-305.

⁽²⁰⁴⁾ 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

sentido de que es inválida la estipulación contenida en una cláusula general de contratación, no aprobada administrativamente, que establece, en favor de quien la ha redactado, la facultad de resolver el contrato, siempre que dicha facultad se sustente en supuestos diferentes a los reconocidos en nuestra legislación positiva civil. La Casación ignora que el segundo párrafo del artículo 1341⁽²⁰⁵⁾ del Código Civil italiano de 1942 es la norma inspiradora de nuestro artículo 1398. Es decir, la norma italiana establece que es ineficaz la cláusula que no ha sido específicamente aprobada por escrito, la cláusula que establece a favor de quien las ha predispuesto la facultad para desistirse (*recedere*) del contrato.

Otro aspecto del desistimiento es la praxis. Las cláusulas de estilo en los actuales contratos lo confunden con la resolución del contrato:

“Asimismo, y sin necesidad de expresar causa, cualquiera de las partes podrá resolver el presente convenio, comunicando tal decisión a la otra parte mediante carta notarial, cursada con una anticipación no menor de quince (15) días”.

“Sin perjuicio de lo anteriormente estipulado, _____ podrá dar por resuelto el presente contrato antes de su vencimiento, mediante comunicación escrita dirigida a _____ por conducto notarial, y con una anticipación de por lo menos seis meses”.

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.

⁽²⁰⁵⁾ Segundo párrafo del artículo 1341.- *Condiciones generales de contratación.*- En ningún caso tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades para desistir (*recedere*) el contrato o para suspender su ejecución, o bien que establezcan a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial.

“ _____ podrá resolver el presente contrato, comunicando tal decisión a _____ mediante carta notarial cursada con una anticipación no menor de treinta (30) días naturales”.

“ _____ podrá resolver el presente Contrato mediante un aviso que deberá ser cursado con una anticipación no menor de treinta (30) días calendarios a la fecha efectiva de la resolución”.

“En ningún caso _____ tendrá derecho a reclamar a _____ indemnización alguna, sea por daños y perjuicios incluyendo daño emergente o lucro cesante, o por cualquier otro motivo como consecuencia de la resolución unilateral del Contrato”.

Nuestro propósito es conocer realmente el concepto del derecho de desistimiento que debe tratarse entre los supuestos de ineficacia sobrevenida de la teoría general del contrato⁽²⁰⁶⁾.

El desistimiento puede ser definido como la manifestación de voluntad según la cual una de las partes produce la desvinculación total o parcial de la relación jurídica original del contrato⁽²⁰⁷⁾. Menos reciente es la tesis doctrinal que ve en el desistimiento como un acto jurídico no negocial, impugnabile por defecto de la capacidad de entender y de querer. Hoy prevalece la tesis que lo ve como negocio jurídico unilateral, requiriéndose la capacidad de disponer⁽²⁰⁸⁾.

El desistimiento es un poder de cesación unilateral y al mismo tiempo es un medio de extinción del contrato.

(²⁰⁶) KLEIN, Michele, *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas, Madrid, 1997, pág. 24.

(²⁰⁷) ROSELLI, Federico, “Il recesso” en *Il contratto in generale*, Tomo V, en Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone, Volume XIII, A cura di Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori, Giappichelli Editore, Turín, 2002, pág. 259.

(²⁰⁸) ROSELLI, *op. cit.*, pág. 280.

Específicamente el desistimiento es un derecho potestativo⁽²⁰⁹⁾ que permite la extinción del vínculo contractual mediante un acto unilateral de autonomía privada⁽²¹⁰⁾ o es el poder, mediante acto de voluntad unilateral extintivo de los efectos del contrato, de liberarse del vínculo que entre las partes tiene fuerza de ley⁽²¹¹⁾.

En efecto, el desistimiento es el negocio unilateral en que la parte de un contrato lo extingue. Es un instrumento normal y fisiológico de sistematización de los intereses contractuales. En efecto, la facultad de desistimiento está prevista en las normas legales de un gran número de contratos típicos y en la normativa del contrato en general se presenta como posibilidad generalmente ofrecida a la autonomía privada. El desistimiento tiene algunas características que la hacen diferente de otros derechos⁽²¹²⁾.

Es un derecho potestativo de la parte, que está autorizada directamente por la ley (desistimiento legislativo) o por una cláusula de un contrato (desistimiento convencional). Ambas partes o una sola pueden ejercitar tal derecho. El acto de desistimiento es recepticio. Ello indica que la comunicación del desistimiento debe llegar a la dirección del destinatario conforme al artículo 1374 del CC. La formalidad del desistimiento depende si lo prevé la ley o la cláusula. A falta de vínculo formal expreso, el desistimiento debe cumplir la misma formalidad para el contrato que se desiste. No cabe el desistimiento por un comportamiento concluyente. El ejercicio del desistimiento puede ser de todo libre o vinculado a un presupuesto de modo genérico (justa causa) o definido detalladamente.

El desistimiento puede producir un efecto automático o requiere el transcurso del plazo del aviso. Una vez ejercitado el desistimiento y habiendo llegado la comunicación, el desistimiento es irrevocable.

⁽²⁰⁹⁾ CIMMINO, *op. cit.*, págs. 10-11.

⁽²¹⁰⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 313-316.

⁽²¹¹⁾ RAVERA, Enrico, *Il recesso*, Giuffrè Editore, Milán, 2004, pág. 8.

⁽²¹²⁾ ROPPO, *op. cit.*, págs. 541-542.

El desistimiento extingue un contrato vigente sin plazo o un plazo todavía no vencido. La declaración que excluye la renovación de un contrato después de su vencimiento o impide su prórroga no es un desistimiento. Lo común de ambas declaraciones es que impiden la prosecución de los efectos contractuales⁽²¹³⁾.

Este derecho se ejerce extrajudicialmente, lo cual lo convierte en un mecanismo especialmente apto para arbitrar la protección buscada con su concesión, por la rapidez que permite para obtener los efectos pertinentes⁽²¹⁴⁾.

El desistimiento convencional puede aplicarse a los contratos de ejecución instantánea y duradera.

Hay tres tipos de desistimientos legislativos. Los desistimientos de liberación, de autotutela y de arrepentimiento.

El desistimiento legislativo es aplicable a los contratos de duración a tiempo indeterminado. Los desistimientos de liberación se ejercen para liberarse de un vínculo contractual que sería intolerable permanecer vinculado perennemente mellando la libertad de una parte de liberarse del vínculo contractual. Así como existe la libertad de celebrar contratos y de estipular cláusulas, también existe la libertad de desvincularse de los contratos.

Los desistimientos de autotutela protegen contra eventos posteriores a la celebración del contrato que amenazan los intereses contractuales. La liberación del vínculo es el medio con que la parte se protege. Las arras confirmatorias son un ejemplo concreto. Otra hipótesis es el desistimiento por "justa causa", o "justificado motivo" o "graves motivos".

Los desistimientos de arrepentimiento se ejerce por la parte que necesita una especial protección respecto del contrato ya celebrado. Los contratos negociados fuera de la sede de la empresa o a distancia son ejemplos de esta clase de desistimiento.

⁽²¹³⁾ ROPPO, *op. cit.*, pág. 650.

Como regla general es recomendable ejercer el derecho justificadamente, es decir, la parte que quiere desistirse debe ejercer este derecho sin arbitrariedad. De ahí que el artículo 1362 del CC exige que la ejecución del contrato se efectúe conforme a las reglas de la buena fe. El desistimiento debe ejercerse conforme a la buena fe el cual es el parámetro valorativo del uso que en concreto la parte hace del derecho del desistimiento, al interior de las situaciones tipificadas en el reglamento contractual o cuando ellas se contraponen a la razonable confianza creada por la contraparte en la ejecución del contrato⁽²¹⁵⁾. Lo contrario comportará usar anormalmente el derecho. El abuso del derecho de desistimiento es una fuente de responsabilidad por incumplimiento contractual⁽²¹⁶⁾.

El desistimiento ordinario pone fin a una relación de duración sin plazo y el desistimiento extraordinario se reconoce a una parte el poder de extinguir el vínculo contractual⁽²¹⁷⁾. El desistimiento ordinario se ejerce cuando el contrato es a tiempo indeterminado. Su justificación es evitar la perpetuidad de los vínculos obligatorios, salvaguardar la libertad de los particulares y la circulación de los bienes.

El desistimiento extraordinario se ejerce cuando el contrato es a tiempo determinado. Un ejemplo lo tenemos en el actual párrafo 314⁽²¹⁸⁾ del Código Civil alemán. Cuando existe alguna causa

⁽²¹⁴⁾ ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales*, Edersa, Madrid, 2000, pág. 399.

⁽²¹⁵⁾ FERRARA, Ester, "Il recesso" en *Il nuovo contratto*, Obra dirigida por Pier Giuseppe Monateri, Maria Rosaria Marella, Alessandro Somma y Cristina Costantini, Zanichelli Editore, Bologna, 2007, pág. 975.

⁽²¹⁶⁾ FERRARA, *op. cit.*, pág. 976.

⁽²¹⁷⁾ PADOVINI, Fabio, "Il recesso" en *I contratti in generale*, A cura di Enrico Gabrielli, Trattato dei contratti dirigido por Pietro Rescigno, Tomo secondo, Utet, Turín, 1999, pág. 1234.

⁽²¹⁸⁾ § 314.- Desistimiento de relaciones obligatorias duraderas por una causa importante

(1) Cada una de las partes contratantes puede desistir de relaciones obligatorias por una causa importante sin respetar un plazo de desistimiento. Existe una causa importante cuando a la parte que desiste del contrato no se le puede exigir la continuación de la relación contractual hasta la finalización acordada o hasta el transcurso del plazo de desistimiento, sopesando las circunstancias del caso concreto y los intereses de ambas partes.

importante para concluir una relación duradera las partes deben tener el derecho de poder desistir (*Kündigungsrecht*) del contrato. Se trata, según la doctrina y la jurisprudencia, de un desistimiento extraordinario, diferente, pues del desistimiento ordinario. Para que tenga lugar el desistimiento extraordinario es necesario que haya una causa importante (*wichtiger Grund*) que pueda justificar que se termine antes de tiempo el vínculo contractual⁽²¹⁹⁾. Hay causa importante cuando a la parte que desiste no se le puede exigir la continuación de las relaciones contractuales –verdaderamente decisivo para desistir-, debiéndose tener en cuenta, para ello, todas las circunstancias del caso concreto y valorando los intereses de ambos contratantes. Cuando la causa importante consiste en la lesión de un deber del contrato –uno de los supuestos más frecuentes-, el desistimiento sólo es posible después de que haya concluido el plazo para desistir o no haya tenido éxito la intimidación⁽²²⁰⁾. La otra parte del contrato, frente a la cual se quiere hacer uso del desistimiento, debe tener conocimiento de la causa de desistimiento. Por otra parte, quien quiera desistir lo debe hacer dentro de un plazo razonable, ya que de lo contrario falta el presupuesto principal de la causa para desistir, esto es, que no le sea exigible la continuación de las relaciones contractuales duraderas⁽²²¹⁾.

Sobre el plano de la fuente, es necesario distinguir el desistimiento convencional, pactado en el contrato a favor de una o de

(2) Si existe una causa importante por el incumplimiento de un deber contractual, no se permite el desistimiento del contrato antes de que haya transcurrido sin efecto un plazo de subsanación o se haya producido sin éxito una interpelación. Aquí será de aplicación lo previsto por el numeral 2 del § 323.

(3) La parte que tenga derecho a ello, sólo puede desistir dentro de un plazo razonable, una vez que haya tenido conocimiento de la causa de desistimiento.

(4) No queda excluido el derecho a solicitar indemnización de daños por el desistimiento.

(219) ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen, "Un nuevo Derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB", en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LV, Fascículo III, Julio-septiembre, Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2002, págs. 1196-1197.

(220) ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pág. 1197.

(221) ALBIEZ DOHRMANN, *op. cit.*, pág. 1198.

ambas partes y, por eso, deriva de la autonomía privada, del desistimiento legislativo, autorizado por el legislador en diferentes contextos y por diversas razones.

Es necesario encontrar las características comunes y diferentes del derecho de desistimiento porque no hay un derecho de desistimiento único. El mismo no cumple una sola función. De ahí que la doctrina debe cumplir una función de sistematización que coadyuve a la jurisprudencia y a los operadores jurídicos en el conocimiento de este derecho.

4.8.2. Desistimiento convencional

Las partes, mediante el contrato, pueden reconocer a una de ella, o también a ambas, el derecho potestativo de desistimiento, cuyo ejercicio ocasiona la extinción unilateral del contrato.

En general el desistimiento no puede ser ejercitado después que el contrato haya empezado a ejecutarse salvo en dos casos.

El primer caso es cuando las partes pacten expresamente que puede ejercitarse el derecho de desistimiento sucesivamente del inicio de la ejecución del contrato.

El segundo caso es que el desistimiento puede ser ejercitado sucesivamente al inicio de la ejecución del contrato en los contratos de ejecución continuada o periódica.

El desistimiento en los contratos de ejecución continuada o periódica no tendrá efecto en cuanto a las prestaciones ya ejecutadas o en curso de ejecución.

También es frecuente que el contrato reconozca el derecho de desistimiento siempre y cuando su ejercicio comporte la obligación de pago de un corresponsivo (la llamada multa penitencial) cuya falta de cumplimiento impide la misma eficacia del desistimiento (artículo 1480 del CC).

Asimismo las partes pueden acordar el pago inmediato del correspondiente del desistimiento al momento de la celebración del contrato (las llamadas arras penitenciales). En tal caso, quien se desiste pierde las arras entregadas o debe restituir el doble de aquellas que recibió (Artículo 1481 del CC).

El desistimiento convencional pactado en los contratos por adhesión y en las cláusulas contractuales generales a favor del predisponente tiene el carácter de vejatoria (artículo 1398 del CC).

En el área de los contratos con los consumidores, se presume un desequilibrio de la previsión del desistimiento a favor del proveedor. También cabe que en estos contratos se limite el desistimiento a favor de los consumidores.

El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1045 que aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección del Consumidor, que modifica el artículo 13 del Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI-Texto Único Ordenado, incorpora en el inciso e) una prohibición del proveedor de establecer limitaciones injustificadas o no razonables al derecho del consumidor de ponerle fin a un contrato, así como a la forma como éste puede hacerlo. No hay duda que este derecho de ponerle fin a un contrato es el derecho de desistimiento.

Alguna doctrina ha resaltado que el derecho de desistimiento es atribuido al consumidor imperativamente, lo cual comporta, a su vez, que tenga carácter irrenunciable⁽²²²⁾.

4.8.3. Desistimiento legislativo

Las hipótesis de desistimiento legislativo realizan diferentes funciones.

Las funciones liberatoria, de autotutela, de arrepentimiento respecto del otro contratante y de arrepentimiento de la operación económica.

⁽²²²⁾ ÁLVAREZ MORENO, *op. cit.*, pág. 401.

El desistimiento, permite a las partes de un contrato de duración estipulado a tiempo indeterminado de liberarse de un compromiso que se prolongaría indefinidamente (función liberatoria) como el artículo 1365 del CC.

En otras normativas, el justificado motivo o la justa causa del desistimiento son condiciones imprescindibles para el ejercicio del derecho. En este caso el desistimiento es un medio de impugnación del contrato o mejor instrumento de autotutela, porque satisface directamente su interés de desvincularse del contrato sin tener que recurrir al poder judicial o a un tribunal arbitral. Ejemplos los tenemos en los artículos 1433, 1478 y 1769 del CC.

El desistimiento penitencial se aplica a dos hipótesis.

La primera hipótesis se refiere al posible repensamiento de un contratante respecto a un contrato de naturaleza fiduciaria. Se trata de un arrepentimiento respecto del otro contratante como los artículos 1613 y 1786 del CC.

La segunda hipótesis del desistimiento penitencial se refiere a un verdadero arrepentimiento de la operación económica, justificado por la particular debilidad de uno de los contratantes (por ejemplo, el consumidor) y de las circunstancias de la contratación o del tipo de acto celebrado.

El *ius poenitendi* se configura como derecho de desistimiento legislativo reconocido al consumidor para particulares categorías o tipos de contratos. El desistimiento solo puede ser ejercitado dentro de un determinado periodo de tiempo, que transcurre desde la celebración del contrato.

Este derecho de desistimiento se configura como una manifestación del propósito del consumidor de extinguir unilateralmente el contrato, con una simple declaración de voluntad que no requiere justificaciones o motivaciones. Solo tendrá que cumplir una carga de formalidad.

Este poder de manifestar el arrepentimiento de la operación económica haya fundamento y legitimidad en la debilidad del consumidor por dos razones.

La primera razón es “la agresión y la sorpresa” a través de las nuevas formas de contratación que no le permiten ponderar adecuadamente la conveniencia de la operación.

La segunda razón es por la necesidad de ponderar ulteriormente las cláusulas que contienen tecnicismos que implican riesgos que debe comprometerse a asumir.

El artículo 5 de la Directiva 85/577/CEE del Consejo europeo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales establece que el consumidor tendrá el derecho de renunciar (en realidad derecho de desistimiento) a los efectos de su compromiso mediante el envío de una notificación en un plazo mínimo de siete días, a partir del momento en que el consumidor haya recibido la información de acuerdo con las modalidades y condiciones establecidas en la legislación nacional.

El artículo 5 de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre de 1994 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido contempla el derecho a resolver (en realidad derecho de desistimiento) el contrato sin alegar motivos (*ad nutum*) dentro de un plazo de diez días naturales a partir de la firma del contrato por ambas partes o de la firma por ambas partes de un contrato preliminar vinculante.

El artículo 49 del Código de Defensa de Consumidor de Brasil de 1990 indica que el consumidor puede desistirse del contrato, en el plazo de 7 días contados desde la suscripción o desde el acto de recepción del producto o servicio, siempre que la contratación de suministro de

productos y servicios se realice fuera del establecimiento comercial, especialmente por teléfono o a domicilio.

El artículo 6 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997 relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia contempla para el consumidor un plazo mínimo de siete días laborables para rescindir (en realidad derecho de desistimiento) el contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos.

El numeral 1 del artículo 64 del Código de Consumo de Italia de 2005 establece que para los contratos y para las ofertas contractuales a distancia o negociados fuera de los locales comerciales, el consumidor tiene el derecho de desistimiento sin ninguna penalidad y sin especificar el motivo, dentro del plazo de 10 días laborables.

El Proyecto de Ley N° 1944-2007-CR del Congreso de la República del Perú propone regular el derecho a retractarse o a desistirse en caso de ventas fuera de local comercial y de ventas agresivas. La denominación que se usó en el proyecto antes de la observación del Poder Ejecutivo fue la de "derecho de retracto".

La legislación europea e iberoamericana de protección al consumidor que regula el derecho de desistimiento a favor del consumidor nos demuestra una vez más una ausencia de estudios sistemáticos.

El derecho de desistimiento es estudiado por la doctrina del Derecho Civil que no pierde su calidad científica de estudiar los conceptos y los institutos mediante el uso del método dogmático o sistemático.

4.9. Ineficacia en sentido estricto por ausencia de legitimidad para contratar y fraude a los acreedores

4.9.1. Ausencia de legitimidad para contratar

La legitimidad para contratar puede definirse como la competencia para obtener o para soportar los efectos jurídicos del reglamento de intereses del cual se ha aspirado: competencia, que resulta de una específica posición del sujeto respecto a los intereses que se trata de regular. El problema de la legitimidad es el de considerar quién y frente a quién, puede correctamente celebrar el negocio para que éste pueda desplegar los efectos jurídicos conformes a su función y congruentes con el conjunto de los intereses respectivos de las partes⁽²²³⁾.

La regla fundamental de la legitimidad es la de la identificación o coincidencia entre el sujeto del negocio (o el sujeto para el que el negocio es realizado) y el sujeto de intereses, y por ello, de las relaciones jurídicas sobre las que nacen del negocio⁽²²⁴⁾.

La legitimidad resulta siempre de una relación privilegiada entre la persona que se comporta y los concretos intereses o situaciones sobre los cuales ella está habilitada a obrar⁽²²⁵⁾.

Tienen legitimidad para celebrar un negocio jurídico los titulares de los intereses cuya reglamentación forma el contenido de ese negocio jurídico⁽²²⁶⁾.

El constructor del concepto de legitimidad fue Betti quien dijo que existe legitimidad conjunta del marido con la esposa en los actos de disposición de bienes o de créditos⁽²²⁷⁾.

La legitimidad es una cualidad de un sujeto que lo habilita a comportarse en el ámbito de una situación jurídica considerada. Las personas disponen de libertades generales de actuar. Además de ello, ellas pueden beneficiarse de ciertas situaciones jurídicas *máxime* de derechos subjetivos. Mientras, en abstracto, las libertades pueden ser ejercidas por todos, las situaciones jurídicas sólo son, en principio,

⁽²²³⁾ BETTI, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002, pág. 221.

⁽²²⁴⁾ BETTI, *op. cit.*, pág. 221.

⁽²²⁵⁾ PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 91.

⁽²²⁶⁾ GALVÃO TELLES, *op. cit.*, pág. 401.

⁽²²⁷⁾ BETTI, *op. cit.*, pág. 224.

ejercitables por los sujetos a quienes corresponda o que, por tanto, tengan de una especial habilitación jurídica: tales sujetos tienen una necesaria legitimidad⁽²²⁸⁾.

Es importante poner en realce que la legitimidad para contratar es la "capacidad normativa, es decir, la capacidad de producir efectos jurídicos"⁽²²⁹⁾. Entonces, la ausencia de legitimidad para contratar produce la ineficacia del contrato y no la invalidez⁽²³⁰⁾.

La ausencia de legitimidad para contratar conlleva a la ineficacia. El antecedente legislativo de esta solución está en el párrafo 185 del Código Civil alemán de 1900:

"§185. Disposición de un no titular

1. Una disposición que lleve a cabo sobre un objeto un no titular, es eficaz si se realiza con el asentimiento del titular.
2. La disposición es eficaz, si el titular la ratifica o si el disponente adquiere el objeto o si se hereda por el titular y éste responde ilimitadamente por las obligaciones sucesorias. En los dos últimos casos, si se han realizado sobre el objeto varias disposiciones incompatibles entre sí, sólo es eficaz la primera disposición".

La disposición o el poder de disposición es la declaración de voluntad que produce inmediatamente una pérdida de derecho o una modificación gravosa, o sea, un negocio jurídico por el cual se

⁽²²⁸⁾ MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português, I, Parte General*, Tomo IV, *Exercício jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 15.

⁽²²⁹⁾ DI MAJO, Adolfo, Voz "Legitimazione negli atti giuridici" en *Enciclopedia del Diritto*, Tomo XXIV, Giuffrè, Varese. 1967, pág. 54.

⁽²³⁰⁾ FALZEA, Angelo, *Voci di teoria generale del diritto*, Terza edizione accresciuta, Giuffrè, Milán, 1985, págs. 229-230. En el mismo sentido: TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Quarantesima prima edizione, Dirigido por Giuseppe Trabucchi, Cedam, Padua, 2004, pág. 152. BIANCA, Massimo, PATTI, Guido y PATTI, Salvatore, *Lessico di diritto civile, Lessici di diritto*, Terza

transmite, se grava, se modifica en su contenido o se extingue inmediatamente un derecho⁽²³¹⁾.

La disposición es ineficaz, en principio, si se realiza sin poder de disposición. No se produce ninguna transmisión de derechos⁽²³²⁾. Pero puede hacerse eficaz en virtud de la ratificación⁽²³³⁾.

El poder de disposición es la legitimidad para contratar⁽²³⁴⁾.

Así por ejemplo es claro que los actos de disposición o de gravamen nombrados en el artículo 315 del CC están incluidos en el concepto de disposición el cual comprende tanto la transmisión de un derecho como la constitución de un gravamen.

Esta consecuencia jurídica –eficacia o ineficacia según sea el caso– ha sido tomada en cuenta por nuestro CC. La legitimidad para contratar se aplica a varios casos como por ejemplo a la representación, a la disposición de los bienes de la sociedad de gananciales, a la disposición de los bienes en copropiedad, a la compraventa de bienes ajenos y al arrendamiento de los bienes en copropiedad.

En términos generales, en todos los casos señalados existen tres características comunes.

La primera característica común es que quien dispone, transfiere o grava un derecho a un tercero sin asentimiento o sin autorización del verdadero titular del derecho, carece de legitimidad para contratar. Ello implica que el ordenamiento jurídico no permite que el contrato

edición, Giuffrè Editore, Milán, 2001, págs. 440-441. PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 270.

⁽²³¹⁾ ENNECCERUS, Ludwig, *Derecho Civil (Parte General)*, Décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de la 39ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1935, pág. 34.

⁽²³²⁾ FLUME, *op. cit.*, pág. 1043.

⁽²³³⁾ ENNECCERUS, *op. cit.*, pág. 43. Otros lo llaman convalidación: LARENZ, Karl, *Derecho civil, Parte general*, Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, De la Tercera edición original alemana de 1975, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978, pag. 671. FLUME, *op. cit.*, págs. 1057-1058.

⁽²³⁴⁾ TRABUCCHI, *op. cit.*, pág. 97. TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, *Manuale di diritto privato*, Diciassettesima edizione, Giuffrè, Milán, 2004, pag. 93. PERLINGIERI, Pietro y FEMIA, P, "Dinamica delle situazione soggettive" en *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, págs. 82-83.

celebrado produzca efectos jurídicos en la esfera jurídica del verdadero titular porque una parte no tenía el poder de disponer, de transferir o de gravar un derecho.

En los ejemplos (el representante sin autorización, el cónyuge sin asentimiento del otro cónyuge, el copropietario sin asentimiento de los otros copropietarios y el vendedor sin autorización del verdadero titular), los sujetos mencionados no tienen legitimidad para contratar, es decir, no son titulares de derechos y, por lo tanto no pueden transferirlos o gravarlos. Los contratos celebrados no afectarán jurídicamente a los verdaderos titulares de los derechos. Ellos serán inoponibles, es decir, tales contratos no producirán efectos jurídicos en el verdadero titular del derecho.

Una segunda característica es que el verdadero titular del derecho tiene el poder de solicitar la inoponibilidad o de formular la excepción de inoponibilidad del contrato celebrado entre el no titular del derecho y un tercero. Este poder de pedir la inoponibilidad o plantear la excepción de inoponibilidad tiene como consecuencia práctica que se declare que el contrato en mención es ineficaz para el verdadero titular o se impida la aplicación de los efectos jurídicos. En otros términos, la acción de inoponibilidad o la excepción de inoponibilidad otorgan al verdadero titular la protección de declarar que los efectos del contrato celebrado entre un no titular del derecho y el otro contratante no le afectan o que no se le aplican a su esfera jurídica. Su titularidad permanece incólume e inatacable.

Por último, una tercera característica es que la acción de inoponibilidad no tiene plazo de prescripción. En el CC no se regula expresamente el plazo de prescripción para ejercer la acción de inoponibilidad. En ese sentido, toda persona tiene derecho de pedir la inoponibilidad de un contrato para que no lo perjudique o afecte jurídicamente. El inciso a) del numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política indica que toda persona tiene derecho a la libertad y por eso "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni

impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Como quiera que no existe una ley expresa que impida ejercer la acción de inoponibilidad dentro de un plazo determinado, el ordenamiento jurídico debe proteger al verdadero titular de un derecho concediéndole el poder de pedir que judicial o arbitralmente se declare la inoponibilidad de un contrato celebrado entre un no titular de un derecho y el otro contratante.

En efecto, ingenuamente se puede decir que la acción de inoponibilidad es una acción personal o una acción revocatoria al amparo de los numerales 1 y 4 del artículo 2001 del CC respectivamente. Ello es incorrecto por cuanto no existe tipificado el plazo de la prescripción de las acciones de inoponibilidad. El plazo prescriptivo de 10 años para las acciones personales es inaplicable para ejercer el poder de inoponibilidad. Las acciones personales están reguladas, como regla general, para proteger contratos válidos y eficaces pero no para contratos ineficaces parcialmente. Esta interpretación está acorde con la protección del derecho fundamental de toda persona de no ser limitada en su derecho de pedir protección jurídica.

Es claro que el artículo 2001 del CC es una norma imperativa y no cabe efectuar una interpretación extensiva. En todo caso se hacen interpretaciones extensivas en aquellas normas que favorecen la libertad de los sujetos o les dispensan mejor trato pero no en aquellas que imponen limitaciones a la libertad de los sujetos, o que restringen sus derechos. La previsión de una norma imperativa es el resultado de una valoración de oportunidad que compete exclusivamente a la ley y de la cual el intérprete no puede apartarse ni ampliar ni restringir.

4.9.2. Fraude a los acreedores

La pregunta que nos formulamos es la siguiente: ¿El mecanismo de protección de fraude contra los acreedores es incompatible con el remedio de la nulidad? Es decir, analizaremos si el poder del acreedor

de solicitar la declaratoria judicial de ineficacia relativa o de inoponibilidad de los actos de disposición realizados por el deudor antes o después del surgimiento del crédito es idóneo autónomamente frente a la tutela jurídica de la nulidad.

La nulidad es la negación de la tutela conservativa del negocio jurídico. Ella, más precisamente, es la particular condición del reglamento o programa, que, no siendo idóneo a la conexión de los efectos típicos y fundamentales y no pudiendo como tal pretender la garantía jurídica de la propia realización, ni siquiera puede pretender la propia conservación por la contradicción lógica y normativa que no permite una conservación. El fraude contra los acreedores, por el contrario, no anula el acto de disposición sino lo convierte en ineficaz parcialmente o inoponible en la esfera jurídica del acreedor.

La normativa del CC nos puede inducir a responder que ambos remedios son incompatibles porque están normados en títulos diferentes. La ineficacia o la inoponibilidad a favor de los acreedores (Título VII) y la nulidad (Título IX) no podrán ser utilizados conjuntamente porque se supone que el acto de disposición es perfectamente válido⁽²³⁵⁾ pero perjudicial para el derecho de crédito y por ello basta pedir que se declare judicialmente que tal acto es relativamente ineficaz para el acreedor⁽²³⁶⁾.

Se ha dicho que la "acción revocatoria" es un medio legal de conservación de la garantía patrimonial consistente en el poder del acreedor (revocante) de demandar judicialmente que sean declarados ineficaces los actos de disposición del patrimonio efectuados por el

⁽²³⁵⁾ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Traducción y Notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, Tomo II, Pág. 397. NATOLI, Ugo, "Revocatoria ordinaria" en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Varese, 1959, Tomo IV, págs. 890-891. D'ERCOLE, Stefano, "L'azione revocatoria", en *Trattato di diritto privato*, Diretto da Pietro Rescigno, 20, *Tutela dei diritti*, Utet, Tomo secondo, Turín, 1985, pág. 144.

⁽²³⁶⁾ MORALES HERVIAS, Rómulo, "Fraude contra los acreedores como remedio de invalidez o de ineficacia" en *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 100, Enero, Año 12, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, págs. 139-140.

deudor en potencial perjuicio de su crédito⁽²³⁷⁾. Este poder sería de naturaleza procesal según la cual no corresponde directamente una situación de sujeción del demandado, destinado a sufrir los efectos de la sentencia del juez⁽²³⁸⁾. Por el contrario, pensamos que el poder de inoponibilidad es un derecho potestativo sustancial como tutela constitutiva o mejor un poder no solamente de activar la intervención del juez sino el poder de tutelar un interés prevalente sobre otros sujetos, o sea, una posición de derecho sustancial⁽²³⁹⁾.

Los intereses de los acreedores a la conservación del derecho de crédito se convierten relevantes cuando la actividad o la inercia del deudor perjudican potencial y efectivamente la posibilidad de satisfacer el crédito sobre los bienes del deudor. Lo que viene tutelado es el interés de los acreedores a asegurar la satisfacción de sus derechos crediticios.

Los actos que implican la pérdida o la limitación de los derechos patrimoniales del deudor o a la asunción de pasividad son los actos de disposición del patrimonio del acreedor. Son los actos que el deudor enajena, limita, renuncia o modifica derechos patrimoniales o asume pasividad. Pueden ser actos jurídicos en sentido estricto y negocios jurídicos.

La función de la "acción revocatoria" es tutelar al acreedor contra los actos de disposición que ponen en peligro el derecho de crédito. Se tutela al acreedor para que pueda solicitar judicialmente la ineficacia de los actos perjudiciales efectuados por el deudor. Por ello, el ordenamiento jurídico otorga al acreedor el poder revocatorio⁽²⁴⁰⁾.

Basta el conocimiento del alcance del acto en cuanto pueda suponer un potencial perjuicio a la garantía patrimonial que

⁽²³⁷⁾ BIANCA, Massimo, *Diritto civile, La responsabilità*, 5, Giuffrè Editore, Milán, 1999, pág. 433.

⁽²³⁸⁾ BELVEDERE, Andrea, "Il linguaggio del codice civile: Alcune osservazioni" en *Trattato di diritto privato*, Diretto da Pietro Rescigno, 21, Saggi, aggiornamenti, indici, Utet, Turín, 1987, pág. 11.

⁽²³⁹⁾ BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, 5, *op. cit.*, págs. 437-438.

⁽²⁴⁰⁾ BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, 5, *op. cit.*, págs. 434-435.

corresponde a los acreedores sobre el patrimonio del deudor⁽²⁴¹⁾. Esta garantía patrimonial tiene fundamento en los códigos civiles de Italia (artículo 2740⁽²⁴²⁾) y de Portugal (artículo 601⁽²⁴³⁾) como límite a la libertad de disposición del deudor⁽²⁴⁴⁾.

El efecto de la revocatoria con relación a los terceros es la ineficacia relativa o inoponibilidad del acto revocante al acreedor revocante mientras respecto a las partes y respecto a los otros acreedores el acto revocado conserva su eficacia. Así las cosas, el fundamento sustancial de la acción revocatoria se puede seguramente identificar en una ineficacia doblemente relativa del acto de disposición del deudor con referencia a los sujetos y a los límites en que se verifican⁽²⁴⁵⁾.

Esta consecuencia jurídica es aceptada mayoritariamente por la doctrina europea. En efecto, son inoponibles a los terceros o a algunos terceros el contrato celebrado conscientemente por las dos partes en fraude del acreedor de una de ellas (inciso c) del numeral del artículo 154 del Anteproyecto del Código Europeo de los Contratos).

El acreedor tiene el poder de solicitar la declaración de ineficacia del acto y la sentencia tiene una naturaleza meramente declarativa. La naturaleza declarativa de la sentencia implica la ineficacia originaria del acto y por eso el acto conserva su eficacia con relación a los acreedores que no hayan ejercitado la acción⁽²⁴⁶⁾.

El Código Civil peruano de 1936 denominaba al remedio del fraude contra los acreedores como acción de anulabilidad o acción

⁽²⁴¹⁾ BETTI, *Teoría general de las obligaciones*, op. cit., pág. 453.

⁽²⁴²⁾ Artículo 2740 del Código Civil italiano de 1942. *Responsabilidad patrimonial*. - El deudor responde del cumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros.

Las limitaciones de la responsabilidad no son admitidas sino en los casos establecidos por la ley.

⁽²⁴³⁾ Artículo 601 del Código Civil portugués de 1966. *Principio general*.

Para el cumplimiento de la obligación responden todos los bienes del deudor susceptibles de prenda, sin perjuicio de los regimenes especialmente establecidos como consecuencia de la separación de patrimonios.

⁽²⁴⁴⁾ D'ERCOLE, op. cit., pág. 145.

⁽²⁴⁵⁾ NATOLI, op. cit., pág. 889.

⁽²⁴⁶⁾ BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, 5, op. cit., pág. 457.

revocatoria. De ahí que se decía que el efecto de la pauliana es que no subsista el acto impugnado y la cosa se restituya al deudor en el mismo estado en que se hallaba antes del acto invalidado. Así, si el acto fue oneroso, igualmente el bien volverá a poder del deudor, devolviendo éste al tercero el exiguo precio que le había pagado, o se levantará el gravamen real establecido sobre el bien. Las cosas vuelven a su estado anterior⁽²⁴⁷⁾.

Es claro que el legislador y la doctrina del Código Civil de 1936⁽²⁴⁸⁾ confundía revocación con anulabilidad por la influencia del Código Civil de Argentina de 1871⁽²⁴⁹⁾. En ambos códigos se utiliza

⁽²⁴⁷⁾ LEÓN BARANDIARÁN, José, *Manual del acto jurídico*, Tercera edición aumentada y corregida, Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1964, pág. 41.

⁽²⁴⁸⁾ Código Civil peruano de 1936:

Artículo 1098.- Los actos de disposición a título gratuito practicados por el deudor insolvente, o reducido a la insolvencia por causa de dichos actos, pueden ser revocados a instancia de los acreedores,

Artículo 1099.- Serán igualmente anulables los actos onerosos practicados por el deudor insolvente, cuando su insolvencia fuere notoria, o hubiese fundado motivo para ser conocida del otro contratante.

Artículo 1100.- Si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, ha transferido a otro los derechos que de aquel adquiriera, la acción de los acreedores será admisible contra el tercero, cuando la transmisión a favor de éste se hubiese operado por un título gratuito. Si la transmisión tuvo lugar a título oneroso, la revocación sólo será posible, si el subadquirente obró de mala fe.

Artículo 1101.- Anulados los actos del deudor, las ventajas resultantes de la revocación aprovecharán a todos los acreedores.

Artículo 1102.- Sólo los acreedores cuyos créditos sean de fecha anterior al acto impugnado, podrá ejercitar la acción revocatoria.

Artículo 1168.- Se prescriben:

3. A los dos años de la fecha de la celebración, la acción para anular los actos o contratos en que hubo error, dolo, fraude, coacción o incapacidad relativa del agente.

En caso de coacción, este plazo se cuenta a partir del día en que ella cesó, y en el de incapacidad relativa, desde aquél en que el agente adquirió la plena capacidad.

⁽²⁴⁹⁾ Código Civil argentino de 1871:

Artículo.961. Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos.

Artículo 962. Para ejercer esta acción es preciso:

1 - Que el deudor se halle en estado de insolvencia. Este estado se presume desde que se encuentra fallido;

2 - Que el perjuicio de los acreedores resulte del acto mismo del deudor, o que antes ya se hallase insolvente;

3 - Que el crédito, en virtud del cual se intenta acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor.

indistintamente los vocablos “revocación” y “nulidad”. Por lo tanto, el efecto restitutorio era un efecto natural del ejercicio del remedio del fraude contra los acreedores entendido como revocatorio o anulable.

Esta confusión ha influenciado en la colocación del remedio del fraude contra los acreedores en el Libro II del CC. En este orden de

Artículo 963. Exceptúense de la condición 3 del artículo anterior, las enajenaciones hechas por el que ha cometido un crimen, aunque consumadas antes del delito, si fuesen ejecutadas para salvar la responsabilidad del acto, las cuales pueden ser revocadas por los que tengan derecho a ser indemnizados de los daños y perjuicios que les irroge el crimen.

Artículo 964. Si el deudor por sus actos no hubiere abdicado derechos irrevocablemente adquiridos, pero hubiese renunciado facultades, por cuyo ejercicio hubiera podido mejorar el estado de su fortuna, los acreedores pueden hacer revocar sus actos, y usar de las facultades renunciadas. Artículo 965. La revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubiesen pedido, y hasta el importe de sus créditos.

Artículo 966. El tercero a quien hubiesen pasado los bienes del deudor, puede hacer cesar la acción de los acreedores, satisfaciendo el crédito de los que se hubiesen presentado, o dando fianzas suficientes sobre el pago íntegro de sus créditos, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos.

Artículo 967. Si el acto del deudor insolvente que perjudicase a los acreedores fuere a título gratuito, puede ser revocado a solicitud de éstos, aun cuando aquel a quien sus bienes hubiesen pasado, ignorase la insolvencia del deudor.

Artículo 968. Si la acción de los acreedores es dirigida contra un acto del deudor a título oneroso, es preciso para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese medio defraudar a sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado, haya sido cómplice en el fraude.

Artículo 969. El ánimo del deudor de defraudar a sus acreedores por actos que les sean perjudiciales, se presume por su estado de insolvencia. La complicidad del tercero en el fraude del deudor, se presume también si en el momento de tratar con él conocía su estado de insolvencia.

Artículo 970. Si la persona a favor de la cual el deudor hubiese otorgado un acto perjudicial a sus acreedores, hubiere transmitido a otro los derechos que de él hubiese adquirido, la acción de los acreedores sólo será admisible, cuando la transmisión de los derechos se haya verificado por un título gratuito. Si fuese por título oneroso, sólo en el caso que el adquirente hubiese sido cómplice en el fraude.

Artículo 971. Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenaciones de propiedades, éstas deben volverse por el que las adquirió, cómplice en el fraude, con todos sus frutos como poseedor de mala fe.

Artículo 972. El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores, deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe, o cuando se hubiere perdido.

Artículo 1045. Son anulables los actos jurídicos, cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental, como si por cualquiera causa se hallasen privados de su razón, o cuando no fuere conocida su incapacidad impuesta por la ley al tiempo de firmarse el acto, o cuando la prohibición del objeto del acto no fuese conocida por la necesidad de alguna investigación de hecho, o cuando tuviesen el vicio de error, violencia, fraude o simulación; y si dependiesen para su validez de la forma instrumental, y fuesen anulables los respectivos instrumentos.

ideas, se ha manifestado que no se puede perdonar que el legislador le haya hecho sitio, toscamente, a las normas sobre fraude de acreedores en el libro del acto jurídico, por el simple hecho de que leyó en un manual que el "fraude" era materia negocial (sólo que se trataba del fraude a la ley, que no aparece en el texto), y no reparó en que estaba despedazando la bien coordinada regulación italiana sobre la protección civil de los derechos⁽²⁵⁰⁾. Basta comparar los artículos 1344⁽²⁵¹⁾ y 2901⁽²⁵²⁾ y siguientes del Código Civil italiano para comprobar lo afirmado.

El vocablo revocación se mantiene en el numeral 4 del artículo 2001 del CC cuando se establece un plazo prescriptivo de dos años a la "acción revocatoria". La "acción revocatoria" no es una "acción de ineficacia". ¿Cómo aplicamos la ratificación del acreedor respecto del acto de disposición celebrado entre el deudor y el tercero?

Este problema de denominación no ha afectado a la doctrina francesa a pesar de lo regulado en su código civil⁽²⁵³⁾ al calificar el

⁽²⁵⁰⁾ LEÓN, Leysser, L., *El sentido de la codificación*, Palestra, Lima, 2004, pág. 281.

⁽²⁵¹⁾ Artículo 1344 del Código Civil italiano de 1942.- *Contrato en fraude a la ley*.- Se reputa asimismo ilícita la causa cuando el contrato constituya un medio para eludir la aplicación de una norma imperativa.

⁽²⁵²⁾ Artículo 2901 del Código Civil italiano de 1942. *Condiciones*.- El acreedor, incluso si el crédito está sujeto a condición o a plazo, puede demandar que sean declarados ineficaces frente a él los actos de disposición del patrimonio con los cuales el deudor ocasione perjuicio a sus intereses, cuando concurren las siguientes condiciones:

1) Que el deudor haya conocido el perjuicio que el acto ocasionaba a los intereses del acreedor o que, tratándose de un acto anterior al surgimiento del crédito, el acto fuera dolosamente predispuesto con el fin de perjudicar la satisfacción del mismo.

2) Que, además, tratándose de acto a título oneroso, el tercero haya sido consciente del perjuicio, y en el caso de un acto anterior al surgimiento del crédito, que haya sido partícipe de la predisposición dolosa.

Para efecto de la presente norma, las prestaciones de garantías, incluso por otras deudas, se consideran actos a título oneroso, cuando fueran simultáneas al crédito garantizado.

No es susceptible de revocación el cumplimiento de una deuda vencida.

La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de revocación.

⁽²⁵³⁾ Código Civil de Francia de 1804:
Artículo 622. Los acreedores del usufructuario pueden hacer anular la renuncia que haya hecho en su perjuicio.

remedio fraudulento contra los acreedores como acción de inoponibilidad. El contrato es oponible a los acreedores de las partes porque ellos tienen un derecho de prenda general sobre el patrimonio de su deudor y por lo mismo deben sufrir todas las fluctuaciones del estado de este patrimonio, que resultan de actos realizados por el deudor⁽²⁵⁴⁾.

Tampoco la doctrina española ha sido influenciada por su código civil⁽²⁵⁵⁾ al establecer que la acción revocatoria no produce la nulidad absoluta ni la nulidad relativa del acto impugnado, sino tan sólo hace ineficaz relativamente frente a los acreedores perjudicados del acto en cuestión⁽²⁵⁶⁾.

Puede acontecer que un acto de disposición efectuado por el deudor sea nulo porque está incurso en una causal de nulidad y al mismo tiempo pueda ser declarado ineficaz o inoponible mediante el ejercicio del poder del remedio del fraude contra los acreedores. Es

Artículo 788. Los acreedores del que repudia la herencia en perjuicio de sus derechos podrán pedir al juez que los autorice para aceptar la herencia en su nombre y en su lugar.

En este caso, la renuncia sólo dejará de tener efecto en beneficio de los acreedores y, únicamente, por el total de sus créditos; pero no en beneficio del heredero que ha renunciado.

Primer párrafo del artículo 1167. Podrán también, a título personal, impugnar los actos del deudor realizados en fraude de sus derechos.

[Texto anterior modificado por la Ley n° 65-570 de 13 de julio de 1965, Diario Oficial del 14 de julio de 1965:

Artículo 1167.- Ellos (los acreedores) pueden también en su nombre personal, impugnar los actos ejecutados por su deudor en fraude de sus derechos. Deben no obstante, en cuanto a sus derechos enunciados en el título de las sucesiones y en el título del contrato de matrimonio y de los derechos respectivos de los cónyuges conformarse a las reglas prescritas en ellos].

⁽²⁵⁴⁾ LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato*, Volumen II, Traducción de Jorge Guerrero, Reimpresión, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pág. 224.

⁽²⁵⁵⁾ Código Civil español de 1889

Artículo 1111.- Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de sus derechos.

Artículo 1291. Son rescindibles:

3. Los celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan de otro modo cobrarlo que se les deba.

⁽²⁵⁶⁾ CRISTOBAL MONTES, Ángel, "Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana", en *Revista de derecho privado*, Octubre, 2001, Madrid, pág. 781.

cierto que en muchos casos puede ser difícil, e igualmente imposible, probar la causal de invalidez del acto realizado por el deudor.

Ante tal dificultad parece razonable admitir, que realizando el deudor un acto nulo, los acreedores puedan escoger entre los dos medios conservatorios: la declaración de nulidad o la impugnación pauliana, cada una de ellas con sus requisitos y efectos propios⁽²⁵⁷⁾. Esta afirmación es de clara aplicación en ordenamientos jurídicos que expresamente regulan el poder alternativo de los acreedores como el portugués.

En efecto, el Código Civil portugués permite que acreedor escoja entre ejercer el remedio de la nulidad (numeral 1 del artículo 605⁽²⁵⁸⁾) o el remedio de la impugnación⁽²⁵⁹⁾ pauliana (artículo 610⁽²⁶⁰⁾). A pesar que este código regula la restitución de los bienes como un efecto natural de la nulidad (numeral 1 del artículo 616⁽²⁶¹⁾), la jurisprudencia

⁽²⁵⁷⁾ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, *Direito das obrigações*, 9ª Edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 798.

⁽²⁵⁸⁾ Artículo 605 del Código Civil portugués de 1966. Legitimidad de los acreedores.
1. Los acreedores tienen legitimidad para invocar la nulidad de los actos realizados por el deudor, que sean anteriores, que sean posteriores a la constitución del crédito, desde que tenga interés en la declaración de nulidad, no siendo necesario que el acto produzca la grave insolvencia del deudor.

⁽²⁵⁹⁾ El término "impugnación" ha sido tomado de la Ley alemana de revocatoria de los actos jurídicos de un deudor al margen del procedimiento concursal de 20 de mayo de 1898:

AnfG § 3. Acciones jurídicas impugnables

1. Son impugnables:

a) Las acciones jurídicas que el deudor ha efectuado con el propósito de causar perjuicio a la otra parte, su acreedor.

⁽²⁶⁰⁾ Artículo 610 del Código Civil portugués de 1966. Requisitos generales.
Los actos que produzcan disminución de la garantía patrimonial del crédito y no sean de naturaleza personal pueden ser impugnados por el acreedor, si concurren las siguientes circunstancias:

a) Si el acto fue realizado dolosamente con el fin de impedir la satisfacción del derecho del futuro acreedor cuando el crédito fue anterior al acto o posterior al acto⁽²⁶⁰⁾;

b) Del acto resulta la imposibilidad, para el acreedor, de obtener la satisfacción integral de su crédito, o el agravamiento de esa imposibilidad.

⁽²⁶¹⁾ Artículo 616 del Código Civil portugués de 1966. Efectos en relación al acreedor.

1. Juzgada procedente la impugnación, el acreedor tiene derecho a la restitución de los bienes en la medida de su interés, pudiendo ejecutarlos en el patrimonio del obligado como restitución y realizar los actos de conservación de garantía patrimonial autorizados por ley.

portuguesa se ha pronunciado que la solución de la ley es la ineficacia, prevaleciendo tal efecto sobre la diversa calificación de las partes⁽²⁶²⁾.

Esta solución jurisprudencial es consecuente con la posibilidad de formular el remedio de la nulidad a pesar de haber impugnado el acto de disposición del deudor (numeral 1 del artículo 615).

El Código Civil brasileño, por el contrario, regula expresamente el fraude contra los acreedores como un remedio de la anulabilidad (numeral II del artículo 171⁽²⁶³⁾). Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia lo interpretan de diferente manera. En rigor, dicen, el fraude contra los acreedores no es un negocio anulable, sino relativamente ineficaz. Lo que ocurre al final, es la *inoponibilidad* del acto de disposición a los acreedores del enajenante, en aquellas circunstancias⁽²⁶⁴⁾.

Ante un acto de disposición realizado por el deudor el acreedor no está impedido de ejercer los remedios de la nulidad y del fraude contra los acreedores.

En la Casación N° 2150-98-Lima de 20 de enero de 1999, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República declaró fundado un recurso de casación por la causal de interpretación errónea del artículo 195 del CC.

Se trató de un deudor que constituyó con su cónyuge un patrimonio familiar sobre un inmueble y en tal condición jurídica dicho bien no podía ser enajenado ni gravado (artículo 488 del CC). El acreedor consideró que este acto de disposición constituyó un acto de fraude contra su derecho de crédito.

⁽²⁶²⁾ Acuerdo del Supremo Tribunal de Justicia (uniformidad de jurisprudencia), n° 3/ 2001 de 23 de enero de 2001 y publicada en el Diario de la República., I, Serie-A, N° 34 de 9 de febrero de 2001. Citado en: ALMEIDA COSTA, *op. cit.*, pág. 798, nota (1).

⁽²⁶³⁾ Artículo 171 del Código Civil brasileño de 2002. Además de los casos expresamente declarados por la ley, es anulable el negocio jurídico:
II. por vicio resultante del error, dolo, violencia, estado de peligro, lesión o fraude contra los acreedores.

⁽²⁶⁴⁾ VELOSO, Zeno, *Invalidade do negócio jurídico, Nulidade e anulabilidade*, 2ª Edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2005, pág. 262. Asimismo la STJ, 4ª T., Resp. N. 5.307-0-RS, Rel. Min. Athos Carneiro, ac. de 16 de junio de 1992.

Sin embargo, para ejercer el derecho de constituir patrimonio familiar es requisito esencial no tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución (artículo 494 del CC). Para la Corte Suprema de Justicia tal constitución fue un acto de renuncia de derechos que perjudicó el cobro del crédito, por lo que se encontraba en el supuesto legal del artículo 195 del CC.

El problema es que el artículo 494 del CC no regula el efecto jurídico del incumplimiento del requisito de no tener deudas para constituir un patrimonio familiar. ¿Es nulo o ineficaz el patrimonio familiar cuando se constituye existiendo deudas?

Pero las normas del propio CC nos dan otras alternativas.

Se puede sostener que es imposible jurídicamente constituir un patrimonio familiar si existen deudas pendientes y por lo tanto el acto de disposición es nulo (numeral 3 del artículo 219 y artículo 1354 en concordancia con el artículo 494 del CC). Pero esta solución es contradictoria respecto del efecto de la inoponibilidad (artículo 195 del CC). Pero la solución de la nulidad es contradictoria respecto del efecto de la ineficacia (artículo 195 del CC). Es decir, un mismo hecho jurídico (acto fraudulento de disposición del deudor contra el derecho de crédito) tendría dos efectos jurídicos.

Lo mismo sucede si se prueba que el fin o la causa del acto de disposición era perjudicar al acreedor y ante ello cabe pedir la nulidad por ilicitud del fin o de la causa por violar las normas de buenas costumbres (numeral 4 del artículo 219 en concordancia con el numeral 8 del artículo 219 y el artículo V del Título Preliminar del CC).

También el acto de disposición puede ser un acto de simulación fraudulenta y en ese caso cabe pedir la nulidad del acto (numeral 5 del artículo 219 del CC).

Cuando el acto de disposición es nulo por violar normas de buenas costumbres, solo cabe aplicar la sanción diversa de la ley según el numeral 8 del artículo 219. En el caso de fraude a los acreedores, el efecto diverso es la ineficacia. Adicionalmente el acreedor puede ejercer

los remedios de la nulidad por simulación absoluta si efectivamente la hubo o por violar una norma imperativa (imposibilidad jurídica del fin).

Las situaciones descritas describen situaciones de antinomias. Las situaciones de incompatibilidad entre dos normas, según las cuales la aplicación de una excluye la aplicación de la otra, consisten en antinomias⁽²⁶⁵⁾.

En particular existe una oposición entre una norma (positivamente) permisiva (artículo 195 del CC) y una norma prohibitiva (numerales 3 o 4 o 5 del artículo 219; y artículo V del Título Preliminar del CC).

Un comportamiento o es obligatorio o es permisivo pero si no es obligatorio es necesariamente permisivo; y si es no permisivo es necesariamente obligatorio⁽²⁶⁶⁾.

Es importante indicar que nos encontramos en una antinomia porque estamos presuponiendo que la invalidez y la ineficacia (en sentido estricto) son dos conceptos diferentes. Esta clasificación de conceptos no logra solucionar la antinomia planteada. Es una teoría sin práctica porque no puede convertirse directamente en praxis⁽²⁶⁷⁾. Y la praxis ha demostrado que las categorías de la invalidez y de la ineficacia (en sentido estricto) alcanzan resultados forzados y continuamente expuestos a refutaciones, como el presente caso jurisprudencial que cuestiona la viabilidad de tales categorías.

Entonces, la constitución de patrimonio familiar que viole el requisito del artículo 494 del CC también será nula por imposibilidad jurídica o por simulación absoluta; o ineficaz por fraude a los acreedores.

⁽²⁶⁵⁾ MODUGNO, Franco, "La teoría del ordinamento" en *Appunti pe una teoria generale del diritto, La teoria del diritto oggettivo*, Terza edizione, Con il contributo di Alfonso Celotto, Rosalia D'Alessio e Marco Ruotolo, Giappichelli, Turín, 2000, pág. 104.

⁽²⁶⁶⁾ MODUGNO, *op. cit.*, pág. 105.

⁽²⁶⁷⁾ SARTORI, Giovanni, *La política, Lógica y método en las ciencias sociales*, Traducción de Marcos Lara, Primera reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, pág. 129.

Ahora se entiende cuando se dice que procesalmente el acreedor puede formular una pretensión principal de declaración de nulidad y una pretensión subordinada de impugnación pauliana, o viceversa⁽²⁶⁸⁾.

No hay que olvidar que la distinción entre validez y eficacia es una distinción eminentemente doctrinaria⁽²⁶⁹⁾.

Por esta razón, se ha formulado una identidad funcional entre validez e ineficacia (en sentido estricto) a fin de proceder a su reconstrucción a partir de la configuración normativa del acto sobre el cual los dos institutos inciden entre autonomía privada y regulación legal de los intercambios del mercado⁽²⁷⁰⁾.

Recordemos que la proposición «aquel contrato es nulo» puede expresarse con las palabras «aquel contrato es ineficaz», sin inconvenientes y sin problemas mayores⁽²⁷¹⁾.

Tema 4.10. Remedios correctivos.

Además de los remedios de nulidad, de anulabilidad, de rescisión, de resolución y de desistimiento (receso) existen otros remedios alternativos.

El error de cálculo da lugar a rectificación, salvo que consistiendo en un error sobre la cantidad haya sido determinante de la voluntad (artículo 204 del CC).

El destinatario de la declaración puede ofertar la rectificación del contrato anulable por error a la parte que incurre en error (artículo 206 del CC).

⁽²⁶⁸⁾ CURA MARIANO, João, *Impugnação pauliana*, 2ª Edição revista e aumentada, Edições Almedina, Coimbra, 2008, pág. 127.

⁽²⁶⁹⁾ MONATERI, Pier Giuseppe, *La responsabilità civile, Le fonte delle obbligazione*, V. 3, en Trattato di diritto civile, Diretto da Rodolfo Sacco, Utet, Turin, 1998, pág. 655.

⁽²⁷⁰⁾ LAMICELA, Mariella, "Note critiche in materia di nullità contrattuali" en *Autonomia contrattuale e diritto privato europeo*, A cura di Gianluca Sicchiero, Cedam, Padua, 2005, pág. 216.

⁽²⁷¹⁾ SACCO, "Il contratto invalido", *op. cit.*, pág. 507.

El demandado por lesión de un estado de necesidad tiene la opción de pagar la diferencia del valor (artículo 1450 del CC) o de reconvenir el reajuste del valor (artículo 1451 del CC).

La parte perjudicada por la excesiva onerosidad de la prestación puede pedir judicial o arbitralmente la reducción o el aumento de la contraprestación (primer párrafo del artículo 1440 del CC).

En los numerales 2 y 3 del artículo 4:109 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos se regula el derecho de adecuación del contrato por lesión enorme:

“(2) A petición de la parte interesada, y si resulta oportuno, el juez o tribunal puede adaptar el contrato y ajustarlo a lo que podría haberse acordado respetando el principio de la buena fe contractual.

(3) La parte a quien se comunica el ejercicio de la acción de anulabilidad del contrato por beneficio excesivo o por ventaja injusta, puede igualmente solicitar del juez una adaptación del contrato, siempre que esta parte informe de ello sin dilación a la parte que le comunicó el ejercicio de su acción y antes de que dicha parte actúe en función de ella”.

En los numerales 2 y 3 del artículo 3.10 de los Principios de Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales de 2004 se establece el remedio de la adecuación del contrato con lesión enorme:

“(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.

(3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a

la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato”.

En los remedios señalados se busca transformar un contrato desequilibrado a un contrato con un nivel de equilibrio y de proporcionalidad entre las prestaciones⁽²⁷²⁾.

Estos remedios son ofertas de modificación equitativa de las condiciones del contrato.

Tema 4.11. Conclusiones

A continuación presentamos las conclusiones a las que arribamos luego de desarrollar el capítulo 4:

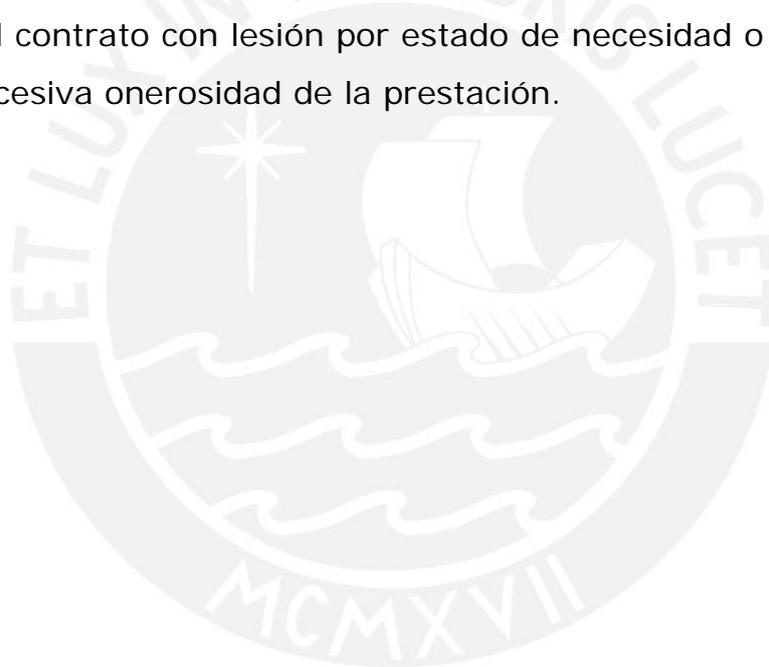
1. La inexistencia o irrelevancia es la situación de ausencia de un contrato entendido este como medio de regulación privada de intereses o de programación de intereses privados.
2. La invalidez es un remedio de extinción o de modificación de los efectos jurídicos para proteger los intereses lesionados de una parte o de intereses de terceros por la violación de los límites aplicables a los contratos; o por la ausencia de libertad y de conocimiento de la contraparte.
3. La nulidad es un mecanismo de protección jurídica para solucionar un conflicto entre normas de fuentes públicas y privadas. La nulidad es un remedio otorgado cuando el contrato viola los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.

⁽²⁷²⁾ NAVARRETTA, *op. cit.*, pág. 343.

4. La anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del contrato en una situación de disminución de su voluntad.
5. En el contrato con lesión enorme una parte obtiene una ventaja excesiva mediante el aprovechamiento injustificado de las situaciones de dependencia, de aflicción económica o de necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, de su ignorancia, de su inexperiencia o de su falta de habilidad en la negociación.
6. La resolución del contrato es el remedio que el ordenamiento jurídico otorga para oponerse a la continuidad del vínculo contractual por un desequilibrio sobrevenido por un tipo de incumplimiento de una parte, por una imposibilidad sobrevenida, por la excesiva onerosidad de la prestación debida a eventos extraordinarios e imprevisibles y por la desaparición del presupuesto causal.
7. El derecho de desistimiento es un derecho potestativo que se expresa mediante la declaración de voluntad según la cual una de las partes produce la desvinculación total o parcial del contrato. Asimismo, este derecho se ejerce mediante un acto extintivo de autonomía privada unilateral.
8. Un contrato es ineficaz relativamente cuando hay ausencia de legitimidad para contratar. Quien celebra el contrato es incompetente para transferir las situaciones jurídicas subjetivas y las relaciones jurídicas. La legitimidad para contratar comporta una capacidad normativa, es decir, la capacidad de producir

efectos jurídicos y consecuentemente es un requisito de eficacia de la parte.

9. El acreedor tiene el poder de elección entre la nulidad por una causal expresa legalmente (imposibilidad jurídica del fin, ilicitud del fin por violar una norma de buena costumbre o simulación absoluta) o la ineficacia por fraude por el peligro de lesión de su derecho de crédito.
10. Los remedios correctivos se expresan por medio de ofertas de modificación equitativa de las condiciones del contrato anulable o del contrato con lesión por estado de necesidad o del contrato con excesiva onerosidad de la prestación.



Capítulo 5: Los remedios en el Código de Consumo

Tema 5.1: Ideología del Código de Consumo

El negocio jurídico es un acto complejo de dos libertades⁽¹⁾. En la libertad de celebración, la autonomía privada permite realizar o no realizar el acto y, por lo tanto, optar por la presencia o por la ausencia de determinados efectos de Derecho. En la libertad de estipulación, la autonomía va mucho más allá: ella permite optar por realizar el acto y, también, seleccionar, más allá de su presencia, el tipo de efectos que producirán. Cuando exista solamente libertad de celebración, estamos ante los actos jurídicos en sentido estricto; si hay libertad de celebración y de estipulación, surge el negocio jurídico. Esta concepción permite describir que el contrato –como especie del negocio jurídico– es la suma de dos libertades. La libertad de celebrar equivale al acto de querer celebrar el acto y la libertad de estipulación comporta el acto de querer elegir los efectos jurídicos. En el contrato de consumo, el empresario ejerce ambas libertades mientras que el consumidor solo ejerce la libertad de celebrar el contrato. El consumidor no ejerce la libertad de estipulación porque sencillamente no participa en la reglamentación de los intereses por diferentes razones económicas y técnicas. Una de esas razones es la supremacía psicológica e intelectual. Muchos resaltan la supremacía psicológica e intelectual del empresario, el cual estaría en ventaja por los conocimientos jurídicos y las experiencias comerciales que inducen al cliente a renunciar *a priori* a cualquier objeción contra las condiciones generales a él

(¹) MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português, I, Parte General, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio jurídico*, 3.^a Edição (Aumentada e inteiramente revista), Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 392.

desfavorables⁽²⁾. En el presente capítulo analizaremos si la definición del contrato de consumo en la Ley N° 29571, que aprobó el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante Código de Consumo), refleja realísticamente su naturaleza jurídica. Ello es fundamental porque si la definición es incompleta o inexacta, será difícil aplicar el Código de Consumo a los contratos especiales en concreto. Luego desarrollaremos los remedios jurídicos establecidos para impugnar las cláusulas abusivas en los contratos de consumo.

Es indudable que la existencia de normativas especiales diferentes sobre protección al consumidor a los Códigos Civiles en Europa y en Sudamérica es una aparente justificación para hacer lo mismo en el Perú. Pero esta aparente especialidad normativa no comporta la existencia de un Derecho de Consumo. Así se puede decir ingenuamente como hay relaciones civiles debe existir un Código Civil, así como hay relaciones de consumo debe existir un Código de Consumo. Esta simpleza de arribar a semejante conclusión es una exteriorización de la ausencia de un análisis más profundo de lo que se quiere regular y fundamentalmente proteger. Además no existe un análisis doctrinario nacional previo de construir una relación de coordinación paralela entre las hipótesis contractuales que sirven como paradigma de fondo de los contratos y las hipótesis de los contratos con los consumidores a diferencia de otras doctrinas como la brasileña que ha comparado las normativas que ofrece el Código de Defensa del Consumidor de 1990 con el Código Civil de 2002⁽³⁾. El novísimo y aparente Derecho de Consumo nunca pudo construir un nuevo ordenamiento jurídico para un sujeto especial denominado

(2) KÖTZ, Hein y PATTI, Salvatore, *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè Editore, Milán, 2006, pág. 241.

(3) LIMA MARQUES, Claudia, "Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das antinomias pelo «diálogo das fontes»", en AA.VV., *Código de defesa do consumidor e o Código Civil de 2002, Convergências e assimetrias*, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2005, págs. 11-82.

“consumidor” con sus aparentes especiales situaciones jurídicas subjetivas y tutelas jurídicas.

El Código de Consumo es una normativa liberal e individualista y por eso es un instrumento de regulación y de protección del mercado. La sobrerregulación es a favor de un mercado y no una normativa de protección al consumidor. El consumidor debe someterse a las reglas del mercado aunque estructuralmente se encuentre en una realidad cultural, económica y social diferente al consumidor promedio. El objetivo del Código de Consumo es proteger el mercado en un mundo de ciudadanos bien educados y consecuentemente iguales formalmente. Este objetivo depende de un presupuesto falso sobre el consumidor racional. En efecto, el individuo –para el Código de Consumo - es un ser racional, capaz de autodeterminarse con la sola condición de estar en posesión de un suficiente nivel de información acerca de los términos de las opciones posibles⁽⁴⁾. De ahí que basta que el consumidor reciba del proveedor la información relevante (información veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible) para su elección adecuada de consumo (numeral 2.2 del artículo 2 del Código de Consumo). En consecuencia, el Código de Consumo es antidemocrático porque considera que el consumidor está en una situación de igualdad social y económica cuando antropológicamente no es así en una sociedad como la peruana. El mercado es un espacio de progreso pero este valor llamado progreso desconoce los intereses y las preferencias humanas que son discontinuas y contradictorias⁽⁵⁾.

En el numeral 4.1 del artículo 4 del Código de Consumo se señala que es obligación del proveedor el colocar en sus rótulos, letreros, etiquetas o envases u otros medios, el precio total del producto (incluido tributos, comisiones y cargos). Además se señala que los consumidores no están obligados al pago de sumas o recargos

(4) SOMMA, Alessandro, *Introduzione critica al diritto europeo dei contratti*, Giuffrè editore, Milán, 2007, pág. 28.

(5) SACCO, Rodolfo, *Antropologia giuridica, Contributo ad una macrostoria del diritto*, Società editrice Il Mulino, Bolonia, 2007, pág. 52.

adicionales al precio fijado (numeral 4.2 del artículo 4 del Código de Consumo).

Estas normativas son una copia del artículo 60 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias de España, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, donde es suficiente para el consumidor tener una información relevante, veraz y suficiente sobre las condiciones jurídicas y económicas de los bienes y de los servicios. Por eso, la ley española indica que el precio debe ser completo para que el consumidor decida racionalmente. La obligación de informar un precio completo es formalmente una protección al consumidor pero sustancialmente el contenido del precio incluye información económica y jurídica a favor del proveedor. Solo será necesario que se exprese dicha información en el precio para que el consumidor racional lo acepte. El cumplimiento de esta obligación protegerá formalmente al consumidor aunque él desconozca la excesiva ganancia disimulada en el precio. Ello se evidencia claramente cuando no se regula el abuso de la posición dominante del proveedor y solo los métodos abusivos de cobro (artículo 62 del Código de Consumo).

Tema 5.2: Definición del contrato de consumo en el Código de Consumo

La propia definición del contrato de consumo en el Código de Consumo está ligada intrínsecamente con la propia definición del consumidor. Se denominan consumidores o usuarios a las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios, materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional (su-numeral 1.1 del numeral 1 del Artículo IV del Título Preliminar del Código de Consumo). Esta definición es insuficiente. El concepto clave para

determinar si se aplican o no las normas sobre protección al consumidor no es tanto el de “consumidor”, sino el de “contrato de consumo”, por ejemplo, un contrato entre un consumidor y un empresario. Sin duda, el simple hecho de que una parte actúe en ejercicio de su actividad profesional, pero no la otra, crea un desequilibrio entre ambas. Pero, *per se*, no es un desequilibrio que el ordenamiento jurídico deba corregir. El elemento crucial para justificar una interferencia del sistema es la alteración de la libertad del consumidor a la hora de tomar una decisión libre y racional. Desde luego, tal disfunción solo existe en situaciones concretas y no simplemente por el hecho de que una persona actúe en calidad de consumidor⁽⁶⁾.

Entonces, es de vital importancia definir el contrato de consumo ya que ello posibilitará la aplicación de la normativa protectora del consumidor. Pensamos que toda definición de un contrato en una normativa específica coadyuva a diferenciarlo de otros contratos. Este tipo de definiciones son muy útiles para el intérprete y el aplicador del Código de Consumo. Ello sucede con las definiciones de los contratos especiales del Código Civil. Si se establecen definiciones diferenciadas se logra la aplicación de la normativa a cada tipo de contrato especial.

Según el primer párrafo del artículo 45 del Código de Consumo, el contrato de consumo es aquél que tiene por objeto una relación jurídico patrimonial en la cual intervienen un consumidor y un proveedor para la adquisición de productos o servicios a cambio de una contraprestación económica. Es necesario comentar esta definición.

En primer lugar esta norma no define adecuadamente lo que es un contrato de consumo. Incorrectamente se señala que el contrato tiene por objeto una relación jurídico patrimonial. El objeto del contrato de consumo no está compuesto por consecuencias jurídicas. La estructura del contrato corresponde a la teoría estática de los hechos jurídicos; y la función del contrato se refiere a la teoría dinámica de las

(6) ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones, Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008,

situaciones jurídicas y de las tutelas jurídicas. Ambos planos se dan de manera sucesiva. En primer lugar, la formación del contrato debe cumplir con sus elementos y requisitos. En segundo lugar se producen los efectos jurídicos. Éstos últimos no pueden formar parte de la estructura a no ser que pensemos que las cosas se dan al revés. De ahí que la relación jurídico patrimonial no se produce jurídicamente antes que el contrato de consumo. Es, incorrecto decir que la relación jurídico patrimonial nace antes que el contrato de consumo salvo que se vea el mundo al revés. No hay duda que la definición del primer párrafo del artículo 45 del Código de Consumo es falsa por cuanto el objeto del contrato de consumo no es la relación jurídico patrimonial sino aquellos bienes de cada tipo contractual⁽⁷⁾. Cada contrato tiene sus propios bienes. En el contrato de compraventa la cosa y el dinero; en el contrato de permuta los bienes propiamente dichos; en el contrato de mutuo el dinero o los bienes consumibles; en el contrato de arrendamiento el bien y la renta; en el contrato de comodato un bien no consumible; en el contrato de depósito el bien propiamente dicho; en el contrato de locación de servicios el servicio programático y la retribución, y así sucesivamente.

Tampoco se puede decir que la adquisición de productos o de servicios tipifica al contrato de consumo. Es inexacto hacer referencia a la adquisición. Así, se habla de adquisición de derecho cuando una cierta riqueza, con la correlativa protección jurídica, se coliga a una persona. En verdad, de adquisición del derecho se habla más propiamente a propósito de los derechos reales porque ellos comportan la conexión estable de una riqueza con un cierto sujeto. Esta implicación de coligamiento de la riqueza a un sujeto no está contenida en la expresión "adquisición del derecho de la obligación". En efecto, la

págs. 260-261.

(⁷) FERRI, Giovanni Battista, *Il negozio giuridico tra liberta e norma*, Quinta edición, Maggioli Editore, Rimini, 1995, págs. 186-187. Id., *El negocio jurídico*, Traducción y notas de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002, págs. 290-291.

obligación es un vínculo instrumental. La adquisición de la riqueza no se produce con el nacimiento de la obligación sino con el cumplimiento y, esto es, con la ejecución de la prestación. Por ello, se prefiere decir que la obligación nace, deriva de una "fuente", en lugar de decir que la obligación se adquiere⁽⁸⁾. Es claro que solo cabe referirse a la adquisición de productos y no a la adquisición de servicios. Los servicios no se adquieren, sí los productos.

Por último, la contraprestación económica es otra característica de los contratos de consumo conforme el primer párrafo del artículo 45 del Código de Consumo. Quizá mejor hubiera sido establecer que el consumidor debe pagar una retribución a cambio de la ejecución de una actividad o de la adquisición de un derecho real. Expresamente se niega protección a los contratos a título gratuito cuando en la actual contratación tales contratos están coligados a los contratos de consumo a título oneroso.

Tema 5.3: Las definiciones del Código Civil aplicables al contrato de consumo

El legislador del Código de Consumo no tomó en cuenta que las definiciones del Código Civil de 1984 (en adelante CC) eran correctas para definir un contrato de consumo. La doctrina del Derecho de Consumo ha tomado los conceptos de contratos por adhesión y contratos con cláusulas contractuales generales del Derecho Civil⁽⁹⁾.

Los contratos de adhesión y los contratos con cláusulas contractuales generales están adecuadamente definidos en los artículos 1390 y 1392 del CC.

(8) RUSSO, Ennio, Il concetto di diritto soggettivo, en *Rivista di diritto civile, Supplemento annuale di Studi e ricerche*, Cedam, Padua, 2008, pág. 25.

(9) LIMA MARQUES, Claudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, Biblioteca de direito do consumidor, Vol. 1, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2006, pág. 65.

El contrato de adhesión es aquel que ha sido celebrado mediante la “adhesión” del destinatario de la oferta (adherente) al programa contractual predispuesto por el oferente (predisponente), sin que tenga la posibilidad de negociar el mismo o de influir sobre su contenido. Es un modo de formación del contrato por el cual el oferente formula un programa de contratación elaborado unilateralmente. La aceptación expresa la libertad de celebrar el contrato mediante la aceptación de una oferta sin haber existido negociación. En este tipo de contrato no hay posibilidad de que el adherente influya en el contenido del programa contractual. El elemento esencial del contrato de adhesión es la ausencia de una fase precontractual decisiva⁽¹⁰⁾. Además, por el modo de aceptación, el consentimiento se produce por la simple adhesión a la voluntad manifestada por la parte contractual económicamente más fuerte⁽¹¹⁾. De ahí que podemos decir que el predisponente (oferente) ejerce las libertades de celebrar y de estipular el contrato mientras que el adherente (aceptante) solo ejerce la libertad de celebrar el acto.

Los contratos con cláusulas contractuales generales contienen cláusulas que son predispuestas por el oferente en forma general y abstracta para fijar el contenido de los futuros contratos particulares. En este tipo de contratos, existe predisposición porque las cláusulas son redactadas previa y unilateralmente por el predisponente. Son cláusulas generales y abstractas para un número indeterminado de contratos⁽¹²⁾. Las cláusulas contractuales generales pueden ser definidas como proposiciones destinadas a incorporarse en una multiplicidad de contratos, en la totalidad de los cuales se prevé una participación como contratante de la entidad que, para ese efecto, las pre-elabora o adopta⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ LIMA MARQUES, *op. cit.*, pág. 71.

⁽¹¹⁾ LIMA MARQUES, *op. cit.*, pág. 72.

⁽¹²⁾ LIMA MARQUES, *op. cit.*, pág. 80.

⁽¹³⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, *Contratos, I, Conceito, Fontes, Formação*, 3ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 163.

Tanto en los contratos de adhesión como en los contratos con cláusulas contractuales generales, los consumidores o más ampliamente los adherentes realísticamente no se informan del contenido de tales contratos cuando lo suscriben. Ello es así en este tipo de contratación. Así, el cliente se “somete” a las condiciones del contrato del empresario en cuanto considera que es inútil invertir tiempo y dinero en el intento de obtener una modificación en una tratativa o en la búsqueda de otro oferente que aplique condiciones generales de contrato sobre ciertos aspectos más favorables. Quien -sea en calidad de privado, sea en calidad de empresario en el ejercicio de su actividad comercial- estaciona su auto en una playa de estacionamiento, quien estipula un contrato de transporte o adquiere un sistema informático acepta las cláusulas contractuales propuestas por la contraparte contractual sin discutir, no porque ellos vienen impuestas por un «*powerful industrial or comercial overlord*» sino por los gastos que debería afrontar para realizar las tratativas, para obtener las informaciones necesarias o para buscar una oferta más conveniente son desproporcionadas respecto al beneficio que podría producir⁽¹⁴⁾. En consecuencia, basta que el adherente ejerza su voluntad de celebrar el acto o la denominada “voluntad de contratar” (inciso a) del artículo 47 del Código de Consumo). De ahí que no se entiende la regulación sobre la información relevante (numeral 2.1 del artículo 2 del Código de Consumo) cuando solo el predisponente ejerce la libertad de celebrar el acto y la libertad de elegir los efectos jurídicos.

Las cláusulas contractuales generales y los contratos de adhesión están concebidos así por las innegables ventajas de este tipo de contratación: simplificación, economía de tiempo, reducción de costos en las transacciones, igualdad en el tratamiento de los clientes o proveedores de una misma empresa. No obstante, esta contratación tiene también las desventajas inherentes a la supresión o reducción de la libertad de negociación y a la inadaptación a intereses particulares,

⁽¹⁴⁾ KÖTZ y PATTI, *op. cit.*, pág. 242.

colocando a una de las partes en posición de abusar de su poder negocial y de desequilibrar el balance contractual a su favor⁽¹⁵⁾.

En consecuencia es incorrecto definir el contrato de consumo por la existencia de una asimetría de poder de negociación contractual. Se asevera falsamente que en el contrato de consumo siempre se contraponen el empresario que transfiere bienes o servicios que es la parte dotada de poder contractual superior y el adquirente que es el consumidor con poder contractual inferior⁽¹⁶⁾. Como lo hemos expresado, el problema es otro. El adherente o el consumidor no tienen libertad de estipulación y según ello es ilusorio decir que tiene un "poder contractual inferior".

Podemos concluir que en general en los contratos de consumo - que son esencialmente contratos de adhesión o contratos con cláusulas generales contractuales- se caracterizan por el carácter potencialmente abusivo y por tanto desequilibrado de algunas de estas cláusulas (*clauses abusives, unfair terms, clause vessatorie*). En fin, la adhesión, la estandarización de los contratos, la generalidad de las cláusulas contractuales, el desequilibrio contractual y la protección de los consumidores son tópicos jurídicamente autónomos⁽¹⁷⁾.

De lo analizado podemos concluir que el Código de Consumo define defectuosamente el contrato de consumo.

Tema 5.4: Un caso concreto: Las cláusulas vejatorias.

La cláusula vejatoria en los contratos de consumo es un tema desarrollado deficientemente en el Código de Consumo. Para ello es importante mencionar algunos antecedentes normativos.

⁽¹⁵⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág. 157.

⁽¹⁶⁾ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, *Contratación masiva, Protección al consumidor*, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2009, pág. 50.

⁽¹⁷⁾ FERREIRA DE ALMEIDA, *op. cit.*, pág. 158.

El artículo 9 de la ley alemana para la reglamentación de las condiciones generales del contrato (AGB-GESETZ) de 9 de diciembre de 1976 decía lo siguiente:

“(Cláusula general).-

(1) Las cláusulas de las condiciones generales del contrato son ineficaces si perjudican desproporcionadamente al adherente en oposición con las reglas de la buena fe.

(2) Se debe suponer en la duda una desventaja desproporcionada, si una cláusula.

1. No es compatible con los principios fundamentales de la reglamentación legal que ha derogado⁽¹⁸⁾, o,

2. Limita derechos u obligaciones fundamentales, que resultan de la naturaleza del contrato, de modo tal de poner en peligro la obtención de la finalidad del contrato.

Esta ley alemana calificaba de ineficaz –y no de nulidad- al contrato con cláusulas generales si existe una situación de desequilibrio desproporcionado. Este tipo de contrato debe adecuarse a los principios fundamentales de la reglamentación legal y no debe enervar los derechos y las obligaciones fundamentales que resultan de la naturaleza del contrato; para ello, debe tenerse en consideración la finalidad del contrato. El concepto de “buena fe” tuvo en Alemania aplicaciones en varios institutos como la excesiva onerosidad de la prestación y la responsabilidad prenegocial. En el caso de las cláusulas vejatorias la buena fe es aplicable en el pensamiento jurídico alemán.

En el mismo sentido e influenciada por la ley alemana, se reguló, para toda la Comunidad Europea, una directiva de protección a la parte adherente en un contrato estandarizado. El numeral 1 del artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las

⁽¹⁸⁾ El legislador peruano tomó como base este numeral de la norma alemana en el artículo 1399 del Código Civil.

cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, indica que si las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

La norma alemana indicó los criterios de las cláusulas vejatorias cuando se quebrante las reglas de la buena fe y se produzca una «desventaja desproporcionada». Esto último se produce cuando el contrato con condiciones generales haya derogado las normas del Código Civil y ponga en peligro la finalidad del contrato. La directiva europea establece que son cláusulas abusivas las que se opongan a la buena fe y las que produzcan un desequilibrio importante entre derechos y obligaciones. Es claro que la directiva tradujo incorrectamente la normativa alemana que nunca indicó que las cláusulas vejatorias se oponían a las reglas de la buena fe.

El primer párrafo del artículo 1341 del Código Civil italiano señala que las condiciones generales de contratación predispuestas por uno de los contratantes son eficaces frente al otro, si al momento de la celebración del contrato el segundo las conoció o habría debido conocerlas empleando la diligencia ordinaria⁽¹⁹⁾. En el segundo párrafo del mismo artículo 1341 se indica que en ningún caso tienen efecto, si no han sido específicamente aprobadas por escrito, las condiciones que establecen, a favor de quien las ha predispuesto, limitaciones de responsabilidad, facultades para desistir (*recedere*) el contrato o para suspender su ejecución, o bien que establezcan a cargo del otro contratante, caducidades, limitaciones a la facultad de oponer excepciones, restricciones a la libertad contractual en las relaciones con terceros, prórroga tácita o renovación del contrato, cláusulas

⁽¹⁹⁾ Esta norma es parecida al primer párrafo del artículo 1397 del Código Civil peruano.

compromisorias o derogaciones de la competencia de la autoridad judicial⁽²⁰⁾.

El concepto de cláusula vejatoria luego fue incorporado en el Código Civil italiano⁽²¹⁾ según los parámetros de la Directiva 93/13/CEE.

La Ley de Modernización del Derecho de las Obligaciones de 2002 ha modificado normas importantes del Código Civil alemán. Particularmente, hay una modificación que resume los criterios desarrollados anteriormente:

“§ 307. Control sobre el contenido.

(1) Las cláusulas insertas en condiciones generales de contratación resultarán ineficaces si, en infracción de los preceptos de la buena fe, perjudican de manera inadecuada a la contraparte del estipulante. Un perjuicio inadecuado puede resultar también de la redacción poco clara y comprensible de la cláusula.

(2) En la duda, se debe considerar que existe un perjuicio inadecuado en el caso en la cual una cláusula.

1. No se concilie con la idea que inspira la disciplina legal a la cual deroga, o bien.

2. Limite derechos o deberes esenciales resultantes de la naturaleza del contrato en medida tal que pueda perjudicar la obtención de la finalidad del contrato”.

El numeral 1 del artículo 33 del Código de Consumo italiano de 2005 indica:

⁽²⁰⁾ En el artículo 1398 del Código Civil peruano se regula la invalidez de las cláusulas vejatorias.

⁽²¹⁾ Por el artículo 25 de la Ley N° 52 del 06 de febrero de 1996 se incorporó la siguiente norma al Código Civil italiano de 1942:
Primer párrafo del artículo 1469 *bis*. *Cláusulas vejatorias en el contrato entre comerciante profesional y consumidor.*- En el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional (*professionista*), se consideran vejatorias las cláusulas que, aun en caso de buena fe, determinan para el consumidor un

“En el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional se consideran vejatorias las cláusulas que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un significativo desequilibrio de los derechos y de las obligaciones derivados del contrato”.

La doctrina nacional se adhiere al modelo alemán solo en cuanto a la violación de la buena fe y al criterio de la desproporción⁽²²⁾ o al modelo desarrollado por la Directiva 93/13/CEE⁽²³⁾. No obstante ello, consideramos que el inciso a) del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1045 que aprueba la Ley Complementaria del Sistema de Protección del Consumidor, que modifica el Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI (en adelante Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor) incorporó una clara definición de cláusula vejatoria. En esta norma se dice que no podrán incluirse cláusulas en los contratos entre consumidores y proveedores que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.

significativo desequilibrio de los derechos y obligaciones que derivan del contrato.

(²²) Por eso se formuló una propuesta normativa al artículo 1398 del Código Civil en los siguientes términos: “Son nulas las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación que se opongan, en perjuicio del adherente, a la buena fe. Se presumen opuestas a la buena fe las cláusulas que atribuyan al predisponente una situación desproporcionadamente ventajosa considerando el tipo contractual de que se trate, que injustificadamente contradigan o se aparten de los principios inspiradores de las normas legales aplicables al contrato; o que modifiquen o limiten los derechos y obligaciones de los contratantes, de modo que se impida que el contrato alcance el fin para el que fue celebrado” (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas”, en: *Contrato y mercado*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, pág. 115).

(²³) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de los consumidores*, Editorial Rodhas, Lima, 2006, pág. 219: “Por ello, la cláusula vejatoria es aquella que establece un desequilibrio en el programa contractual del adherente y predisponerte (vale decir, en sus derechos y obligaciones) que contraviene al principio de la buena fe”.

Sobre el efecto jurídico de una cláusula vejatoria, la doctrina nacional se ha inclinado por seguir el remedio de la nulidad del artículo 1398 del CC.

En particular, la protección del contratante débil no permite adoptar el instrumento de la nulidad, en su concepción clásica, porque el contratante débil podría ser dañado, si otro, económicamente más aguerrido, decidiese dejar sin efecto el contrato. De aquí los intentos del legislador, especialmente en ocasión de la leyes especiales, de construir una nulidad, con finalidades protectoras, con legitimación exclusiva a favor del solo contratante débil, para que el otro no pueda a su vez paralizar el contrato o invoque la invalidez aquellas cláusulas con invalidez⁽²⁴⁾.

Por eso, se ha dicho sobre la nulidad que no es una categoría monolítica, que no depende de una carencia estructural del hecho jurídico concreto [*fattispecie*], que no siempre presupone la exigencia de tutelar intereses generales de orden público, pero que al contrario depende únicamente de la violación de un límite colocado a la autonomía privada y es por eso disciplinada en manera articulada en razón del límite violado, determinando como efecto constante el poder de substraerse a la obligatoriedad del contrato nulo de quien tenga interés, a menos que —en consideración del límite violado— el ordenamiento considere a alguno de los contratantes no dignos de beneficiarse de tal poder⁽²⁵⁾. De ahí que para un sector de la doctrina la nulidad de protección es en realidad una anulabilidad llamada sin razón nulidad⁽²⁶⁾. Todo esto cobra importancia con lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Consumo italiano que prevé la nulidad de protección

(24) GIOIA, Gina, "Nuove nullità relative a tutela del contraente debole" en *Contratto e impresa*, Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale, diretti da Francesco Galgano, Quindicesimo anno, Vol. 1, Padua, 1999, pág. 1334.

(25) MAJELLO, Ugo, "La patologia discreta del contratto annullabile" en *Rivista di Diritto civile*, fascicolo 4, Padua, 2003, pág. 355.

(26) SACCO, Rodolfo, "Le invalidità" en SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, *Il contratto* en Trattato di Diritto Civile, Dirigido por Rodolfo Sacco, Tomo Secondo, Terza edizione, Utet, Turín, 2004, pág. 527.

de las cláusulas vejatorias para lograr el objetivo del reequilibrio normativo del reglamento contractual⁽²⁷⁾.

De acuerdo a lo desarrollado debemos expresar que el remedio original para las cláusulas abusivas fue la ineficacia⁽²⁸⁾ porque la regulación de tales cláusulas se fundamenta sobre el control del equilibrio de la particular operación contractual⁽²⁹⁾. Los artículos 50 y 51 del Código de Consumo regulan las ineficacias absolutas y relativas respectivamente. Esta manera de regular los remedios es totalmente inadecuada porque no cabe hablar de ineficacias en dos sentidos. Solo cabe indicar que tal cláusula es ineficaz para las partes contratantes. Es ambiguo hacer mención a ineficacias absolutas y relativas de las cláusulas abusivas. Formalmente el remedio jurídico de la ineficacia es incorrecto. Ello comportaría decir que una cláusula vejatoria es válida pero es ineficaz sin especificar qué tipo de ineficacia es la aplicable. En realidad es sustancialmente una cláusula que se considera no puesta⁽³⁰⁾. Entonces es una hipótesis de inexistencia⁽³¹⁾ –o de irrelevancia en los términos antes anotados- y no de invalidez y menos de ineficacia. De ahí que es contradictorio decir –como lo hace el

⁽²⁷⁾ DI MARZIO, Fabrizio, "Deroga abusiva al diritto positivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore", en *Contratto e impresa, Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, N° 2, Maggio-Giugno, Anno XXII, Cedam, Padua, 2006, pág. 684.

⁽²⁸⁾ VALLE, Laura, "La categoria dell'inefficacia del contratto", en *Contratto e impresa, Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale* directi da Francesco Galgano, Cedam, Padua, Quattordicesimo anno, 1998, Volume 3, págs. 1246-1247.

⁽²⁹⁾ VALLE, Laura, "L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo", en *Contratto e impresa, Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*, N° 2, Maggio-Giugno, Anno XXII, Cedam, Padua, 2006, pág. 664.

⁽³⁰⁾ En otros ordenamientos confunden la inexistencia y la nulidad de las cláusulas vejatorias o denominadas abusivas: DURÁN RIVACOBÁ, "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas" en *Revista de Derecho Privado*, Febrero, Madrid, 2000, págs. 120-121: "La nulidad de las cláusulas abusivas, en cuanto parcial, se identifica con el efecto jurídico de tenerlas por no puestas. En el conjunto del contrato quedan extraídas". Esta opinión se desarrolla en la regulación de los artículos 10.bis.2 de la Ley General de defensa de consumidores y usuarios de 1984 y 10.1 de la Ley de condicionales generales y las cláusulas abusivas de 1998 de considerar nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo.

⁽³¹⁾ Ya habíamos formulado esa hipótesis: MORALES HERVIAS, Rómulo, *Estudios sobre teoría general del negocio jurídico*, ARA Editores, Lima, 2002, pág. 272.

artículo 52 del Código de Consumo- que las cláusulas abusivas serán ineficaces y por eso declaradas inaplicables por la autoridad administrativa sin perjuicio de las decisiones adoptadas en el ámbito jurisdiccional o arbitral.

Nuestra posición encuentra respaldo en el inciso d) del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1045 que apruebo la Ley Complementaria del Sistema de Protección del Consumidor, que modifica el Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor al establecer que en las cláusulas generales de contratación y en los contratos por adhesión, se tendrán por no puestas las cláusulas que, entre otros, tengan por objeto: (i) Permitir al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos del contrato en perjuicio del consumidor o sustraerse unilateralmente de sus obligaciones, sin contar con el consentimiento – en realidad asentimiento- explícito e informado del consumidor; o (ii) Establecer la prórroga del contrato sin contar con el consentimiento –entiéndase asentimiento- explícito e informado del consumidor.

En la misma norma –derogada por el Código de Consumo- se expresaba que se tendrán por no pactadas las cláusulas, condiciones y estipulaciones que infrinjan tal normativa.

Lo óptimo hubiese sido regular una norma general del remedio de la inexistencia para todas las cláusulas vejatorias. En todo caso el Decreto Legislativo N° 1045 fue un avance desde aquella posición irreflexiva de la nulidad como remedio como lo prevé nuestro Código Civil. La normativa actual del Código de Consumo es un retroceso en cuanto a los remedios a favor del consumidor para impugnar cláusulas abusivas.

Tema 5.5: Conclusiones

Indudablemente el Derecho Civil es el conjunto normativo, doctrinario y jurisprudencial más adecuado para proteger al

consumidor. Una doctrina autorizada ha expresado que a la hora de tratar con la protección del consumidor, de entre las tres posibles soluciones –legislación especial, promulgación de un código independiente, incorporación del Derecho de Consumo en el Código Civil- es preferible la tercera: tanto el Derecho contractual general como el Derecho contractual de consumo sirven a la misma finalidad⁽³²⁾. Ello se evidencia en las muchas deficiencias técnicas en el Código de Consumo. Un ejemplo claro es la obligación de saneamiento del proveedor (artículo 79 del Código de Consumo) frente a la normativa de las obligaciones de saneamiento por vicios ocultos (artículos 1503 al 1523 del CC) donde se establecen los derechos de sustitución, de desistimiento, de indemnización, de resarcimiento, de los intereses, de los gastos, de los tributos, de los frutos y de la reducción del precio (derechos regulados en el CC) frente a los derechos de reparación, reducción o resolución del contrato (derechos contemplados en el Código de Consumo).

La legislación especial de protección al consumidor en el Perú ha fracasado y su tutela se ha convertido en costosa en tiempo y en dinero. La administración pública no debería resolver estas controversias porque no está capacitada ni es la idónea para la aplicación de las soluciones del Derecho civil. Hoy el consumidor debe esperar que las resoluciones administrativas emitidas a su favor sean revisadas judicialmente si hay impugnación salvo que buenamente los empresarios acepten sus culpas y paguen. Tampoco un tribunal arbitral de consumo -como lo prevé el Código de Consumo- es la solución porque no cabría una impugnación sustancial sobre lo decidido. El Poder Judicial debe resolver las controversias entre los consumidores y los proveedores aplicando la normativa del Derecho Civil; y respetando el debido proceso y la pluralidad de instancias.

⁽³²⁾ ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones, Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008, pág. 262.

A continuación presentamos las conclusiones a las que arribamos luego de desarrollar el capítulo 5:

1. El Código de Protección y de Defensa al Consumidor no define correctamente el contrato de consumo. El elemento crucial para definir un contrato de consumo es que el empresario ejerce las libertades de celebración y de estipulación, mientras el consumidor solo ejerce la libertad de celebración. Los contratos de adhesión y los contratos con cláusulas contractuales generales están adecuadamente definidos en el Código Civil y pueden servir para la aplicación de la normativa de protección al consumidor. De ahí que los contratos de consumo -que son esencialmente contratos de adhesión o contratos con cláusulas generales contractuales- se caracterizan por el carácter potencialmente abusivo y por tanto desequilibrado de algunas de estas cláusulas.
2. La cláusula vejatoria en los contratos de consumo está deficientemente regulada en Código de Protección y de Defensa al Consumidor mediante los remedios jurídicos de las ineficacias absolutas y relativas. Esta manera de regular los remedios es totalmente inadecuada porque no cabe hablar de ineficacias en dos sentidos. Solo cabe indicar que tal cláusula es ineficaz para las partes contratantes. Es ambiguo hacer mención a ineficacias absolutas y relativas de las cláusulas abusivas. Formalmente el remedio jurídico de la ineficacia es incorrecto. Ello comportaría decir que una cláusula vejatoria es válida pero es ineficaz sin especificar qué tipo de ineficacia es la aplicable. En realidad es sustancialmente una cláusula que se considera no puesta o inexistente; y no una cláusula inválida y menos ineficaz.

Capítulo 6: Patologías del contrato vs. Principio de la Fe Pública Registral

Tema 6.1: Propósito

Según la Casación N° 336-2006-Lima⁽¹⁾ se sostiene que el incumplimiento de lo previsto por el primer párrafo del artículo 315⁽²⁾ del Código Civil de 1984 –en adelante CC- produce la nulidad por ausencia de manifestación de voluntad de los titulares del derecho de propiedad⁽³⁾ y por ser contrario a la leyes que interesan al orden

-
- (¹) Expedida el 28 de agosto de 2006 y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 01 de febrero de 2007. Lo paradójico es que existe otra casación contradictoria en su argumentación jurídica: Casación N° 111-2006-Lambayeque de 31 de octubre de 2006 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de enero de 2007.
- (²) Primer párrafo del 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.
- (³) La titularidad no le corresponde a los cónyuges individualmente considerados sino al patrimonio autónomo que pertenece a una pluralidad de personas como la sociedad de gananciales. Lo común está en la titularidad simultánea de ambos cónyuges. Así, el patrimonio autónomo es un patrimonio colectivo porque tiene autonomía patrimonial (OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral*, Vol. III, *Relações e situações jurídicas*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 127). El 9 y 10 de noviembre de 2006, se organizó un Coloquio sobre “Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza. En una ponencia se expresó que un contrato es inexistente si no participan ambos cónyuges: “En un Ordenamiento razonablemente elaborado y menos pendiente de tradiciones históricas sería *aún* «inexistente», según esta perspectiva, el contrato que necesitase la intervención de dos personas, dentro de una parte contractual, si sólo ha intervenido una; por ejemplo, el negocio de que se trate requiere que intervengan los dos cónyuges: habiendo consentido sólo uno de ellos frente al otro contratante, el negocio es todavía inexistente hasta que interviene el otro”: CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto, “Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato”, en *Nulidad, Estudios sobre invalidez e ineficacia, Nulidad de los actos jurídicos*, 2006: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=217> (Acceso el 12 de octubre de 2010). Alguna jurisprudencia sigue este criterio: Considerando octavo de la Casación N° 994-2004-Tacna de 19 de julio de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de febrero de 2006. No podemos compartir este punto de vista. Véase: *infra*, nota (5).

público⁽⁴⁾. Esta conclusión es equivocada como ya lo hemos formulado al desarrollar el tema de la ausencia de la legitimidad.

Lo que resulta curioso de la resolución judicial no es la conclusión anterior sino otra a la que sí desarrollaremos algunas líneas de reflexión. Nos referimos a la supuesta preferencia de la protección del tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso⁽⁵⁾ contra la nulidad o cualquier declaración de ineficacia. En el caso planteado conforme al primer párrafo del artículo 315 del CC⁽⁶⁾, no existe un tercero (subadquirente) de buena fe y a título oneroso conforme al artículo 2014⁽⁷⁾ del CC. Sin embargo no han faltado resoluciones judiciales que han aplicado contradictoriamente ambas

-
- (⁴) Últimamente se ha planteado que la violación del primer párrafo del artículo 315 del CC acarrea la nulidad porque viola una norma imperativa: AGUILAR LLANOS, Benjamín, "Régimen patrimonial del matrimonio", en *Derecho*, Revista de la Facultad de Derecho, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, MMVI, N° 59, Lima, 2007, pág. 331: "Sobre este asunto, y en vista del interés familiar existente –que debe ser protegido en función de todos los integrantes del núcleo familiar–, creemos que una nulidad es la que debe proceder en caso de contravención a la disposición conjunta de los bienes sociales, porque la disposición es un acto que va en contra de una norma imperativa". Aquí debemos indicar claramente que una cosa es un contrato que viola una norma de orden público y otra cosa muy distinta es un contrato contrario a una norma imperativa. En efecto, un contrato que viole normas imperativas no es necesariamente nulo: ALBANESE, Antonio, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene Editore, Nápoles, 2003, págs. 45-59. Nuestro CC no regula la nulidad del contrato por violar normas imperativas. Basta interpretar sistemáticamente los artículos V del Título Preliminar y 1354 del CC para llegar a tal conclusión.
- (⁵) MENEZES CORDEIRO, António, *Tratado de direito civil português, I, Parte General, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico*, 3.ª Edição (Aumentada e inteiramente revista), Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 405. La buena fe subjetiva significa –para efectos de este trabajo– desconocimiento de cierto hecho o estado de cosas por muy obvio que sea tal hecho o estado y también es el desconocimiento no culposo. Desde este último punto de vista, será considerado que uno actúa de mala fe, con culpa, si desconocía aquello que debería conocer.
- (⁶) Alguna jurisprudencia cree que esta norma regula la posición jurídica de los terceros que actúan de buena fe y a título oneroso: Considerando cuarto de la Casación N° 2134-2004-Lambayeque de 19 de octubre de 2005 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 02 de junio de 2006.
- (⁷) Artículo 2014.- El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

normas⁽⁸⁾. Por el contrario, el caso en cuestión se refiere a un contrato de mutuo con garantía hipotecaria entre un cónyuge y un acreedor. El acreedor no es un tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso.

A pesar de la aplicación indebida del artículo 2014 del CC que incurre la Casación N° 336-2006-Lima, queremos discutir la segunda conclusión de la misma –el artículo 2014 prevalece sobre la declaración de nulidad o de ineficacia- y para ello formularemos dos casos hipotéticos.

El primer caso comprende varios hechos jurídicos complejos de producción sucesiva. El bien está inscrito en los registros públicos a nombre de un cónyuge. El mencionado bien fue adquirido durante la vigencia de la sociedad de gananciales. Luego, el cónyuge transfiere el derecho de propiedad a un comprador mediante un contrato de compraventa que se inscribe. El comprador desconocía que el vendedor era casado al momento de la celebración de tal contrato. Luego de varios meses el comprador -ahora transmitente- vende el mismo bien a un tercero (subadquirente). El segundo contrato también se inscribe.

El otro caso hipotético comprende dos contratos de compraventa que también se inscriben en los registros públicos. El primer contrato es nulo por alguna causal de nulidad. A pesar de ello el adquirente –ahora transmitente- celebra un segundo contrato de compraventa con un tercero (subadquirente) quien desconoce la existencia de una causal de nulidad del primer contrato.

(⁸) Considerandos octavo y noveno de la Casación N° 994-2004-Tacna de 19 de julio de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de febrero de 2006 a favor de la aplicación del primer párrafo del artículo 315 por ausencia de manifestación de voluntad de ambos cónyuges. Considerando sexto de la Considerando quinto de la Casación N° 1122-2003-La Libertad de 24 de mayo de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de noviembre de 2005 y Casación N° 403-2004-Piura de 28 de setiembre de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de enero de 2006 a favor de la aplicación del artículo 2014 del CC.

En ambos casos la pregunta es muy simple. ¿El CC protege al subadquirente de buena fe y a título oneroso e inscrito a pesar que el título inscrito a favor del transmitente es inoponible o nulo?

En realidad, el real propósito de escribir el presente es desmitificar el principio de la fe pública registral -regulado en el artículo 2014 del CC- frente a los remedios de la nulidad y de la inoponibilidad. Es decir, la protección del tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso se basa en la inscripción. El efecto jurídico de esta inscripción es la oponibilidad de los contratos inmobiliarios. Existe una conciencia generalizada que la nulidad de un contrato es inaplicable frente a la inscripción de un título oneroso a favor de un subadquirente que actuó de buena fe y su título inscrito tiene la calidad de oneroso. Esta conciencia social ha sido regulada en el Artículo VIII del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos –aprobado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 079-2005-SUNARP/SN de 21 de marzo de 2005 y publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de marzo de 2005- regula el principio de fe pública registral:

“La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales”.

Pensamos que esta norma parte de una premisa equivocada⁽⁹⁾. Se piensa que si se protege al adquirente -como consecuencia de la celebración de un contrato de transmisión de una cosa mueble- en contra del verdadero propietario, ello también sucede en los contratos de enajenación de cosas inmobiliarias.

Como se sabe la posesión es el requisito de oponibilidad de los contratos mobiliarios a fin de asegurar la circulación de las situaciones jurídicas o la seguridad del comercio jurídico. El artículo 912⁽¹⁰⁾ del CC es el modelo de esta solución. Una aplicación de ella es el artículo 948⁽¹¹⁾ del CC que establece la adquisición de un bien mueble de quien no es propietario si se reúnen los requisitos de la posesión, de la buena fe (creencia de adquirir el bien de quien es propietario) y el acto de disposición. Si un transmitente falso entrega un bien mueble al adquirente, se protege al adquirente en perjuicio del verdadero propietario aunque quien enajenó carecería de legitimidad para contratar. En efecto, en teoría el propietario tendría el remedio de la inoponibilidad en el sentido de considerar que el contrato celebrado no le afecta. Pero para proteger la circulación de las situaciones jurídicas⁽¹²⁾, la ley opta por proteger al adquirente otorgándole la oponibilidad como remedio.

Pero si el contrato mobiliario es nulo el adquirente no será protegido porque el título debe ser abstractamente idóneo para transferir efectos jurídicos. Esta protección jurídica sana el defecto de legitimidad para contratar pero no el vicio de invalidez del título⁽¹³⁾.

-
- ⁽⁹⁾ Además hace indebida interpretación extensiva del artículo 2014 del CC.
- ⁽¹⁰⁾ Artículo 912.- El poseedor es reputado propietario, mientras no se pruebe lo contrario. Esta presunción no puede oponerla el poseedor inmediato al poseedor mediato. Tampoco puede oponerse al propietario con derecho inscrito.
- ⁽¹¹⁾ Artículo 948.- Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el transmitente de la posesión carezca de facultad para hacerlo.
Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal.
- ⁽¹²⁾ COMPORTI, Marco, "Il possesso", en AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, A cura di Mario Bessone, Terza edizione, Giappichelli Editore, Turín, 1996, pág. 435. Pero en la praxis este sistema ha producido en Italia –nosotros agregaríamos también en el Perú– graves consecuencias en el sector de las cosas de interés artístico e histórico por los robos y otros tráficos ilícitos lo que hace difícil que el propietario recupere sus bienes.
- ⁽¹³⁾ TRABUCCHI, Alberto, *Istituzioni di diritto civile*, Quarantesima prima edizione, Dirigido por Giuseppe Trabucchi, Cedam, Padua, 2004, pág. 551. Esta opinión se explica por la mejor redacción del primer párrafo del artículo 1153 del Código Civil italiano [*Efectos de la adquisición de la posesión*.- Aquel a quien son enajenados bienes muebles por parte de quien no es propietario de ellos, adquiere su propiedad mediante la posesión, siempre que sea de buena fe en el

De lo anterior podemos deducir que la protección del artículo 2014 del CC no es tan poderosa como se suele pensar frente a otros remedios. De ello nos ocuparemos seguidamente.

Tema 6.2: La oponibilidad del contrato

Un contrato es oponible a terceros cuando produce cualquier efecto susceptible de tener cualquier relevancia jurídica a través de terceros⁽¹⁴⁾.

Las reglas de la oponibilidad hacen predominar los derechos derivados de un contrato sobre los derechos derivados de otro, favoreciendo su posición subjetiva de una parte en lugar de la otra; y permiten resolver la *litis* prescindiendo de la posición del adquirente⁽¹⁵⁾.

La oponibilidad del contrato es la prevalencia del título contractual de adquisición sobre el título otorgado al tercero. La oponibilidad del contrato expresa la protección del adquirente y responde a la general exigencia de seguridad de la circulación jurídica⁽¹⁶⁾.

Los contratos de enajenación tiene por función una adquisición derivativa, es decir, una adquisición presupone la anterior pertenencia de la situación jurídica. Si el presupuesto no se verifica o el título del transmitente desaparece, la adquisición del adquirente entra en

momento de la entrega y exista un título idóneo para la transferencia de la propiedad]. El hecho que el artículo 948 del CC no se refiera al título idóneo en nada cambia la afirmación que la norma regula la adquisición de quien no tiene legitimidad para contratar pero no convalida el título nulo. Conforme: GONZALES BARRÓN, Gunther, *Derechos reales*, Jurista Editores, Lima, 2005, Nota (1567), pág. 733: "Es necesario que este negocio sea válido, pues la entrega de buena fe sana la falta de titularidad del transmitente, pero no convalida los vicios estructurales del negocio".

(¹⁴) ROPPO, Vincenzo, *Il contratto*, en *Trattato di diritto privato*, Dirigido por Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè Editore, Milán, 2001, pág. 569.

(¹⁵) FRANZONI, Massimo, "L'opponibilità del contratto" en AA. VV., *I contratti in generale*, Tomo secondo, en *Trattato dei contratti*, Diretto da Pietro Rescigno, A cura di Enrico Gabrielli, Utet, Turín, 1999, pág. 1109.

(¹⁶) VETTORI, Giuseppe, "Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi" en AA.VV., *Il contratto in general*, en *Trattato di diritto privato*, Volume XIII, Tomo V, A cura di Mario Bessone, Giappichelli, Turín, págs. 77-78.

conflicto con la posición del tercero titular. El contrato de enajenación puede determinar cinco hipótesis de conflicto⁽¹⁷⁾.

En la primera hipótesis el conflicto es entre los adquirentes y los terceros titulares. Los titulares anteriores son los terceros referentes al contrato quienes no han enajenado el derecho al transmitente. Son los casos en que el transmitente vende un bien mueble robado o un bien inmueble ajeno. El interés del adquirente entra en conflicto con el tercero titular que nunca transfirió su situación jurídica. El artículo 948 del CC es un ejemplo de una oponibilidad basada en la posesión.

En la segunda hipótesis, el conflicto se verifica entre los adquirentes y los titulares anteriores que transmitieron el derecho en base a un título inválido o ineficaz. Imagínese un contrato dejado sin efecto por el acreedor-vendedor por falta de pago del deudor-comprador pero el nuevo adquirente desconoce que el contrato original era ineficaz.

En la tercera hipótesis, el conflicto se desarrolla entre el adquirente y los titulares originarios en perjuicio del transmitente. Es el caso de quien enajena un bien adquirido por prescripción adquisitiva por un tercero. Piénsese en el caso de un contrato nulo celebrado entre el comprador y el vendedor sobre un bien inmueble. Luego el vendedor celebra otro contrato sobre el mismo bien pero el transmitente –el mismo vendedor- perderá el derecho de propiedad porque el comprador lo adquirió por prescripción adquisitiva. La posesión le otorga oponibilidad al comprador.

En la cuarta hipótesis el conflicto es entre diferentes adquirentes que el transmitente ha sucesivamente transferido. Aquí estamos en la hipótesis de la concurrencia de acreedores o de pluralidad de ventas. En las cosas muebles la oponibilidad es la posesión (artículo 1136 del CC) y en las cosas inmuebles la oponibilidad es la inscripción (artículo 1135

⁽¹⁷⁾ BIANCA, Massimo, *Diritto civile, Il contratto*, III, Nuova ristampa con aggiornamento, Giuffrè, Milán, 1998, págs. 541-547. CARNEVALI, Ugo, "Gli effetti del contratto" en AA.VV., *Istituzioni di diritto privato*, A cura di Mario Bessone, Terza edizione, Giappichelli Editore, Turín, 1996, págs. 664-665.

del CC). También el CC regula las hipótesis de pluralidad de titularidades por la pluralidad de contratos de arrendamiento (artículo 1670) y en la enajenación de la cosa arrendada (artículo 1708).

En la quinta hipótesis el conflicto es entre una de las partes del contrato y los terceros acreedores de la contraparte. Un ejemplo es la protección del derecho de crédito mediante fraude a los acreedores.

Entonces, el efecto jurídico de la inscripción es, como regla general, la oponibilidad de los actos inscritos a favor de los terceros en perjuicio de un acto no inscrito o inscrito en fecha posterior ⁽¹⁸⁾.

La inscripción en los registros públicos es el requisito general de oponibilidad de los contratos inmobiliarios⁽¹⁹⁾. La inscripción en el CC está caracterizada por el principio de la declaratividad o la publicidad declarativa⁽²⁰⁾ que implica que la inscripción no tiene efecto constitutivo pero la adquisición se convierte oponible solo si el acto se inscribe en los registros inmobiliarios. Ella crea un eficaz título pero no convalida el acto impugnado. También está regida por el principio registral de prioridad en el sentido que el acto inscrito primero prevalece sobre los actos inscritos sucesivamente aunque sean de fecha anterior.

Asimismo, la inscripción es un requisito de oponibilidad del contrato y por lo tanto es una carga⁽²¹⁾. Para oponer el contrato, el adquirente debe inscribirlo. El contrato no inscrito es inoponible al tercero que inscribió.

⁽¹⁸⁾ Por ejemplo es el caso de la protección del contrato de opción inscrito sobre todo derecho real o personal que se inscriba con posterioridad (artículo 2023 del CC).

⁽¹⁹⁾ BIANCA, *Diritto civile, Il contratto, op. cit.*, págs. 547-563. PERLINGIERI, P. y BRIGANTI, E., "Pubblicità e trascrizione" en PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997, págs. 605-606. ZATTI, Paolo, "Pubblicità e prova dei fatti giuridici" en ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio, *Lineamenti di diritto privato*, 10.^a ed, Cedam, Padua, 2005, pág. 984.

⁽²⁰⁾ GALLO, Paolo, *Istituzioni di diritto privato*, Seconda edizione, Giappichelli, Turín, 2003, pág. 482.

⁽²¹⁾ ROPPO, Vincenzo, *Istituzioni di diritto privato*, Monduzzi Editore, Bologna, 1994, pág. 86: "La carga es la situación de quien debe tener un determinado comportamiento, si quiere tener la posibilidad de utilizar cualquier situación activa, porque las normas subordinan tal posibilidad a la condición que él tenga aquel comportamiento".

Del mismo modo, la inscripción es el requisito formal de solución de conflictos entre titularidades⁽²²⁾.

Es comprensible, por eso mismo, que se proteja a quien inscribe una demanda de simulación o de fraude de acreedores en menoscabo de los subadquirentes de buena fe.

El tercero (subadquirente) de buena fe no puede oponer su adquisición si el título se inscribió después de la inscripción de la demanda de simulación⁽²³⁾. El Código Civil italiano de 1942 otorga prevalencia a la inscripción de la demanda de simulación en detrimento del subadquirente de buena fe:

“Artículo 2652 del Código Civil italiano de 1942. Demandas referentes a actos sujetos a inscripción. Efectos de las relativas inscripciones respecto a los terceros.- Se deben inscribir, en cuanto a los derechos mencionados en el artículo 2643, las demandas judiciales indicadas en los numerales siguientes, a los efectos por ellos previstos:

4. Las demandas dirigidas a la determinación de la simulación de actos sujetos a inscripción.

La sentencia que ampara la demanda no perjudica los derechos adquiridos de los terceros de buena fe en base a un acto inscrito o inscrito anteriormente a la inscripción de la demanda⁽²⁴⁾”.

⁽²²⁾ GAZZONI, Francesco, *La trascrizione immobiliare*, Tomo primo, *Artt. 2643-2645-bis*, en *Il Codice Civile*, Commentario diretto da Piero Schlesinger, Seconda edizione, Giuffrè editore, Milán, 1998, pág. 73.

⁽²³⁾ BIANCA, *Diritto civile, Il contratto, op. cit.*, pág. 668. CARNEVALI, Ugo, “La simulazione” en AA.VV. *La disciplina generale dei contratti dalle istituzioni di diritto privato*, A cura di Mario Bessone, quarta edizione, Giappichelli, Turín, 1997, pág. 700.

⁽²⁴⁾ GENTILI, Aurelio, “Simulazione” en AA.VV., *Il contratto in general*, en *Trattato di diritto privato*, Volume XIII, Tomo V, *op. cit.*, págs. 612-618. RICCIUTO, Vincenzo, “La simulazione”, en AA. VV., *I contratti in generale*, Tomo secondo, en *Trattato dei contratti, op. cit.*, pág. 1424. Esta norma debe ser concordada con otra del código italiano: Artículo 1415. *Efectos de la simulación respecto a terceros*.- La simulación no puede oponerse, ni por las partes contratantes, ni por sus causahabientes ni por los acreedores del transmitente simulado, a los

En el Perú, un intérprete cuidadoso no debería interpretar aisladamente el artículo 194⁽²⁵⁾ del CC sino, por el contrario, hacer una interpretación sistemática entre el artículo 2016⁽²⁶⁾ del CC y el numeral 8 del artículo 2019 del CC⁽²⁷⁾ a fin de aseverar que el subadquirente de buena fe y a título oneroso no será protegido si antes ya estaba inscrita una demanda de simulación.

Tampoco puede pretenderse proteger al subadquirente de buena fe si la demanda de ineficacia por fraude a los acreedores estaba inscrita antes de la adquisición. Nuevamente el Código Civil italiano protege a quien inscribió primero su demanda de ineficacia por acción pauliana:

“Artículo 2652 del Código Civil italiano de 1942. Demandas referentes a actos sujetos a inscripción. Efectos de las relativas inscripciones respecto a los terceros.- Se deben inscribir, en cuanto a los derechos mencionados en el artículo 2643, las demandas judiciales indicadas en los numerales siguientes, a los efectos por ellos previstos:

5. Las demandas de revocación de los actos sujetos a inscripción, que han sido realizados en perjuicio de los acreedores.

La sentencia que ampara la demanda no perjudica los derechos adquiridos de los terceros de buena fe en base a un

terceros que de buena fe hubieren adquirido derechos del titular aparente, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de simulación.

(²⁵) Artículo 194.- La simulación no puede ser opuesta por las partes ni por los terceros perjudicados a quien de buena fe y a título oneroso haya adquirido derechos del titular aparente.

(²⁶) Artículo 2016.- La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro.

(²⁷) Artículo 2019.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:
8. Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.

acto inscrito o inscrito anteriormente a la inscripción de la demanda⁽²⁸⁾”.

Del mismo modo, consideramos que el artículo 197⁽²⁹⁾ del CC no es autosuficiente. En otros términos, no bastará que sea un subadquirente a título oneroso y de buena fe para favorecerse de las ventajas de protección. Será indispensable que no exista -previamente a la adquisición- una inscripción de una demanda de ineficacia por fraude a los acreedores. Pero, además, el acreedor deberá cumplir la carga de llamar a juicio al subadquirente que inscribió su adquisición después de la inscripción de la demanda de fraude de acreedores⁽³⁰⁾.

La resolución⁽³¹⁾ y la rescisión⁽³²⁾ son oponibles si previamente se han inscrito las demandas de resoluciones y de rescisiones. El Código Civil italiano ampara esta protección al igual que en los casos de las inscripciones de las demandas de simulación y de fraude a los acreedores:

-
- (²⁸) TUCCI, Giuseppe, “I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale” en AA.VV., *Istituzioni di diritto privato, op. cit.*, págs. 1170-1171. Es necesario interpretar esta norma italiana con otra: Último párrafo del artículo 2901. La ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros de buena fe, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de revocación.
- (²⁹) Artículo 197.- La declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe.
- (³⁰) BIANCA, Massimo, *Diritto civile, La responsabilità, V*, Ristampa, Giuffrè, Milán, 1999, pág. 457.
- (³¹) CARNEVALI, Ugo, “La risoluzione del contratto” en AA.VV. *La disciplina generale dei contratti dalle istituzioni di diritto privato, op. cit.*, pág. 763. TAMPONI, Michele, “La risoluzione per inadempimento” en en AA. VV., *I contratti in generale, Tomo secondo, en Trattato dei contratti, op. cit.*, págs. 1525-1526. Lo confirma la siguiente norma italiana: Segundo párrafo del artículo 1458. *Efectos de la resolución.-* La resolución, aunque se hubiere sido pactada expresamente, no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de resolución.
- (³²) CARNEVALI, Ugo, “Rescissione del contratto” en AA.VV. *La disciplina generale dei contratti dalle istituzioni di diritto privato, op. cit.*, pág. 754. CARPINO, Brunetto, *La rescissione del contratto, Artt. 1447-1452 C.C.*, Giuffrè, Milán, 2000, págs. 123-125. El código italiano prevé la misma protección: Artículo 1452. *Efectos de la rescisión respecto de terceros.-* La rescisión del contrato no perjudica los derechos adquiridos por los terceros, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de rescisión.

“Artículo 2652 del Código Civil italiano de 1942. Demandas referentes a actos sujetos a inscripción. Efectos de las relativas inscripciones respecto a los terceros.- Se deben inscribir, en cuanto a los derechos mencionados en el artículo 2643, las demandas judiciales indicadas en los numerales siguientes, a los efectos por ellos previstos:

1. Las demandas de resolución de los contratos y aquellas indicadas por el segundo párrafo del artículo 648 y por el último párrafo del artículo 793, las demandas de rescisión, las demandas de revocación de las donaciones, así como aquellas indicadas en el artículo 524.

Las sentencias que amparan tales demandas no perjudican los derechos adquiridos de los terceros de buena fe en base a un acto inscrito o inscrito anteriormente a la inscripción de la demanda”.

El último párrafo del artículo 1372 del CC indica que la resolución o la rescisión no perjudican los derechos adquiridos de buena fe. Opinamos que esta norma debe leerse teniendo en cuenta la protección normada en el artículo 2016 del CC y el numeral 8 del artículo 2019 del CC.

Como se podrá comprobar, no basta ser subaquirente de buena fe y de título oneroso con un contrato inscrito. El solo hecho de ostentar tal calidad es insuficiente.

Tema 6.3: Conflicto de intereses entre la nulidad y la inoponibilidad del contrato vs. El principio de la fe pública registral

Se piensa que la protección a los terceros (subadquirentes con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso regulada en el artículo 2014 del CC también es oponible a los contratos nulos o inoponibles.

Desde nuestro punto de vista ello no es así. Para fundamentar nuestra posición compararemos las soluciones italianas y portuguesas a fin de comprender los alcances de la nulidad, de la inoponibilidad y de la publicidad registral en los contratos inmobiliarios. Aprovecharemos la comparación jurídica de las soluciones de los conflictos de intereses, a fin de determinar los alcances del artículo 2014 del CC.

El Código Civil de Italia de 1942 regula los efectos de la nulidad frente a los terceros adquirentes.

“Artículo 2652 del Código Civil italiano de 1942. Demandas referentes a actos sujetos a inscripción. Efectos de las relativas inscripciones respecto a los terceros.- Se deben inscribir, en cuanto a los derechos mencionados en el artículo 2643, las demandas judiciales indicadas en los numerales siguientes, a los efectos por ellos previstos:

6) Las demandas dirigidas a declarar la nulidad, o pronunciar la anulabilidad de los actos sujetos a inscripción y las demandas dirigidas a impugnar la validez de la inscripción. Si la demanda es inscrita después de cinco años desde la fecha de la inscripción del acto impugnado, la sentencia que la ampara no perjudica los derechos adquiridos por cualquier título de los terceros de buena fe en base a un acto inscrito o inscrito anteriormente a la inscripción de la demanda. Sin embargo, si la demanda está dirigida a pronunciar la anulabilidad por una causa diversa de la incapacidad legal, la sentencia que la ampara no perjudica los derechos adquiridos de los terceros de buena fe en base a un acto inscrito o inscrito anteriormente a la inscripción de la demanda, aunque ella haya sido inscrita antes que transcurra cinco años de la fecha de la inscripción del acto impugnado, a condición de que en este caso los terceros hayan adquirido a título oneroso”.

En efecto, la sentencia que declara la nulidad de la enajenación afecta también los derechos de los terceros (subadquirentes con contratos inscritos) siempre y cuando la inscripción de la demanda de nulidad se haya realizado dentro de los cinco años de la inscripción del acto nulo. Por el contrario, la inoponibilidad de la sentencia de nulidad se fundamenta en la buena fe del tercero (subadquirente con contrato inscrito) y en la confianza creada por la ausencia de demandas de nulidad contra el transmitente después de cinco años de la inscripción del acto inválido⁽³³⁾.

El subaquirente de buena fe con contrato inscrito adquiere *a non domino* por la prolongada inercia de presentar una demanda e inscribirla en cinco años. La inscripción es una *condictio iuris* de la buena fe que permite ser efectiva⁽³⁴⁾. De ahí que se sostenga que esta es una adquisición derivativa de la ley *a non domino*⁽³⁵⁾.

Para comprender esta norma seguiremos un ejemplo propuesto por la doctrina⁽³⁶⁾. Ticio vende a Cayo un bien inmueble con un acto nulo. El acto se inscribe el 30 de abril de 2000 y seguidamente Cayo dona el bien a Sempronio, que acepta de buena fe e inscribe a su vez en el 2002. Sucesivamente Ticio pide judicialmente la declaración de nulidad del acto de compraventa celebrado con Cayo e inscribe la demanda. Si la demanda se inscribe en abril de 2005, la nulidad será oponible frente a Sempronio si se declara como tal en la sentencia. Pero si la demanda se inscribe después de abril de 2005, la sentencia no le será oponible a Sempronio.

⁽³³⁾ BIANCA, *Diritto civile, Il contratto, op. cit.*, pág. 593.

⁽³⁴⁾ FERRI, Luigi y ZANELLI, Pietro, *Della trascrizione, Artt. 2643-2696*, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro Sesto – Della tutela dei diritti*, A cura di Francesco Galgano, Terza edizione, Zanichelli Editore, Bologna, 1995, págs. 334-335.

⁽³⁵⁾ TRIOLA, Roberto, *La trascrizione, Della tutela dei diritti*, en *Trattato di diritto privato*, Diretto da Mario Bessone, Volume IX, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Turín, 2004, pág. 217.

⁽³⁶⁾ TRABUCCHI, *op. cit.*, pág. 227.

El acto nulo y la buena fe del adquirente concurren a formar un título eficaz de adquisición si se dan los siguientes elementos de la secuencia: 1) el acto nulo; 2) la inscripción del acto nulo; 3) la subadquisición; 4) la inscripción de la subadquisición (antes de la inscripción de la demanda judicial de nulidad); 5) la buena fe; 6) el transcurso de cinco años desde la inscripción del acto nulo, sin que haya sido inscrita demanda judicial de nulidad. Hay que resaltar que esta protección a los terceros no se aplica en los casos en que el acto inscrito no es imputable ni siquiera en forma material e indirecta al supuesto transmitente. Piénsese en la inscripción de un documento falso o del acto estipulado por un falso representante. En tales hipótesis la nulidad o la ineficacia del título se aplican sin límite de tiempo, incluso frente al subadquirente⁽³⁷⁾. Esta experiencia italiana es una prueba adicional que la inoponibilidad es un remedio eficaz contra los terceros subadquirentes de buena fe con título oneroso e inscrito.

Como se ha expresado, esta protección de poder demandar la nulidad -durante el plazo de cinco años a pesar de la inscripción del contrato a favor del subadquirente de buena fe- no es aplicable al caso del negocio ineficaz que fue celebrado por el representante sin poderes⁽³⁸⁾. En efecto, la jurisprudencia italiana ha interpretado que el numeral 6 del artículo 2652 no es aplicable a los negocios jurídicos ineficaces⁽³⁹⁾. Esto significa que el negocio jurídico nunca produce efectos jurídicos totales y como tal la posición jurídica de los terceros (subadquirentes con contratos inscritos) de buena fe y a título oneroso no se convierte en inatacable.

⁽³⁷⁾ BIGLIAZZI GERI, Lina, BRECCIA, Umberto, BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, *Derecho civil, Hechos y actos jurídicos*, Reimpresión de la primera edición, Traducción de Fernando Hinestrosa, Reimpresión, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, Tomo I. Volumen 2, Nota (57) de la pág. 1044.

⁽³⁸⁾ FERRI y ZANELLI, *op. cit.*, pág. 336.

⁽³⁹⁾ TRIOLA, *op. cit.*, pág. 219. También concuerda con esta posición: PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione, La organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale*, Testo curato e aggiornato da Giovanni Giacobbe e Maria Enza La Torre, en *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu y Francesco Messineo*, Volume XIV, T. 2, Giuffrè editore, Milán, 1989, pág. 476.

Lo anterior implica que los contratos inoponibles por ausencia de legitimidad para contratar son protegidos en perjuicio de los subadquirentes de buena fe con título inscrito y oneroso. Así, la sociedad de gananciales, el representado, la copropiedad, la sucesión o el propietario son protegidos respectivamente por la celebración de contratos entre terceros de buena fe con el cónyuge sin asentimiento del otro cónyuge, por el representante sin autorización, por el copropietario sin asentimiento de los otros copropietarios, por un heredero sin participación de los otros herederos o el vendedor sin autorización del verdadero titular.

En cuanto a la anulabilidad, se cancela los efectos contractuales respecto a las partes pero no afecta las adquisiciones derivadas a título oneroso de los terceros de buena fe (que ignoren la causa de anulabilidad) incluso antes del transcurso del plazo de cinco años siempre que no se trate de anulabilidad por incapacidad legal⁽⁴⁰⁾. La adquisición de los terceros no está tutelada: a) si la anulabilidad depende de incapacidad legal; b) si la adquisición es a título gratuito; y c) si la adquisición es a título oneroso pero los terceros son de mala fe (o sea: sabían de la anulabilidad del negocio)⁽⁴¹⁾.

En Italia, el sistema de la inscripción protege al tercero subadquirente y de buena fe en las adquisiciones de bienes inmuebles o muebles registrados. En caso de mala fe el tercero no podrá adquirir a título derivativo pero solo eventualmente a título originario mediante la prescripción adquisitiva⁽⁴²⁾.

La inscripción no tiene eficacia sanatoria. Para que el subadquirente obtenga protección deben producirse diferentes hechos jurídicos como la

⁽⁴⁰⁾ BIANCA, *Diritto civile, Il contratto, op. cit.*, pág. 634. Conforme a una norma del código italiano: Artículo 1445. *Efectos de la anulación respecto de terceros.*- La anulabilidad que no depende de una incapacidad legal no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por terceros de buena fe, sin perjuicio de los efectos de la inscripción de la demanda de anulabilidad.

⁽⁴¹⁾ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *op. cit.*, pág. 1058.

⁽⁴²⁾ GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003, pág. 976.

inscripción del acto de adquisición, el transcurso de cinco años entre la inscripción del acto de adquisición y la inscripción de la demanda judicial; y la buena fe del adquirente que ha adquirido en base a un acto nulo o anulable⁽⁴³⁾. El acto nulo sigue siéndolo aunque se inscriba y la nulidad puede ser formulada en cualquier momento⁽⁴⁴⁾.

El Código de Portugal de 1966 recoge el modelo italiano pero con algunas especificidades.

“Artículo 291.- Inoponibilidad de la nulidad y de la anulabilidad

1. La declaración de nulidad o de anulabilidad del negocio jurídico respecto a bienes inmuebles, o a bienes muebles sujetos a inscripción, no perjudica los derechos adquiridos sobre los mismos bienes, a título oneroso, por el tercero de buena fe, si la inscripción de la adquisición fue anterior a la inscripción de la acción de nulidad o de anulabilidad o a la inscripción del acuerdo entre las partes acerca de la invalidez del negocio.

2. Los derechos del tercero no son, todavía, reconocidos, si la acción fue formulada e inscrita dentro de los tres años posteriores a la celebración del negocio.

3. Se considera de buena fe al tercero adquirente que en el momento de la adquisición desconocía, sin su culpa, el vicio del negocio nulo o anulable”.

La legislación portuguesa⁽⁴⁵⁾ busca favorecer al titular del derecho de la declaración de nulidad o de anulación en el conflicto con los terceros, y, por otro lado, considera conveniente no prolongar la situación más allá del plazo de tres años, por una razón de certeza y seguridad de

⁽⁴³⁾ PUGLIATTI, *op. cit.*, pág. 474.

⁽⁴⁴⁾ FERRI y ZANELLI, *op. cit.*, pág. 333.

⁽⁴⁵⁾ HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Edições Almedina, Coimbra, 2005, págs. 601-607.

las relaciones jurídicas⁽⁴⁶⁾. Esta norma busca proteger los legítimos intereses de los terceros y los intereses del tráfico jurídico⁽⁴⁷⁾.

Para que el tercero (subadquirente) proteja su adquisición es necesaria que ella sea a título oneroso, de buena fe, registrada antes de la inscripción de la acción de nulidad o de anulación o del acuerdo de las partes invalidando el negocio; y que haya transcurrido tres años desde la celebración del negocio jurídico. Si se cumplen estos requisitos se produce una verdadera adquisición registral⁽⁴⁸⁾. No obstante estos requisitos, el verdadero titular puede impugnar el negocio inválido en el periodo de los tres años y extinguir las consecuencias jurídicas contra el tercero (subadquirente) aunque haya cumplido los requisitos anteriores⁽⁴⁹⁾.

El Código Civil portugués también considera que el tercero es de mala fe si adquirió el derecho posteriormente a la inscripción de la acción de simulación (numeral 3 del artículo 243). Además, el derecho a la resolución del contrato es oponible al tercero que no ha registrado su derecho antes de la inscripción de la acción de resolución respecto de bienes inmuebles o muebles sujetos a la inscripción (numeral 2 del artículo 435).

El Título IX del Libro II del CC regula la nulidad como remedio principal para proteger los intereses interindividuales. Es una técnica de control social muy utilizada por los operadores jurídicos por su efectividad porque se dice que la consecuencia jurídica se produce automáticamente. Esta aparente ventaja ha engeguado al legislador peruano cuando optó por no regular los efectos jurídicos de la nulidad. Si un contrato nulo no produce efectos, no hay necesidad de establecer

⁽⁴⁶⁾ GALVÃO TELLES, Inocêncio, *Manual dos contratos em geral*, Refundido e actualizado, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2002, pág. 364.

⁽⁴⁷⁾ MOTA PINTO, Carlos Alberto da, *Teoria geral do direito civil*, 4.^a Edição por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 626-627.

⁽⁴⁸⁾ PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, *Teoria geral do direito civil*, 3.^a Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005, pág. 585. MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, págs. 876-878.

reglas. Ello quiere decir que nunca caben ejecuciones de prestaciones si los contratos son nulos. Si un arrendador arrienda sin saber que el arrendatario pretende utilizar el inmueble arrendado con fines contrarios a las normas de orden público o fines inmorales, tendrá que devolver las rentas pagadas a pesar que hizo lo necesario para desalojarlo apenas tuvo conocimiento del uso con fin ilícito del bien. El arrendador no podrá reclamar las rentas porque los contratos nunca producen efectos jurídicos. Ello es totalmente falso y además esta idea promueve los enriquecimientos injustificados.

Entonces, el CC no regula los efectos jurídicos de la nulidad. Ello puede resultar justificable cuando se dice ingenuamente que los contratos nulos nunca producen efectos jurídicos.

Muchas veces el contrato nulo, antes de la declaración de nulidad, produce efectos fácticos y por eso se hace necesario regular cómo la situación fáctica se puede adecuar a la situación jurídica de un contrato declarado nulo⁽⁵⁰⁾. Un código civil debe reglamentar los efectos de retroactividad, de restitución y de protección de terceros cuando un contrato se declare nulo.

El CC no dice nada y ello es grave.

El código omite decir qué sucedería si las partes se ponen de acuerdo y dejan sin efecto el contrato nulo. Es claro que la intervención del juez o del árbitro resulta innecesaria salvo que se asuma una posición ideológica intervencionista en el contenido de los contratos. Lo que debe quedar claro es que si las partes mismas se dan cuenta de la nulidad del contrato, es perfectamente posible que ellas mismas lo dejen sin efecto sin perjudicar a terceros. Pensar lo contrario es no tener la más mínima idea que la contratación es simplemente un intercambio de bienes y de servicios para satisfacer necesidades mediante actos normativos, vinculantes, programáticos y performativos.

(⁴⁹) OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, *Direito civil, Teoria geral*, Vol. II, *Acções e factos jurídicos*, 2.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 392-393.

(⁵⁰) PAIS DE VASCONCELOS, *op. cit.*, pág. 584.

El Libro II del Código Civil no dice nada si la declaración de nulidad del contrato respecto a bienes inmuebles o a bienes muebles sujetos a inscripción, perjudica o no los derechos adquiridos sobre los mismos bienes, a título oneroso, por el tercero de buena fe. Tampoco regula la hipótesis de la inscripción de la demanda de nulidad inscrita en los registros públicos antes o después de la inscripción de la adquisición. Esta ausencia de regulación nace de la idea que el contrato nulo siempre es oponible a los terceros pero no basta decirlo sino que hay que regularlo. Para suplir este silencio habrá que acudir a la norma que contiene el principio registral de prioridad.

Otros pueden decir que el artículo 2014 del CC es la solución para suplir la laguna mencionada. Ello es incorrecto.

Tal norma importó una norma española que no tiene antecedente en los sistemas jurídicos italiano y portugués. Es una norma defectuosa⁽⁵¹⁾.

La norma fuente es el artículo 34 de la Ley de 30 de diciembre de 1944 según Texto Refundido según Decreto de 08 de febrero de 1946, que a la letra dice:

“Artículo 34. El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.

La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transmitente”.

Pero esta norma tiene excepciones:

“Artículo 37. Las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley.

Se exceptúan de la regla contenida en el párrafo anterior:

1. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro.
2. Las de revocación de donaciones, en el caso de no cumplir el donatario condiciones inscritas en el Registro.
3. Las de retracto legal, en los casos y términos que las leyes establecen.
4. Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores, las cuales perjudicarán a tercero:
 - a. Cuando hubiese adquirido por título gratuito.
 - b. Cuando, habiendo adquirido por título oneroso, hubiese sido cómplice en el fraude. El simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio no implicará, por sí solo, complicidad en el fraude.

En ambos casos no perjudicará a tercero la acción rescisoria que no se hubiere entablado dentro del plazo de cuatro años, contados desde el día de la enajenación fraudulenta.

En el caso de que la acción resolutoria, revocatoria o rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme a lo dispuesto en el párrafo primero de este artículo, se podrán ejercitar entre las partes las acciones personales que correspondan”.

⁽⁵¹⁾ Como lo señala correctamente: GONZALES BARRÓN, Gunther, “El principio de fe pública registral: Una necesaria aclaración” en *Temas de derecho registral*,

La doctrina española ha establecido los siguientes requisitos para obtener los efectos protectores de la adquisición originaria *ex lege* y *a non domino*⁽⁵²⁾: a) Ha de tratarse de tercero adquirente de derechos reales; b) Ha de adquirir derechos de buena fe (desconocimiento de la inexactitud registral y no de los hechos de los que se derivan aquella inexactitud)⁽⁵³⁾; c) Ha de ser adquirente a título oneroso; d) Ha de adquirir los derechos de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlos; y e) Ha de inscribir su derecho el adquirente.

Fíjese que una de las excepciones a la protección del tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso es

(52) Ediciones Legales, Lima, 2000, págs. 135-140.
 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Segunda edición, Universidad de Madrid, Sección de publicaciones, Madrid, 1986, págs. 594-597. ROCA SASTRE, Ramón María y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis Roca, *Derecho hipotecario*, Segunda Edición, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1979, pags. 645-780.

(53) Este concepto de buena fe es tomado en cuenta en la jurisprudencia peruana: Considerando sexto de la Casación N° 381-2001-San Román de 19 de octubre de 2001 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de marzo de 2002. Considerando tercero de la Casación N° 3017-2000-Lima de 30 de mayo de 2001 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 05 de noviembre de 2001. Considerandos tercero y sexto de la Casación N° 1475-2000-Lima de 09 de julio de 2002 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de setiembre de 2003. Considerandos sexto y séptimo de la Casación N° 2011-2001-Ica de 05 de diciembre de 2003 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de junio de 2004. Considerando tercero de la Casación N° 1876-2003-Lima de 13 de abril de 2004 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 02 de agosto de 2004. Considerandos séptimo y décimo de la Casación N° 741-2003-Lambayeque de 25 de agosto de 2004 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de marzo de 2005. Considerando sexto de la Casación N° 2758-2002-La Libertad de 09 de noviembre de 2004 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de marzo de 2005. Considerando cuarto de la Casación N° 2235-2003-Piura de 17 de mayo de 2005 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de marzo de 2006. Considerandos séptimo y octavo de la Casación N° 1435-2002-La Libertad de 01 de julio de 2005 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de noviembre de 2005. Considerando décimo noveno de la Casación N° 261-2003-Lima de 01 de julio de 2005 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de enero de 2006. Considerando tercero de la Casación N° 1062-2004-Lima de 03 de agosto de 2005 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de noviembre de 2005. Considerando sexto de la Casación N° 2134-2004-Lambayeque de 19 de octubre de 2005 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 02 de junio de 2006. Considerando undécimo de la Casación N° 652-2005-Tumbes de 08 de marzo de 2006 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 31 de julio de 2006. Considerando séptimo de la Casación N° 1783-2006-Cusco de 10 de agosto de 2006 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 30 de noviembre de 2006.

la protección de fraude a los acreedores sin prever la existencia previa de una inscripción de una demanda de ineficacia por fraude a los acreedores. Esta solución es inadecuada porque no se protege efectivamente los intereses de los subadquirentes porque estos están –equivocadamente- subordinados a los de los acreedores para la ley española.

La protección de la oponibilidad de la inscripción de las demandas no funciona en la ley española. En el último párrafo del artículo 20 de la Ley hipotecaria española se prohíbe expresamente “tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento”.

El artículo 34 de la Ley hipotecaria española busca otorgar seguridad y protección a los terceros adquirentes porque ellos confiaron en las declaraciones incontrovertibles del registro que se reputa siempre exacto en su favor⁽⁵⁴⁾.

El principio de la fe pública registral también es hablado y escrito como “buena fe registral”. Basta un ejemplo. Así –se dice- que la buena fe registral en la Ley Hipotecaria española es la configuradora del principio de prioridad registral, exige el desconocimiento de la verdadera situación del inmueble en la parte no reflejada registralmente con la imposibilidad de conocer la exactitud mediante una actuación mínimamente diligente, sin ser preciso desarrollar una especial labor investigadora, (entre otras, Sentencia de 17 de octubre de 1989, Sentencia de 05 de diciembre de 1996 y Sentencia de 18 de febrero de 2005)⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de derecho civil*, Tomo Quinto, Cuarta edición, Marcial Pons, Madrid, 2005, págs. 371-372.

⁽⁵⁵⁾ Conforme: CHICO Y ORTIZ, José María, *Seguridad jurídica y revisión crítica de los principios hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 41-42. DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo, *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1982, págs. 122-126.

Este concepto de buena fe –entendido como desconocimiento de la inexactitud registral- no debe ser utilizado para interpretar el artículo 2014 del CC. La buena fe –en la norma en mención- consiste en la ignorancia del vicio en el contrato y se aplica sobre el plano sustancial⁽⁵⁶⁾. La protección del tercero de buena fe constituye el fundamento ético de la inscripción la cual confiere seguridad al tráfico jurídico⁽⁵⁷⁾. El hecho de pensar que la buena fe debe buscarse solo en el registro es una miopía. Por ejemplo, la verificación de quien posee la cosa inmueble es fundamental para comprobar la buena fe del subadquirente con título inscrito y oneroso. Por eso compartimos la afirmación que la buena fe del tercer adquirente no puede pesar más que la realidad misma⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, op. cit.*, pág. 38. En el mismo sentido: TRIOLA, *op. cit.*, págs. 14-15. Este concepto ha sido recogido por un sector de la jurisprudencia peruana: En el Considerando tercero de la Casación N° 2125-1999-Lambayeque -de 19 de octubre de 2001 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 31 de mayo de 2002- el tercero no ha actuado de buena fe porque el demandante desde la fecha que adquirió el inmueble ha estado ejerciendo plenamente la posesión del mismo; y además en la inspección ocular del predio el Banco debió advertir la posesión del actor. En el Considerando cuarto de la Casación N° 3371-2001-Lima -de 25 de setiembre de 2002 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de abril de 2003- se determinó que el tercero no actuó de buena fe porque la compraventa era simulada porque se enajenó el bien sabiendo que se había pedido judicialmente el otorgamiento de escritura pública, por el vínculo de familiaridad entre los demandados, por la subvaluación del precio de venta y por la intervención del mismo abogado para defender a las demandadas en los procesos de otorgamiento de escritura pública y de desalojo. En la Casación N° 1788-2003 la compradora conocía la venta irregular desde que su representante legal formaba parte del estudio jurídico que asumió la defensa legal de la vendedora en el proceso de nulidad de acuerdos societarios. Asimismo, en la Casación N° 2023-2001 la presunción de buena fe se desvanece si se ha verificado la existencia de una cuenta corriente en la propia entidad bancaria demandada a favor de la empresa de la cual laboraba la actora y sus cónyuge son sus titulares, cuenta que fue abierta con anterioridad al acto jurídico materia de nulidad. En el Considerando octavo de la Casación N° 190-2004-Cusco -de 06 de setiembre de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de febrero de 2006- se estableció que la actuación de los terceros de buena fe se aprecia también desde que levantaron una construcción de material noble de tres pisos. En el considerando séptimo de la Casación N° 1634-2005-Lima -de 18 de abril de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de octubre de 2006- la subadquirente con título inscrito y oneroso reconoció que su transmitente no poseía el bien inmueble. Ello se corroboró cuando se apersonó a constatar que el bien estaba siendo poseído por los anteriores propietarios.

⁽⁵⁷⁾ FERRI y ZANELLI, *op. cit.*, págs. 50-51.

⁽⁵⁸⁾ GONZALES BARRÓN, *Derechos reales, op. cit.*, pág. 741.

La doctrina española sostiene que la protección de la fe pública registral implica una pérdida del derecho del *dominus*, una adquisición *a non domino*⁽⁵⁹⁾ automática y el nacimiento de acciones personales de tipo indemnizatorio a favor del *dominus*⁽⁶⁰⁾. Uno de los efectos principales del artículo 34 de la ley española es la aniquilación del derecho del título del transmitente.

Finalmente, la ley española es interpretada en el sentido que los títulos de dominio o de los otros derechos reales sobre los bienes inmuebles, que no están debidamente inscritos o anotados en el registro de la propiedad, no perjudican al tercero⁽⁶¹⁾.

Por eso, el artículo 2014 del CC –para los seguidores de la doctrina española- convierte en inatacable la adquisición del tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso. En tal sentido, no se le puede oponer a la adquisición ninguna nulidad o inoponibilidad del título del transmitente.

No obstante ello, se ha interpretado que el mantenimiento de la adquisición del tercero adquirente se verifica en los casos de anulabilidad, rescisión o resolución del específico negocio jurídico pero no en la nulidad. Esta interpretación se justifica –dice esta doctrina- porque los derechos del subadquirente no pueden resultar protegidos por el artículo 2014 del CC por estar en juego los principios superiores del orden público, la moral y las buenas costumbres, que determinan que los negocios radicalmente nulos no subsanables, ni por confirmación, ni por prescripción, ni por ningún otro medio, no pueden producir efectos negociales de ninguna índole⁽⁶²⁾.

En contraposición a esta opinión se ha manifestado que la situación patológica de falta de coincidencia entre la realidad registral y

⁽⁵⁹⁾ También lo considera así nuestra jurisprudencia: Considerando octavo de la Casación N° 381-2001-San Román de 19 de octubre de 2001 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 01 de marzo de 2002

⁽⁶⁰⁾ ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *op. cit.*, págs. 768-780.

⁽⁶¹⁾ DE ANGEL YAGÜEZ, *op. cit.*, págs. 126-127.

⁽⁶²⁾ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric, *La nulidad del negocio jurídico, Principios generales y su aplicación práctica*, Jurista Editores, Lima, 2002, pág.161.

la realidad extra-registral obliga a que las causas de resolución o nulidad no-inscritas sean tenidas como inexistentes para el tercero «cualificado»⁽⁶³⁾. Coherentemente con esta posición se afirma que las nulidades radicales afectantes de los negocios antecedentes sí influyen en las sucesivas transmisiones de propiedad (trascendencia de la nulidad), salvo cuando el tercero subadquirente reúne los requisitos de protección establecidos establecidos por el principio de fe pública registral (artículo 2014). De esta manera –se asevera- que el principio de fe pública es una excepción a la falta del poder de disposición, aunque suplido por la ley en base a la tutela de la confianza generada por los pronunciamientos del Registro, y por lo que el legislador –a semejanza de lo ocurrido con los bienes muebles- se ha visto en la necesidad de establecer una regla de adquisición a «*non domino*» que le permita mantener la seguridad jurídica en el tráfico patrimonial sobre inmuebles⁽⁶⁴⁾.

Es evidente que el artículo 2014 del CC protege el valor de la seguridad de la circulación jurídica⁽⁶⁵⁾. No obstante ello la nulidad

(63) GONZALES BARRÓN, Gunther, *Tratado de derecho registral inmobiliario*, Segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2004, pág. 979.

(64) GONZALES BARRÓN, *Tratado de derecho registral inmobiliario, op. cit.*, págs. 989-990. Esta posición encuentra respaldo en alguna jurisprudencia: Considerandos segundo y cuarto de la Casación N° 2134-2004-Lambayeque de 19 de octubre de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 02 de junio de 2006.

(65) El Tribunal Constitucional en el Caso del Colegio de Notarios de Junín, Exp. 0016-2002-AI/TC de 30 de abril de 2003 lo ha reconocido implícitamente: “Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución lo reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer la titularidad de dicho derecho frente a terceros y tener la oportunidad de generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consubstanciales”. También la jurisprudencia judicial: Considerando tercero de la Casación N° 3371-2001-Lima de 25 de setiembre de 2002 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de abril de 2003. Considerando sexto de la Casación N° 2758-2002-La Libertad de 09 de noviembre de 2004 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de marzo de 2005. Considerando tercero de la Casación N° 683-2004-Lima de 28 de junio de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de enero de 2006. Considerando décimo de la Casación N° 261-2003-Lima de 01 de julio de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de enero de 2006. Considerando tercero de la Casación N° 1065-2005-Huancavelica de

siempre es oponible a los terceros⁽⁶⁶⁾ porque protege – preponderantemente- valores humanos éticos-jurídicos⁽⁶⁷⁾. Esta protección debe ejercerse mediante la inscripción de una demanda en un plazo determinado y será oponible a tales terceros si sucesivamente es amparada en una sentencia⁽⁶⁸⁾.

El contrato es un acto que produce, modifica o extingue normas jurídicas (concepción normativa) que constituye un ordenamiento jurídico (concepción institucional), y, asimismo es un acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica). Pero también es un acto programático (concepción programática) y un acto de comunicación social (concepción performativa).

Sostenemos que la nulidad normada en el Título IX del Libro II del Código Civil es una nulidad pensada como un juicio de valor de deber ser. Válido es el contrato que vale porque su valor es compatible con los valores del ordenamiento estatal⁽⁶⁹⁾. Para el ordenamiento jurídico no es suficiente que se ejerciten los derechos y se cumplan las obligaciones, que se realicen los deberes o se regulen intereses, de manera formal conforme al texto literal de las normas; sino que es necesario que el ejercicio del derecho, el cumplimiento del deber, la realización del deber se caractericen por un *suplemento de moralidad* que es expresión de aquel principio de la *solidaridad humana* y de

28 de noviembre de 2005 publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 04 de julio de 2006.

⁽⁶⁶⁾ ROPPO, *Istituzioni di diritto privato, op. cit.*, pág. 544.

⁽⁶⁷⁾ FALZEA, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Parte prima, *Il concetto del diritto*, Quarta edizione riveduta, Giuffrè Editore, Milán, 1992, págs. 482-483: “El derecho se ocupa de la parte del mundo histórico-real al cual pertenece los valores humanos éticos-jurídicos”.

⁽⁶⁸⁾ TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, *Manuale di diritto privato*, Diciassetima edizione, Giuffrè, Milán, 2004, pág. 1051.

⁽⁶⁹⁾ “La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal a de la Constitución (...). (...) el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales [Caso Fernando Cantuarias Salaverry, Exp. N.º 6167-2005-PHC/TC, fundamentos 16 y 17].

respeto recíproco que todo individuo debe recibir y dar a otro individuo⁽⁷⁰⁾.

Entonces, inválido es el contrato que no vale por contener valores incompatibles con aquellos del ordenamiento estatal. Dentro de esta concepción, el contrato nulo puede afectar al subadquirente con contrato inscrito, a título oneroso y de buena fe siempre y cuando se inscriba la demanda dentro del plazo de prescripción para ejercer la acción de nulidad. Lo mismo sería aplicable a la demanda inscrita de inoponibilidad sin límite en el tiempo por cuanto el CC no ha normado expresamente un plazo determinado para ejercer las acciones de inoponibilidad.

Optamos –como regla general- por proteger la intangibilidad de la esfera jurídica de todo sujeto en nombre de la “seguridad estática de las adquisiciones” a fin que ninguno disponga de su situación jurídica. El sujeto tiene la autonomía de disponer de su esfera jurídica⁽⁷¹⁾. De ahí que se dará relevancia a los hechos internos (protección a la autonomía de disposición) y no visibles (limitadamente oponibles al tercero de buena fe). Excepcionalmente y en algunos casos, es pertinente proteger la “seguridad dinámica de las adquisiciones” mediante los procedimientos exteriorizados formales, conocibles y publicitados que los privados tendrán la carga de seguir si quieren que se verifiquen los efectos jurídicos programados⁽⁷²⁾. Esta protección da relevancia a los hechos externos (oponibles al tercero). Todos los ordenamientos jurídicos sufren y se benefician o de la “seguridad estática” o de la “seguridad dinámica” de las adquisiciones⁽⁷³⁾ en mayor o en menor medida.

⁽⁷⁰⁾ FERRI, Giovanni Battista, “Buon costume e codice civile” en *Saggi di diritto civile*, Ristampa riveduta e corretta della seconda edizione, Maggioli Editore, Rimini, 1994, pag. 512.

⁽⁷¹⁾ SACCO, Rodolfo, *Il fatto, l'atto, Il negozio*, con la colaboración de Paola CISIANO, en *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*, Utet Giuridica, Turín, 2005, págs. 60-61.

⁽⁷²⁾ SACCO, *op. cit.*, pág. 61.

⁽⁷³⁾ SACCO, *op. cit.*, pág. 63.

La “seguridad estática de las adquisiciones” (llamada así por Sacco) o la “protección de los derechos subjetivos” (denominada así por Ehrenberg⁽⁷⁴⁾) impone cargas de conservación para proteger los intereses preconstituidos. De otro lado, la “seguridad dinámica de las adquisiciones” (denominada así por Sacco) o la “protección de los tráficos” (llamada así por Ehrenberg) establece la carga de determinación de la realidad por cuenta de los sujetos para favorecer la agilidad de las mutaciones jurídicas. De tal manera, el ámbito de intangibilidad de los intereses preconstituidos se va restringiendo y, a medida que se limita la carga de determinación por cuenta de los terceros, se introducen y agrandan las cargas de conservación de los intereses por cuenta de los titulares. Estos últimos, por lo tanto, no pueden considerarse satisfechos con la obtención de la garantía originaria del derecho para sus intereses, sino que deben hacerse merecedores, así mismo, de la conservación de dicha garantía, con la adopción de un comportamiento diligente, capaz de no poner en riesgo, por imprudencia o por determinación consciente, la protección de la ley⁽⁷⁵⁾. Por ejemplo, el titular de las cargas de conservación debe inscribir la demanda de nulidad en el plazo legal fijado o el titular de la carga de determinación debe actuar de buena fe.

Nuestra propuesta de interpretación del 2014 del CC busca garantizar predominantemente la “seguridad estática de las adquisiciones” o la “protección de los derechos subjetivos”. Esta no implica reducir la importancia de la tutela de la “seguridad dinámica de las adquisiciones” o la “protección de los tráficos”. Por el contrario, el titular del interés jurídico preconstituido debe cumplir las cargas para conservar su posición jurídica pero al mismo tiempo el tercero del

(⁷⁴) EHRENBURG, “Rechtssicherheit und Verkehrssicherheit”, en *Jahrb. für die Dogmatic*, 1904, pp. 273 y ss. Citado por FALZEA, Angelo, “Apparenza” en *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II. *Dogmatica giuridica*, Guiffre Editore, Milán, 1997, pág. 843. También en: “El principio de la apariencia”, Traducción de Leysser L. León, en *Derecho*, pág. 202.

(⁷⁵) FALZEA, “Apparenza”, *op. cit.*, pág. 843. También en: “El principio de la apariencia”, *op. cit.*, pág. 202.

interés posterior o sobrevenido –titular de la carga de determinación– será protegido siempre y cuando cumpla con algunas condiciones expresamente establecidas por la ley. Así, toda limitación de la carga de determinación conlleva una acentuación de la carga de conservación⁽⁷⁶⁾.

Para llegar a esta afirmación final hemos utilizado la comparación jurídica que tiene como objetivo principal conocer el derecho y como objetivo secundario mejorar el derecho nacional. La comparación de reglas pertenecientes a varios sistemas jurídicos sirve para establecer en qué medida son idénticas y en qué medida se diferencian⁽⁷⁷⁾. Las reglas pueden provenir de argumentos legislativos, doctrinales y jurisprudenciales. Comparar permitirá aprender no tanto una solución sino un modo de razonar. En fin, la comparación es una actividad científica para estudiar las semejanzas y las diferencias entre varios sistemas jurídicos. El trabajo del comparatista debe consistir –se dice sabiamente– en la determinación de aquellos momentos relevantes en los discursos sobre el derecho formulados en los diversos ordenamientos para hacer ver los valores que con ellos se quieren promover⁽⁷⁸⁾.

El tema de la protección del tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso podrá ser mejor entendido si se estudian los sistemas jurídicos italiano y portugués. Ellos regulan y valoran convenientemente los problemas jurídicamente relevantes de los efectos jurídicos del contrato nulo o inoponible. El sistema jurídico español pretende dar una solución conforme al modelo de la transferencia de propiedad abstracta del Código Civil alemán de

⁽⁷⁶⁾ FALZEA, "Apparenza", *op. cit.*, pág. 844. También en: "El principio de la apariencia", *op. cit.*, pág. 203.

⁽⁷⁷⁾ SACCO, Rodolfo, "La comparazione giuridica" en GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo, *Sistema giuridici comparati*, Utet, Turín, 1996, págs. 1-6.

⁽⁷⁸⁾ SOMMA, Alessandro, *Temi e problemi di diritto privato*, II, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Giappichelli, Turín, 2005, pág. 69.

1900⁽⁷⁹⁾ mediante el otorgamiento de una protección más intensa del tercero y lo dispensa de una justificación específica de su conducta cuando él puede invocar el contenido del documento formal⁽⁸⁰⁾. Por consiguiente, es un error histórico y asistemático decir que la inscripción del título oneroso del tercero (subadquirente) de buena fe es constitutiva en el sentido que mantiene su adquisición aun en contra de lo que dicta el derecho común⁽⁸¹⁾.

De la comparación jurídica realizada debemos concluir que el artículo 2014 del CC debe estar sometido a las mutaciones del título del transmitente⁽⁸²⁾. En ese sentido, el Artículo VIII del Texto Único Ordenado del Reglamento General de los Registros Públicos debe interpretarse restrictivamente.

Esta interpretación también está basada en una interpretación jurídica sociológica. Se ha dicho que en el Perú la falta de honestidad, de eficiencia y de rapidez en el sistema judicial generan un riesgo permanente para todo propietario⁽⁸³⁾. Esta afirmación es insuficiente y probablemente revisable por su carácter absoluto. El problema es más complejo. En nuestro país –es lamentable decirlo– se vive de la cultura del engaño y muchos se valen de las interpretaciones -importadas del sistema jurídico español- del artículo 2014 del CC para obtener ventajas

⁽⁷⁹⁾ Para conocer lo que realmente implica un sistema de transferencia abstracto de propiedad: KUPISCH, Berthold, "Causalità e astrattezza", en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Tomo II, A cura di Letizia Vacca, Giuffrè Editore, 1991, págs. 438-439.

⁽⁸⁰⁾ FALZEA, "Apparenza", *op. cit.*, pág. 816. Asimismo en: "El principio de la apariencia", *op. cit.*, pág. 181.

⁽⁸¹⁾ ALIAGA HUARIPATA, Luis, "Principio de fe pública registral" en *Código Civil Comentado*, Tomo X, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pág. 424. También en: "La eficacia sustantiva de las inscripciones en el ordenamiento jurídico peruano" en *Actualidad Jurídica*, Tomo 143, Octubre, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pág. 45.

⁽⁸²⁾ En los Considerandos tercero y cuarto de la Casación N° 857-2000-Lima -de 18 de octubre de 2000 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 02 de enero de 2001- se manifiesta que el artículo 2014 del CC no debe ser aplicado cuando la supuesta deudora no ha intervenido por ella misma ni por apoderado en la celebración del contrato con mutuo con garantía hipotecaria toda vez que su firma fue falsificada y además no se encontraba en el país en la fecha de la suscripción del contrato.

⁽⁸³⁾ WEBB, Richard, BEUERMANN, Diether y REVILLA, Carla, *La construcción del derecho de propiedad. El caso de los asentamientos humanos en el Perú*, Colegio de Notarios de Lima, 2006, pág. 67.

indebidas. Actualmente un propietario con su título inscrito no puede estar seguro de oponer su derecho de propiedad. Los estafadores se valen de los terceros (subadquirentes con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso mediante la apropiación ilegal del bien de su verdadero propietario para obtener beneficios⁽⁸⁴⁾. El ordenamiento jurídico no puede separarse del ambiente cultural en que se halla inmerso. Por eso la solución adecuada de los casos también se impone mediante continuas reconstrucciones interpretativas del ordenamiento vigente⁽⁸⁵⁾.

Por eso consideramos que la interpretación del artículo 2014 del CC debe basarse en los sistemas jurídicos italiano y portugués. De ahí que proponemos un modo distinto de entender el 2014 del CC tomando en cuenta los intereses regulados y valorados. Cuando se trata de dos intereses incompatibles, el derecho tiene que realizar una elección: si escoge el primero se debe negar al acto o negocio aquella eficacia que sería necesaria para garantizar el segundo; si escoge el segundo, será necesario dar eficacia al acto o negocio, con el consiguiente sacrificio del primero⁽⁸⁶⁾.

Por consiguiente, nuestra respuesta a la pregunta formulada es que el CC protege –como regla general- el título inscrito del transmitente en detrimento del título inscrito del subadquirente de buena fe y a título oneroso. El artículo 2014 del CC protege un interés pero en forma relativa.

Tema 6.4: Propuesta de reforma del artículo 2014 del Código Civil

⁽⁸⁴⁾ Ello se comprueba conociendo los casos resueltos por la jurisprudencia. Los casos judiciales que se mencionan en este trabajo son un claro ejemplo del comportamiento inmoral de los contratantes.

⁽⁸⁵⁾ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Traducción de Marina Gascón, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pág. 138.

⁽⁸⁶⁾ FALZEA, "Apparenza", *op. cit.*, pág. 845. También en: "El principio de la apariencia", *op. cit.*, pág. 203.

La propuesta⁽⁸⁷⁾ de reforma tiene la siguiente redacción y erróneamente se denomina como “principio de buena fe registral” en lugar de principio de fe pública registral:

“Artículo 2014.- Principio de buena fe registral.

1. En el caso del Registro de Bienes, el tercero que de buena fe adquiere algún derecho de persona que en el asiento registral aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se declare nulo, se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados correspondientes.
2. En el caso de los Registros de Personas Jurídicas y Naturales, la posterior inexactitud o invalidez de los asientos registrales no perjudicará a quien de buena fe hubiere adquirido un derecho u obtenido algún beneficio patrimonial sobre la base de ellos, siempre que las causas de dicha inexactitud o invalidez no consten en los asientos registrales o en los títulos archivados.
3. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud de los asientos registrales o de los títulos archivados correspondientes.
4. Las inscripciones registrales no convalidan los actos que sean nulos o anulables con arreglo a este Código o a otras leyes”.

⁽⁸⁷⁾ REÁTEGUI TOMATIS, Manuel, “Reformas al Libro IX: Registros Públicos”, en *Propuestas de reforma al Código Civil*, Separata Especial del Diario Oficial “El Peruano”, 11 de abril de 2006, págs. 22-23. Por Resolución Ministerial N° 043-2006-JUS, publicada el 05 de febrero de 2006 en el Diario Oficial “El Peruano”, las propuestas se convirtieron en reformas urgentes al Código Civil.

En la Exposición de Motivos se pone en resalto que se ha eliminado la onerosidad del acto como requisito para constituirse en tercero registral, de manera tal, que quien adquiera un derecho a título gratuito también pueda invocar los beneficios de este artículo, siempre y cuando reúna los requisitos taxativamente señalados en el mismo. No se indica la razón de extender la protección a los actos a título gratuito.

Además, en el numeral 1 se precisa y se limitan las causas nulidad, anulabilidad, rescisión o resolución únicamente a las que aparecen en los asientos registrales y en los títulos archivados⁽⁸⁸⁾.

También se incluye la nulidad como una causal adicional a las existentes. El numeral 4 de la propuesta se asevera que la protección del tercero no convalida el acto nulo.

Por último, se extiende el principio de la fe pública registral a los actos celebrados sobre la base de los asientos registrales y títulos archivados publicitados en el Registro de Personas Naturales y en el Registro de Personas Jurídicas.

Simplemente debemos decir que esta propuesta incurre en los mismos errores del actual 2014 del CC y del antiguo 1052⁽⁸⁹⁾ del Código Civil de 1936. No se protegen a quienes son titulares del derecho de pedir la nulidad o la inoponibilidad. Estos intereses deben ser debidamente protegidos y por eso es inadecuado privilegiar ciegamente la protección basada exclusivamente en los registros públicos. En nuestro sistema jurídico es regla que las adquisiciones *a non domino* serán protegidas si el título del transmitente es perfectamente válido (es decir, idóneo)⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁸⁾ La jurisprudencia ha establecido que a fin de asegurar de la protección del artículo 2014 del CC no solo implica leer el resumen del asiento registral, sino también tomar conocimiento de los títulos que le dieron origen: Considerando décimo noveno de la Casación N° 261-2003-Lima de 01 de julio de 2005 publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 04 de enero de 2006.

⁽⁸⁹⁾ Artículo 1052.- Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo Registro.

⁽⁹⁰⁾ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare, op. cit.*, pág. 32.

Esta propuesta de modificar la norma en mención es una prueba adicional de la ausencia de una cultura de la codificación civil. Se cree ingenuamente que la modificación particular de una norma modificará la realidad. Muchas normas del CC deben ser modificadas no por leyes sino por modos nuevos de interpretación basados en argumentos consistentes.

Tema 6.5: Conclusiones

1. El desconocimiento de los mecanismos de protección para terceros (subadquirentes con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso –regulados coherentemente en los sistemas jurídicos italiano y portugués- es la razón de la creencia que el artículo 2014 del CC se superpone a otros mecanismos de protección como la nulidad o la inoponibilidad.
2. El artículo 2014 del CC protege al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso siempre que no exista previamente una inscripción de una demanda de simulación, de fraude a los acreedores, de resolución o de rescisión.
3. El artículo 2014 del CC tutela al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso siempre que no exista previamente una inscripción de una demanda de nulidad o de inoponibilidad. Empero, la declaración de nulidad puede ser pedida dentro del plazo prescriptorio. Y la acción de inoponibilidad –por ausencia de legitimidad para contratar- puede ser ejercida en cualquier momento porque ella es imprescriptible.
4. El artículo 2014 del CC no protege al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso si el título del transmitente es declarado nulo –si la demanda se inscribe dentro

del plazo de prescripción- o inoponible por falta de legitimidad para contratar.

5. La Casación N° 336-2006-Lima aplica indebidamente el artículo 2014 del CC para inaplicar el primer párrafo del artículo 315 del CC. El artículo 2014 del CC protege relativamente a los subadquirentes con contratos inscritos de buena fe y a título oneroso porque es una norma impracticable frente a los contratos declarados nulos –si son pedidos dentro del plazo legal- o inoponibles por ausencia de legitimidad para contratar.



RESUMEN DE CONCLUSIONES

1. El hecho de la realidad es jurídico siempre y cuando la norma jurídica haya regulado previa e hipotéticamente ese hecho.
2. Los hechos jurídicos en sentido estricto comprenden hechos naturales o hechos humanos pero la norma jurídica no valora el querer y el conocer del comportamiento mismo. Ella solo valora el solo acaecimiento.
3. El acto jurídico en sentido estricto es un acto de voluntad de comportamiento. El sujeto quiere y conoce su comportamiento y la norma jurídica valora eso. Esa voluntad de comportamiento es considerada por la norma jurídica para la producción de los efectos jurídicos.
4. El acto de autonomía privada es un poder privado de crear reglas productoras de efectos jurídicos. Los autores del acto crean un reglamento de intereses o un programa de funcionamiento. La norma jurídica valora el reglamento o el programa creado por los privados quienes tienen capacidad normativa de producir efectos jurídicos.
5. Las situaciones jurídicas subjetivas son las posiciones ideales que ocupan los sujetos luego de la ocurrencia del hecho jurídico. La situación jurídica subjetiva es el producto de la calificación jurídica de un interés.
6. La situación jurídica subjetiva de ventaja es la posición de preeminencia del sujeto para satisfacer un interés propio. El derecho subjetivo, el poder jurídico, la expectativa y el interés legítimo son situaciones jurídicas de ventaja.

7. La situación jurídica subjetiva de desventaja es la posición de subordinación del sujeto para satisfacer un interés ajeno. El deber, la obligación, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas de desventaja.
8. La situación jurídica subjetiva activa implica un poder de obrar o un poder de realizar un comportamiento. El derecho subjetivo, el poder jurídico, el deber y la obligación son situaciones jurídicas subjetivas activas.
9. La situación jurídica subjetiva inactiva implica un poder de no obrar o un poder de no realizar una actividad. La expectativa, el interés legítimo, la sujeción y la responsabilidad son situaciones jurídicas subjetivas inactivas.
10. La relación jurídica es el vínculo o la síntesis de situaciones jurídicas subjetivas.
11. El derecho subjetivo es una posición concreta de ventaja predominantemente activa. Es el poder de obrar por el propio interés o la facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio.
12. El contenido del derecho subjetivo está conformado por facultades. La facultad es uno de los modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho subjetivo. Las facultades son los específicos poderes jurídicamente correspondientes al sujeto para ejecutar determinadas actividades de hecho o comportamientos. La facultad es un poder obrar para desarrollar el propio interés.

13. El derecho subjetivo está sujeto a mutaciones constitutivas, modificativas y extintivas.
14. La titularidad del derecho subjetivo es la relación entre el sujeto y la situación subjetiva de ventaja activa.
15. El ejercicio del derecho subjetivo se manifiesta mediante el ejercicio de las facultades que constituyen el contenido.
16. La prescripción es un modo de extinción de los derechos subjetivos fundamentado sobre la inercia del titular. Quien no ejercita el derecho, lo pierde.
17. En la caducidad la exigencia de certeza es absoluta. El derecho subjetivo debe ser ejercitado dentro de un determinado plazo, de modo general breve, para hacer la situación definitivamente clara.
18. La protección de un interés y la tutela de los derechos subjetivos de las lesiones externas son dos momentos fáctica y jurídicamente diferentes. Los hechos jurídicos constitutivos del derecho subjetivo y de su tutela producen sus efectos correspondientes porque provienen de normas de protección y de normas de tutela respectivamente.
19. El poder compete al sujeto independientemente de toda relación jurídica y es la fuerza jurídica sobre una realidad jurídica a fin de obtener un resultado útil derivado de la modificación de dicha realidad.
20. El negocio jurídico como categoría lógica es un conjunto de conceptos de aplicación general. El negocio jurídico es un acto que produce, modifica o extingue normas jurídicas (concepción

normativa) que constituye un ordenamiento jurídico (concepción institucional), y, asimismo es un acto vinculante de privada reglamentación de intereses (concepción axiológica). Pero también es un acto programático (concepción programática) y un acto de comunicación social (concepción performativa).

21. El negocio jurídico como categoría legislativa es un conjunto de reglas regulado en una Parte General de un Código Civil.
22. El negocio jurídico como categoría legislativa se aplica a las Partes Especiales de un Código Civil en cuanto sea compatible con su naturaleza jurídica. Quizá el negocio jurídico como categoría legislativa se ha convertido en categoría historiográfica porque en la praxis sus normas solamente se aplican al contrato y supletoriamente a los actos unilaterales de autonomía privada. La historia jurídica dirá la última palabra.
23. El Código Civil no ha regulado el negocio jurídico como categoría legislativa aunque contenga un libro autónomo. No basta regular un libro particular porque sus reglas deben tener la fuerza de aplicación general a todos los actos jurídicos. En sentido diverso, el Código Civil ha regulado el contrato como categoría legislativa.
24. El Libro II del Código Civil es una Parte General para el derecho de los contratos aplicable a las partes especiales de otros contratos y a las legislaciones especiales que regulan otro tipo de contratos.
25. El Libro II del Código Civil también es aplicable a la normativa de los actos unilaterales *intervivos* de autonomía privada con contenido patrimonial.

26. La inexistencia o irrelevancia es la situación de ausencia de un contrato entendido este como medio de regulación privada de intereses o de programación de intereses privados.
27. La invalidez es un remedio de extinción o de modificación de los efectos jurídicos para proteger los intereses lesionados de una parte o de intereses de terceros por la violación de los límites aplicables a los contratos; o por la ausencia de libertad y de conocimiento de la contraparte.
28. La nulidad es un mecanismo de protección jurídica para solucionar un conflicto entre normas de fuentes públicas y privadas. La nulidad es un remedio otorgado cuando el contrato viola los límites impuestos por el ordenamiento jurídico.
29. La anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del contrato en una situación de disminución de su voluntad.
30. En el contrato con lesión enorme una parte obtiene una ventaja excesiva mediante el aprovechamiento injustificado de las situaciones de dependencia, de aflicción económica o de necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, de su ignorancia, de su inexperiencia o de su falta de habilidad en la negociación.
31. La resolución del contrato es el remedio que el ordenamiento jurídico otorga para oponerse a la continuidad del vínculo contractual por un desequilibrio sobrevenido por un tipo de incumplimiento de una parte, por una imposibilidad sobrevenida, por la excesiva onerosidad de la prestación debida a eventos

extraordinarios e imprevisibles y por la desaparición del presupuesto causal.

32. El derecho de desistimiento es un derecho potestativo que se expresa mediante la declaración de voluntad según la cual una de las partes produce la desvinculación total o parcial del contrato. Asimismo, este derecho se ejerce mediante un acto extintivo de autonomía privada unilateral.
33. Un contrato es ineficaz relativamente cuando hay ausencia de legitimidad para contratar. Quien celebra el contrato es incompetente para transferir las situaciones jurídicas subjetivas y las relaciones jurídicas. La legitimidad para contratar comporta una capacidad normativa, es decir, la capacidad de producir efectos jurídicos y consecuentemente es un requisito de eficacia de la parte.
34. El acreedor tiene el poder de elección entre la nulidad por una causal expresa legalmente (imposibilidad jurídica del fin, ilicitud del fin por violar una norma de buena costumbre o simulación absoluta) o la ineficacia por fraude por el peligro de lesión de su derecho de crédito.
35. Los remedios correctivos se expresan por medio de ofertas de modificación equitativa de las condiciones del contrato anulable o del contrato con lesión por estado de necesidad o del contrato con excesiva onerosidad de la prestación.
36. El Código de Protección y de Defensa al Consumidor no define correctamente el contrato de consumo. El elemento crucial para definir un contrato de consumo es que el empresario ejerce las libertades de celebración y de estipulación, mientras el

consumidor solo ejerce la libertad de celebración. Los contratos de adhesión y los contratos con cláusulas contractuales generales están adecuadamente definidos en el Código Civil y pueden servir para la aplicación de la normativa de protección al consumidor. De ahí que los contratos de consumo -que son esencialmente contratos de adhesión o contratos con cláusulas generales contractuales- se caracterizan por el carácter potencialmente abusivo y por tanto desequilibrado de algunas de estas cláusulas.

37. La cláusula vejatoria en los contratos de consumo está deficientemente regulada en Código de Protección y de Defensa al Consumidor mediante los remedios jurídicos de las ineficacias absolutas y relativas. Esta manera de regular los remedios es totalmente inadecuada porque no cabe hablar de ineficacias en dos sentidos. Solo cabe indicar que tal cláusula es ineficaz para las partes contratantes. Es ambiguo hacer mención a ineficacias absolutas y relativas de las cláusulas abusivas. Formalmente el remedio jurídico de la ineficacia es incorrecto. Ello comportaría decir que una cláusula vejatoria es válida pero es ineficaz sin especificar qué tipo de ineficacia es la aplicable. En realidad es sustancialmente una cláusula que se considera no puesta o inexistente; y no una cláusula inválida y menos ineficaz.
38. El desconocimiento de los mecanismos de protección para terceros (subadquirentes con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso –regulados coherentemente en los sistemas jurídicos italiano y portugués- es la razón de la creencia que el artículo 2014 del Código Civil se superpone a otros mecanismos de protección como la nulidad o la inoponibilidad.
39. El artículo 2014 del Código Civil protege al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso siempre que no

exista previamente una inscripción de una demanda de simulación, de fraude a los acreedores, de resolución o de rescisión.

40. El artículo 2014 del Código Civil tutela al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso siempre que no exista previamente una inscripción de una demanda de nulidad o de inoponibilidad. Empero, la declaración de nulidad puede ser pedida dentro del plazo prescriptorio. Y la acción de inoponibilidad –por ausencia de legitimidad para contratar- puede ser ejercida en cualquier momento porque ella es imprescriptible.
41. El artículo 2014 del Código Civil no protege al tercero (subadquirente con contrato inscrito) de buena fe y a título oneroso si el título del transmitente es declarado nulo –si la demanda se inscribe dentro del plazo de prescripción- o inoponible por falta de legitimidad para contratar.

BIBLIOGRAFÍA

I. Libros

AA.VV., Istituzioni di diritto privato, A cura di Mario Bessone, Terza edizione, Giappichelli Editore, Turín, 1996.

AA.VV., Teoría general del negocio jurídico, 4 Estudios Fundamentales, Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2001.

AA.VV., Il contratto in generale, Tomo V, en Trattato di diritto privato, Bajo la dirección de Mario Bessone, Volume XIII, Bajo la dirección de Aldo Checchini, Maria Costanza, Massimo Franzoni, Aurelio Gentili, Federico Roselli y Giuseppe Vettori, Giappichelli Editore, Turín, 2002.

AA.VV., Estudios sobre el contrato en general, Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002), Selección, traducción y notas de Leysser L. León, Presentación de Vincenzo Roppo, Segunda Edición, Ara Editores, Lima, 2004.

AA.VV., Negocio jurídico y responsabilidad civil, Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova, Al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.

AA.VV., Código de defensa do consumidor e o Código Civil de 2002, Convergencias e asimetrías, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, 2005.

AA.VV., Trattato del contratto, Dirigido por Vincenzo Roppo, II, Regolamento, Bajo la dirección de Giuseppe Vettori, Giuffré Editore, Milán, 2006.

AA.VV., Trattato del contratto, Bajo la dirección de Vincenzo Roppo, V, Rimedi-2, Giuffré Editore, Milán, 2006.

AA.VV., Il nuovo contratto, Obra dirigida por Pier Giuseppe Monateri, Maria Rosaria Marella, Alessandro Somma y Cristina Costantini, Zanichelli Editore, Bologna, 2007.

ABRIL CAMPOY, Juan Manuel, La rescisión del contrato por lesión, Enfoque doctrinal y jurisprudencial, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 457.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de, Direito das obrigações, 9ª Edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2006.

ALPA, Guido, Corso di diritto contrattuale, Cedam, Padua, 2006.

ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, El desistimiento unilateral en los contratos con condiciones generales, Edersa, Madrid, 2000.

BARASSI, Ludovico, Instituciones de derecho civil, Traducción de Ramón García de Haro de Goytisolo con la colaboración de Mario Falcón Carreras, Bosch, Barcelona, 1955, vol. 1.

BARBERO, Doménico, Sistema de Derecho privado, Introducción, Parte Preliminar, Parte General, Traducción de Santiago Sentís Melendo de la 6ª Edición italiana revisada y aumentada, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1967, Tomo I.

BELVEDERE, Andrea, "Il linguaggio del codice civile: Alcune osservazioni" en Trattato di diritto privato, Diretto da Pietro Rescigno, 21, Saggi, aggiornamenti, indici, Utet, Turín, 1987.

BETTI, Emilio, Teoría general de las obligaciones, Traducción y Notas de Derecho Español por José Luis de los Mozos, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, Tomo II.

BETTI, Emilio, Teoria generale del negozio giuridico, Prima ristampa corretta della II edizione a cura di Giuliano Crifò, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2002.

BIANCA, Massimo, Diritto Civile, Il contratto, 3, Nuova ristampa con aggiornamento, Giuffrè Editore, Milán, 1998.

BIANCA, Massimo, Diritto civile, L'obbligazione, 4, Ristampa aggiornata, Giuffrè, Milán, 1999.

BIANCA, Massimo, Diritto civile, La proprietà, 6, Giuffrè Editore, Milán, 1999.

BIANCA, Massimo, PATTI, Guido y PATTI, Salvatore, Lessico di diritto civile, Lessici di diritto, Terza edizione, Giuffrè Editore, Milán, 2001.

BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo, Derecho Civil, Normas, sujetos y relación jurídica, Tomo I, Volumen 1, Reimpresión de la primera edición, Traducción de Fernando Hiestrosa, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.

BRECCIA, Umberto; BRUSCUGLIA, Luciano; BUSNELLI, Francesco Donato; GIARDINA, Francesca; GIUSTI, Alberto; LOI, Maria Leonarda; NAVARRETTA, Emanuela; PALADINI, Mauro; POLETTI, Dianora; y ZANA, Mario, Diritto privato, Parte Prima, Utet, Turín, 2003.

BRUGI, Biagio, Instituciones de derecho civil con aplicación especial a todo el derecho privado, Traducción de la cuarta edición italiana de Jaime Simo Bofaruli, Uteha, México, D.F., 1946.

CANDIAN, Aurelio, Instituciones de derecho privado, Traducción de la segunda edición por Blanca P.L. de Caballero y revisada por Álvaro Pascual Leone, Uteha, México, D.F., 1961.

CARNELUTTI, Francesco, Teoría general del derecho, Traducción de Carlos G. Posada, Ara Editores, Lima, 2006.

CARPINO, Brunetto, La rescissione del contratto, Artt. 1447-1452 C.C., Giuffrè, Milán, 2000.

CHECCHINI, Aldo y AMADIO, Giuseppe, Lezioni di diritto privato, Giappichelli, Turín, 2007.

CIMMINO, Nelson Alberto, Il recesso unilaterale dal contratto, Cedam, Padua, 2000.

COLLINS, Hugh, "La giustizia contrattuale in Europa" en SOMMA, Alessandro (A cura), Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti, Giappichelli, Turín, 2007.

CORSARO, Luigi, L'abuso del contraente nella formazione del contratto, Studio preliminare. Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia, Perugia, 1979.

COVIELLO, Nicola, Doctrina general del derecho civil, Traducción de Felipe J. Tena y revisada por Leonardo Coviello, Ara Editores, Lima, 2007.

CRISCUOLO, Fabrizio, L'autodisciplina. Autonomia privata e sistema delle fonti, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2000.

CRISTOBAL MONTES, Ángel, "Fundamento y naturaleza jurídica de la acción pauliana", en Revista de derecho privado, Madrid, Octubre, 2001.

CURA MARIANO, João, Impugnação pauliana, 2ª Edição revista e aumentada, Edições Almedina, Coimbra, 2008.

D'ERCOLE, Stefano, "L'azione revocatoria", en Trattato di diritto privato, Diretto da Pietro Rescigno, 20, Tutela dei diritti, Utet, Tomo secondo, Turín, 1985.

DI MAJO, Adolfo, Voz "Legitimazione negli atti giuridici" en Enciclopedia del Diritto, Tomo XXIV, Giuffrè, Varese. 1967.

DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de derecho civil, Traducción de la cuarta edición italiana de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Tomo I, Introducción y Parte General, Derecho de las personas, Derechos reales y Posesión, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944.

DE RUGGIERO, Roberto, Instituciones de derecho civil, Traducción de la cuarta edición italiana de Ramón Serrano Suñer y José Santa Cruz Teijeiro, Tomo II, Derecho de las obligaciones, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1944.

ENNECCERUS, Ludwig, Derecho Civil (Parte General), Décimo tercera revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de la 39ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, Volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1935.

ENNECCERUS, Ludwig, Derecho Civil (Parte General), Decimoquinta revisión por Hans Carl Nipperdey, Traducción de Blas Pérez González y José Alguer, actualizada por Eduardo Valentí Fiol, Tercera edición española a partir de la 39ª edición alemana definitiva (1959-1960) al cuidado de Antonio Hernández Moreno y María del Carmen Gete-Alonso, Volumen Segundo, Primera Parte, Barcelona, 1981.

ESCOBAR ROZAS, Freddy, Teoría general del derecho civil, 5 ensayos, Ara Editores, Lima, 2002.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de los consumidores*, Editorial Rodhas, Lima, 2006.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan, Acto jurídico negocial, Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial, Gaceta Jurídica, Lima, 2008.

FALZEA, Angelo, Voci di teoria generale del diritto, Terza edizione accresciuta, Giuffrè, Milán, 1985.

FALZEA, Angelo, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, I. Teoria generale, Giuffrè Editore, Milán, 1999.

FALZEA, Angelo, Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, II. Dogmatica giuridica, Giuffrè Editore, Milán, 1997.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico, Vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos, Contratos, I, Conceito, Fontes, Formação, 3.ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005.

FERRI, Luigi, L' autonomía privada, Giuffrè, Milán, 1959., Id., La autonomía privada, Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez, Editorial Comares, Granada, 2001.

FERRI, Luigi y ZANELLI, Pietro, Della trascrizione, Artt. 2643-2696, en Commentario del Codice civile Scialoja-Branca, Libro Sesto – Della tutela dei diritti, A cura di Francesco Galgano, Terza edizione, Zanichelli Editore, Bolonia, 1995.

FERRI, Giovanni Battista, "Buon costume e codice civile" en Saggi di diritto civile, Ristampa riveduta e corretta della seconda edizione, Maggioli Editore, Rimini, 1994.

FERRI, Giovanni Battista, Il negozio giuridico tra libertà e norma, Quinta edizione. Maggioli Editore, Rimini, 1995. Id., El negocio jurídico, Traducción y notas de Leysser L. León, Ara Editores, Lima, 2002. Id., Il negozio giuridico, Seconda Edizione, Cedam, Padua, 2004.

FERRI, Giovanni Battista, Il potere e la parola e altri studi di diritto civile, Cedam, Padua, 2008.

FLUME, Werner, El negocio jurídico, Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Cuarta edición, no modificada, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.

GABRIELLI, Enrico, L'oggetto del contratto, Giuffrè editore, Milán, 2001.

GAETANO SCOCA, Franco, Contributo sul tema della fattispecie precettiva, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, N° 18, Università di Perugia, Perugia, 1979.

GALGANO, Francesco, El negocio jurídico, Traducción realizada por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa de la Primera Edición Italiana, Tirant lo blanch, Valencia, 1992.

GALGANO, Francesco, Diritto privato, Decima edizione, Cedam, Padua, 1999.

GALLO, Paolo, Istituzioni di diritto privato, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Turín, 2003.

GALVÃO TELLES, Inocêncio, Manual dos contratos em geral, Refundido e actualizado, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2002.

GAMBARO, Antonio y SACCO, Rodolfo, Sistema giuridici comparati, Utet, Turín, 1996.

GAZZONI, Francesco, La trascrizione immobiliare, Tomo primo, Artt. 2643-2645-bis, en II Codice Civile, Commentario diretto da Piero Schlesinger, Seconda edizione, Giuffrè editore, Milán, 1998.

GAZZONI, Francesco, Manuale di diritto privato, X edizione aggiornata e con riferimenti di dottrina e di giurisprudenza, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2003.

GONZALES BARRÓN, Gunther, Tratado de derecho registral inmobiliario, Segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2004.

GONZALES BARRÓN, Gunther, Derechos reales, Jurista Editores, Lima, 2005.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, A parte geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil, Edições Almedina, Coimbra, 2005.

IRTI, Natalino. Letture bettiane sul negozio giuridico, Giuffrè, Milán, 1991.

IRTI, Natalino, Introducción al estudio del derecho privado, Traducción y notas de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León, Primera edición en castellano de la 4.^a reimpresión de la 4.^a edición (1990) italiana, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003.

KAUFMANN, Arthur, Filosofía del Derecho, Traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya, Reimpresión, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

KLEIN, Michele, *El desistimiento unilateral del contrato*, Editorial Civitas, Madrid, 1997.

KÖTZ, Hein y PATTI, Salvatore, *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè Editore, Milán, 2006.

LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Traducción de Carlos Fernández Rodríguez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LARENZ, Karl, *Derecho civil, Parte general*, Traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, De la Tercera edición original alemana de 1975, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1978.

LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, Traducción de Marcelino Rodríguez Molinero, Segunda edición definitiva, Editorial Ariel, Barcelona, 1980.

LARROUMET, Christian, *Teoría general del contrato, Volumen II*, Traducción de Jorge Guerrero, Reimpresión, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.

LEHMANN, Heinrich, *Tratado de derecho civil, Parte general, Vol. I*, Traducción de la última edición alemana con notas de Derecho español por José M^a Navas, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1956.

LEÓN BARANDIARÁN, José, *Manual del acto jurídico*, Tercera Edición aumentada y corregida, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1964.

LEÓN, Leysser L., *El sentido de la codificación civil, Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano*, Palestra Editores, Lima.

LEÓN, Leysser L., *Derecho de las relaciones obligatorias, Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*, Jurista Editores, Lima, 2007.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*, Reimpresión de la Primera Edición, Librería Studium Ediciones, Lima, 1987.

MARASCO, Gerardo, *La rinegoziazione del contratto, Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Cedam, Padua, 2006.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio, *La rescisión del contrato (En torno a la lesión contractual y el fraude de acreedores)*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995.

MELLO, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico, Plano de existencia*, 14^a edição revista, Editora Saraiva, San Pablo, 2007.

MELLO, Marcos Bernardes de, Teoria do fato jurídico, Plano de eficácia, 1ª Parte, 3ª edição revista, Editora Saraiva, San Pablo, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António, Tratado de Direito Civil Português, I, Parte General, Tomo I, Introdução, Doutrina Geral, Negócio Jurídico, 3.ª Edição Aumentada e inteiramente revista, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António, Tratado de direito civil português, I, Parte General, Tomo IV, Exercício jurídico, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António, Da boa fé no direito civil, 3ª Reimpressão, Edições Almedina, Coimbra, 2007.

MENEZES CORDEIRO, António, Da confirmação no direito civil, Edições Almedina, Coimbra, 2008.

MIRABELLI, Giuseppe, La rescissione del contratto, Jovene, Nápoles, 1951.

MIRABELLI, Giuseppe, Delle Obligazioni dei contratti in generale (artt. 1321-1469), en Commentario del Codice Civile, Libro IV, tomo secondo (titolo II), terza edizione interamente riveduta e aggiornata, Utet, Turín, 1980.

MODUGNO, Franco, Appunti pe una teoria generale del diritto, La teoria del diritto oggettivo, Terza edizione, Con il contributo di Alfonso Celotto, Rosalia D´Alessio e Marco Ruotolo, Giappichelli, Turín, 2000.

MONATERI, Pier Giuseppe, La responsabilità civile, Le fonte delle obbligazione, V. 3, en Trattato di diritto civile, Diretto da Rodolfo Sacco, Utet, Turín, 1998.

MORALES HERVIAS, Rómulo, Estudios sobre teoría general del contrato, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2006.

MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco, El acto jurídico según el Código civil peruano, Curso teórico, histórico y comparativo, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2005.

MOTA PINTO, Paulo Cardoso Correia, Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico, Livraria Almedina, Coimbra, 1995.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da, Teoria geral do direito civil, 4.ª Edição por António Pinto Monteiro y Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, Direito civil, Teoria geral, Vol. III, Relações e situações jurídicas, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

OLIVEIRA ASCENSÃO DE, José, Direito civil, Teoria geral, Vol. II, Acções e factos jurídicos, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

PAIS DE VASCONCELOS, Pedro, Teoria geral do direito civil, 3ª Edição, Edições Almedina, Coimbra, 2005.

PARADISO, Massimo, Corso di istituzioni di diritto privato, G. Giappichelli, Turín, 2001.

PELLICANO, Aldo, Causa del contrato e circolazione dei beni, Giuffrè Editore, Milán, 1981.

PERGOLESI, Ferruccio, Sistema delle fonti normative, Giuffrè Editore, Milán, 1973.

PERLINGIERI, Pietro, Manuale di diritto civile, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1997.

PUGLIATTI, Salvatore, La trascrizione, La organizzazione e l'attuazione della pubblicità patrimoniale, Testo curato e aggiornato da Giovanni Giacobbe e Maria Enza La Torre, en Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu y Francesco Messineo, Volume XIV, T. 2, Giuffrè editore, Milán, 1989.

RAVERA, Enrico, Il recesso, Giuffrè Editore, Milán, 2004.

ROMANO, Salvatore, Ordenamiento sistemático del derecho privado, I, Derecho objetivo, Derecho subiettivo, A cura di Francesco Romano, Morano Editore, Nápoles, 1970.

ROMANO, Santi, Frammenti di un dizionario giuridico, Giuffrè, Milán, 1947.

ROPPO, Vincenzo, Istituzioni di diritto privato, Monduzzi Editore, Bolonia, 1994.

ROPPO, Vincenzo, Il contratto, Giuffrè Editore, Milán, 2001.

SACCO, Rodolfo y DE NOVA, Giorgio, Il contratto en Trattato di Diritto Civile, Dirigido por Rodolfo Sacco, Tomo Segundo, Tercera edición, Utet, Turín, 2004.

SACCO, Rodolfo, Il fatto, l'atto, Il negozio, con la colaboración de Paola CISIANO, en Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco, Utet Giuridica, Turín, 2005.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco, Doctrinas generales del derecho civil, Traducción de A. Luna Serrano, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964. Id., Dottrine generali del diritto civile, Nona edizione, Ristampa, Jovene, Nápoles, 1997.

SCALISI, Vincenzo, Categorie e Istituti del Diritto Civile nella transizione al postmoderno, Giuffrè Editore, Milán, 2005.

SCOCA, Franco Gaetano, Contributo sul tema della fattispecie precettiva, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, N° 18, Università di Perugia, Perugia, 1979.

SCOGNAMIGLIO, Renato, Contributo alla teoria del negozio giuridico, 2^a edición, Jovene, Nápoles, 1969, pág. 141. Id., Contribución a la teoría del negocio jurídico, Edición, traducción y notas de Leysser L. León, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004.

SACCO, Rodolfo, Il fatto, l'atto, Il negozio, con la colaboración de Paola CISIANO, en "Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco", UTET Giuridica, Turín, 2005.

SCOCA, Franco Gaetano, Contributo sul tema della fattispecie precettiva, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, N° 18, Università di Perugia, Perugia, 1979.

SOMMA, Alessandro, Temi e problemi di diritto privato, II, Tecniche e valori nella ricerca comparatistica, Giappichelli, Turín, 2005.

STOLFI, Giuseppe, Teoría del negocio jurídico, Traducción y notas del Derecho Español por Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1959.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, Elementos de la responsabilidad civil, Comentarios a las normas dedicadas por el Código Civil peruano a la responsabilidad civil extracontractual y contractual, 2^a edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2003.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo, Negocio jurídico, contrato y responsabilidad civil, Compilación y presentación de Rómulo Morales Hervias, Grijley, 2006.

TORRENTE, Andrea y SCHLESINGER, Piero, Manuale di diritto privato, Diciassettesima edizione, Giuffrè, Milán, 2004.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal, Acto jurídico, Segunda edición, Idemsa, Lima, 2001.

TRABUCCHI, Alberto, Instituciones de Derecho civil, Parte general, Negocio jurídico, Familia, Empresas y sociedades, Derechos reales, Traducción de la Decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias al Derecho español por Luis Martínez-Calcerrada., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, Tomo I. Id., Istituzioni di diritto civile, Quarantesima prima edizione, Dirigido por Giuseppe Trabucchi, Cedam, Padua, 2004.

TRIMARCHI, Pietro, Istituzioni di diritto privato, 15.^a ed., Giuffrè Editore, Milán, 2003.

TRIOLA, Roberto, La trascrizione, Della tutela dei diritti, en Trattato di diritto privato, Diretto da Mario Bessone, Volume IX, Seconda edizione, Giappichelli Editore, Turín, 2004.

TUORI, Kaarlo, "Introducción", Traducción de David Mena y revisión de Lorenia Trueba en Positivismo crítico y Derecho moderno, Primera reimpresión de la primera edición, Ediciones Coyoacán, México D.F., 2005.

UGAS, Anna Paola, *Il negozio giuridico come fonte di qualificazione e disciplina di fatti*. Vol. 60. Serie I (Giuridica), Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Giappichelli Editore, Turín, 2002.

VELOSO, Zeno, *Invalidade do negócio jurídico, Nulidade e anulabilidade*, 2ª Edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2005.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El acto jurídico*, Sexta edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2006.

VITUCCI, Paolo, *La prescrizione e la decadenza en Trattato di diritto privato*, Diretta da Pietro Rescigno, 19, Tutela dei diritto, Tomo primo, Utet, Turín, 1985.

VON THUR, Andreas, *Derecho civil, Teoría general del Derecho civil alemán*, Traducción directa del alemán por Tito Ravà, Volumen II, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1947.

ZATTI, Paolo y COLUSSI, Vittorio, *Lineamenti di diritto privato*, 10.^a ed, Cedam, Padua, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard, *El nuevo derecho alemán de obligaciones, Un análisis desde la historia y el derecho comparado*, Editorial Bosch, Barcelona, 2008.

II. Artículo y voces enciclopédicas

ARIANO DEHO, Eugenia, "«Prescripción» y Código Procesal Constitucional (Los mecanismos constitucionales de protección entre las garras del tiempo)" en *Proceso & Justicia, Revista de Derecho Procesal*, Editada por la Asociación Civil Proceso & Justicia, Lima, 2005, págs. 35-46.

BELVEDERE, Andrea, "L'inesistenza negoziale tra dogmatica e semantica", en *Diritto Privato, 1999-2000, V-VII, L'invalidità degli atti privati*, Cedam, Padua, 2001, págs. 5-27.

CAPONI, Remo, "L'azione di nullità", en *Rivista di diritto civile, Supplemento annuale di Studi e ricerche*, Cedam, Padua, 2008, págs. 59-108.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, "La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto" en *Themis, Revista de Derecho, Segunda Época, N° 27-28*, Lima, 1994, págs. 41-56.

FERRANTE, Edoardo, *Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio*, en *Contratto e impresa*, N° 1, Cedam, Padua, 2009, págs. 151-170.

FILANTI, Giancarlo, "Nullità" (Diritto civile), *Enciclopedia giuridica*. Vol. XXI, Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1990.

FORNO FLÓREZ, Hugo, "Resolución por incumplimiento", en Temas de Derecho contractual, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1987, págs. 73-136.

FORNO, Hugo, "Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación" en ADVOCATUS, Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 10, Julio, Lima, 2004, págs. 173-184.

GUARINONI, Ricardo Víctor, "De lo que no hay. La inexistencia jurídica", en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N° 25, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1989, págs. 5-47.

IRTI, Natalino, "Rilevanza giuridica, en: Jus, Rivista di Scienze Giuridiche, Pubblicata a cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Fascicolo I-Fascicolo II, Gennaio-Giugno, Anno XVIII, Milán, 1967.

LAMICELA, Mariella, "Note critiche in materia di nulità contrattuali" en Autonomia contrattuale e diritto privato europeo, A cura di Gianluca Sicchiero, Cedam, Padua, 2005, págs. 163-216.

LEÓN, Leysser L., "Los actos jurídicos en sentido estricto. Sus bases históricas y dogmáticas", en Negocio jurídico y responsabilidad civil, Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova, Al cuidado de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales Hervias y Eric Palacios Martínez, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, págs. 67-113.

LEÓN, Leysser, L., El negocio jurídico según Rodolfo Sacco, Ideas de un maestro italiano, en Revista Jurídica del Perú, Año LV, N° 65, Noviembre-Diciembre 2005, Editorial Normas Legales, Trujillo, págs. 19-24.

MAJELLO, Ugo, "La patologia discreta del contratto annullabile" en Rivista di Diritto civile, fascicolo 4, Padua, 2003, págs. 329-355.

MAZZONI, Cossimo, "Invalidità" (Diritto privato). En Enciclopedia giuridica. Vol. XVII. Istituto de la Enciclopedia Italiana, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma, 1989.

MOLINA MORALES, Ranfer, "La terminación unilateral del contrato *ad nutum*", en *Revista de Derecho Privado*, Número, 10, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, págs. 125-158.

MORALES HERVIAS, Rómulo, El pensamiento de Giovanni Battista Ferri, El negocio jurídico como instrumento para satisfacer los intereses individuales en Revista Jurídica del Perú, Año LV, N° 65, Noviembre-Diciembre 2005, Editorial Normas Legales, Trujillo, págs. 97-106.

MORALES HERVIAS, Rómulo, "Una contribución a la defensa de la causa del contrato como el signo distintivo del Civil Law" en *Advocatus*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 17, Lima, 2008, págs. 145-156.

MORALES HERVIAS, Rómulo, "Transacción inválida e inutilidad de la doctrina de los actos propios. A propósito del Primer Pleno Casatorio a favor del abuso de la libertad de estipulación", en *Diálogo con la jurisprudencia*, Número 116, Mayo, Año 13, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2008, págs. 43-57.

MORALES HERVIAS, Rómulo, "La irrevocabilidad del poder y del mandato vs. La inextinguibilidad del mandato por desistimiento", en *Actualidad Jurídica*, N° 184, Marzo, *Gaceta Jurídica*, Lima, 2009, págs. 76-85.

NATOLI, Ugo, "Revocatoria ordinaria" en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, Varese, 1959, Tomo IV.

NAVARRETTA, Emanuela, "Hechos y actos jurídicos" en *Revista Jurídica del Perú*, Número 91, Setiembre, 2008, *Gaceta Jurídica*, Lima, pág. 291-301. (Traducción de Rómulo Morales Hervias).

NICOLÒ, Rosario, "Las situaciones jurídicas subjetivas", Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias, en *Advocatus*, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, N° 12, Lima, 2005, págs. 103-116.

RUSSO, Ennio, *Il concetto di diritto soggettivo*, en *Rivista di diritto civile*, Suplemento annuale di Studi e ricerche, Cedam, Padua, 2008, págs. 1-58.

SAAVEDRA VELASCO, Renzo, "El negocio jurídico testamentario. Algunas reflexiones en torno a su esencia y estructura" en *Ius et veritas*, Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Año XVI, N° 33, Lima, 2006, págs.

SACCO, Rodolfo, voz "Negozio giuridico (circolazione del modello)", en *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione civile, Utet, 1995, V. XII.

SCALISI, Vincenzo, "Invalidéz e ineficacia, Modalidades axiológicas de la negociabilidad", en *Revista Jurídica del Perú*, Traducción de Carlos Zamudio Espinal y revisada por Rómulo Morales Hervias, Número 86, Abril, 2008, *Gaceta Jurídica*, Lima, págs. 281-313.

SCHMIDT, Jan Peter, *La teoría del negocio jurídico en Alemania hoy: ¿Que se entiende por "negocio jurídico"?* en *Revista Jurídica del Perú*, Año LVI, N° 67, Abril-Junio 2006, Editorial Normas Legales, Trujillo, págs. 33-47.

TERRANOVA, Giuseppe, "La estructura de las situaciones subjetivas: contribución a una semántica de la obligación", Traducción realizada por Nélvar Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervias, en *Revista de Derecho*, Universidad de Piura, Volúmen 5, Piura, 2004, págs. 361-419.

ZATTI, Paolo, "Las situaciones jurídicas", Traducción de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza Del Maestro. Revisión y notas de Rómulo Morales Hervias, en *Revista Jurídica del Perú*, Año LV, N° 64, Setiembre-Octubre, Editora Normas Legales, Trujillo, 2005, págs. 357-389.