





LIBRO DE PONENCIAS DEL XI  
CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL



***Libro de Ponencias del  
XI° Congreso de  
Derecho Civil***



INSTITUTO PERUANO  
DE DERECHO CIVIL

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

# INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

## MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos	Guillermo Chang Hernandez
Jessica López Casas	Emilio Balarezo Reyes
Rocio Paredes Cueva	Marco Carmona Brenis
Sheyla Vidal Ramos	Juan Miguel Rojas Ascon
Emely Melendres Gavilán	Jose Antonio Beraún Barrantes

## MIEMBROS ASOCIADOS

Indhira Vidal Ramos	Fernando Jump Figueroa
Joselin Mercedes Barba Chávez	André Orbegozo Camacho
Eloy Alberto Calderón Villanueva	Augusto Garate Abad
Héctor Josué Verástegui	Alan Berrospi Acosta
Cesar Samame Cornejo	Donald Gómez Domingez

## MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi	Gastón Fernández Cruz
Mario Castillo Freyre	Rómulo Morales Hervias
Luis Moisset de Espanés	Leysser León Hilario
Fernando Vidal Ramírez	Jorge Beltrán Pacheco
Fernando de Trazegnies Granda	Maria Elena Guerra Cerrón
Enrique Varsi Rospigliosi	Alex Plácido Vilcachagua

## LIBRO DE PONENCIAS ESTUDIANTILES DEL X CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

**Coordinador de la obra: Roger Vidal Ramos**

*Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del Coordinador*

© Copyright : ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE  
Instituto Peruano de Derecho Civil  
Jr. Jose de la Torre 368 – Lince – Lima – Perú.  
Tel: 01 4216976  
ipdc@conadecivil.com – www.conadecivil.com

© Copyright 2016 : GRUPO EDITORIAL LEX & IURIS  
Jr. Miguel Aljovín 203 Lima - Perú  
Telf.: 4280599 / Cel.: 997693553.  
Correo: ventas@grupo-lexiuris.com.  
Web: www.facebook.com/grupoeditorial.lexiuris

Composición y Diagramación:  
GRUPO EDITORIAL LEX & IURIS

Impreso en los talleres gráficos del Gpo. Edit. Lex & Iuris  
Jr. Miguel Aljovín 203 Lima - Perú

**HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2016-07435**

Tiraje: 1,000 ejemplares

*Impreso en el Perú*

*Printed in Peru*

*Junio de 2016*

## ÍNDICE GENERAL

Presentación.....	9
<i>Roger Vidal Ramírez</i>	
Prólogo .....	13
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
1. Fraude. Derechos peruano y argentino.....	15
<i>Luis Moisset de Espanés</i>	
2. Principios do direito privado e o registro de imóveis no Brasil.....	35
<i>Thiago Rodovalho</i>	
3. Las cláusulas valoristas.....	51
<i>Felipe Osterling Parodi</i> <i>Mario Castillo Freyre</i>	
4. Apuntes sobre la acción pauliana en el Código Civil peruano de 1984.....	79
<i>Juan Miguel Rojas Ascón</i> <i>Roger Vidal Ramos</i>	
5. La dación de Ley N.º 30403 y la inclusión del derecho al buen trato dentro de los alcances de la regulación a los niños y adolescentes.....	101
<i>Emilio Balarezo Reyes</i>	

6. ¿Se justifica el proceso de mejor derecho de propiedad?  
Respuesta necesaria a una innecesaria interrogante ..... 115  
*José Antonio Beraún Barrantes*
7. Crítica a la cosificación de los derechos reales sobre inmuebles  
Análisis del inciso 10 del artículo 885 del Código Civil..... 125  
*Mario Solís Córdova*
8. El vencimiento del plazo en el contrato de arrendamiento  
y la continuación en el uso del bien arrendado..... 141  
*Alfredo Soria Aguilar*
9. Deberes accesorios de diligencia en las relaciones  
contractuales..... 157  
*Guillermo Andrés Chang Hernández*
10. Teoría de la inexistencia del negocio jurídico y  
su necesaria aplicación en el Perú hoy ..... 171  
*Héctor Verástegui Huaynate*



## PRESENTACIÓN

Transcurren los años y resulta muy reconfortante recordar los inicios del ConadeCivil durante el mes de junio del año 2004, año en el cual se conmemoró los doscientos años del Código Civil de Napoleón y los veinte años de vigencia del Código Civil peruano. Estos dos acontecimientos jurídicos considerados fundamentales porque constituyeron la motivación para que estudiantes de derecho entusiastas, hayan iniciado el proyecto de la organización del congreso estrella.

Como es bien sabido, todo inicio resulta ser complicado y con la infaltable presencia de percances, así como las limitaciones de recursos económicos, tiempo, distancia. Sin embargo, nosotros manteniéndonos firmes con la única esperanza añorada; verificar que los expositores puedan siempre generosamente emprender el vuelo a la ciudad sede del congreso y con el respaldo de la universidad adonde hayan sido convocados. Es así que se viene cumpliendo religiosamente este congreso en cada jornada académica, durante estos últimos doce años consecutivos.

Uno de los logros académicos más importantes del ConadeCivil, se evidencia al haberse constituido en un semillero de profesores, pues por sus múltiples auditorios a lo largo del territorio nacional, en el muy competitivo y reconocido concurso de ponencias estudiantiles, han disertado destacados estudiantes, quienes en la actualidad ejercen la docencia universitaria en las principales facultades de derecho del país.

Podemos comprobar que con este logro académico, el ConadeCivil contribuye a coadyuvar esfuerzos con las facultades de derecho en la for-

mación de cuadros académicos que formarán parte de las planas docentes universitarias.

En un futuro que resulta ser un presente muy cercano, el Instituto Peruano de Derecho Civil, estará internacionalizando sus actividades académicas. Pronto podremos ver realizados nuestros proyectos con el apoyo de profesores de los hermanos países de Brasil, Argentina y Colombia, quienes estaremos organizado jornadas de derecho civil, a fin de generar un debate académico respecto del aporte de los códigos civiles sudamericanos y de la necesaria visión de integración, bajo algunas instituciones jurídicas esenciales en cualquier codificación civil.

El libro que hoy presentamos en su sexta edición, es producto de las disertaciones, intercambios de opiniones, perspectivas y posiciones académicas de los profesores que han participado como expositores a lo largo del XI Congreso Nacional de Derecho Civil, desarrollados en la ciudad de Trujillo del 25 al 27 de junio de 2015.

No puede dejar de mencionarse que el presente libro será presentado con motivo de la celebración del XII Congreso Nacional de Derecho Civil, que se desarrollará en la denominada «Ciudad de Los Reyes», Lima, ciudad que por primera vez constituye la sede del ConadeCivil.

En este escenario creemos justo elogiar, reconocer y alentar el trabajo constante de los miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil, por difundir e incentivar el estudio del derecho privado, mediante la organización del evento más importante del medio jurídico nacional y de la publicación del libro que hoy presentamos.

Por lo expuesto, deseo agradecer a cada uno de los coautores de este libro, al doctor argentino Luis Moisset de Espanés, al profesor brasileño Thiago Rodvalho, así como a los catedráticos peruanos. Asimismo, con mucho sentir recordamos al maestro, doctor Felipe Osterling Parodi, y no puedo dejar de mencionar el constante apoyo de los profesores Mario Castillo Freyre, Emilio Balarezo Reyes, José Beraún Barrantes, Mario Solís Córdova, Miguel Rojas Ascón, Alfredo Soria Aguilar, Guillermo Chang Hernández y, por primera vez tenemos al ganador del concurso de ponencias estudiantiles del 2015, el señor Héctor Josué Verástegui Huaynate, distinguido alumno merecedor del premio académico recibido en esta última competencia.

Finalmente, nuestro agradecimiento a las diferentes delegaciones estudiantiles, abogados y colaboradores por su participación constante en este evento académico y por su valioso aporte a esta obra.

Lima, mayo del 2016.

Roger Vidal Ramos<sup>1</sup>

Presidente

Instituto Peruano de Derecho Civil

---

1 Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Título de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad San Martín de Porres y César Vallejo. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.



## PRÓLOGO

Hace pocos días fui honrado con el nombramiento como Miembro Honorario del Instituto Peruano de Derecho Civil, el mismo que me honra también al encargarme prologar el presente libro, que compila las ponencias presentadas en el XII Congreso Nacional de Derecho Civil, llevado a cabo en el año 2015.

De esta forma, es muy grato para mí prologar la presente obra, ya que en ella el lector podrá encontrar importantes aportes sobre distintos temas de gran relevancia en el ámbito del Derecho Civil, realizados por connotados profesores especialistas, tanto peruanos como extranjeros.

Así, contamos con los trabajos de Emilio José Balarezo Reyes (Perú), referido al derecho al buen trato dentro de los alcances de la regulación de niños y adolescentes; de Guillermo Andrés Chang Hernández (Perú), sobre los derechos accesorios de diligencia en las relaciones contractuales; de Luis Moisset de Espanés (Argentina), que trata sobre fraude en el Derecho peruano y en el Derecho argentino; de Juan Miguel Rojas Ascón, en conjunto con Roger Vidal Ramos (Perú), quienes desarrollan el tema de la acción pauliana en el Código Civil peruano de 1984; de Thiago Rodvalho (Brasil), acerca de los principios de Derecho Privado y registro de inmuebles en Brasil; de José Antonio Beraún Barrantes (Perú) sobre la justificación del proceso del mejor derecho de propiedad; de Héctor Josué Verástegui Huaynate (Perú), que trata sobre la teoría de la inexistencia del acto jurídico y su aplicación en el Perú; y, finalmente, un trabajo realizado por el suscrito en conjunto con el doctor Felipe Osterling Parodi, en el que desarrollamos algunos apuntes sobre las cláusulas valoristas.

Felicito al instituto Peruano de Derecho Civil por continuar con esta labor, brindando aportes doctrinarios de gran utilidad para la comunidad jurídica, por lo que me llena de satisfacción poder contribuir con este importante proyecto.

Estoy convencido de que la presente obra constituirá un necesario material de consulta para profesores, alumnos y todos aquellos interesados en el Derecho Civil.

Lima, junio del 2016

Mario Castillo Freyre

# Fraude

## Derechos peruano y argentino

*Luis Moisset de Espanés\**

**SUMARIO:** 1. Introducción. – a) La buena fe en los actos jurídicos. – b) Vicios propios de los actos jurídicos. – 2. Definición del acto fraudulento. – 3. Remedio jurídico contra el fraude. La acción revocatoria. – a) Fundamentos de la acción respecto del deudor y del tercero que haya de tolerarla. – 4. Requisitos de la acción cuando el acto atacado sea a título oneroso. – 5. Análisis de los requisitos: a) Insolvencia. – b) Perjuicio que ocasiona el acto atacado. – c) Fecha del crédito. Excepciones. – 6. Condiciones: a) ánimo de defraudar. – b) Complicidad del tercero. – 7. Ejercicio de la acción contra un subadquirente. – 8. Actos que pueden ser revocados. – 9. Legitimación activa (quienes pueden ejercer la acción). – 10. Efectos de la revocación.

### 1. INTRODUCCIÓN

#### a) *La buena fe en los actos jurídicos*

El Código Civil argentino, redactado por don Dalma-  
cio Vélez Sársfield, siguiendo fielmente a Freitas, trata de la  
simulación y el fraude al legislar sobre los actos jurídicos en  
general, porque entiende que esas figuras se vinculan con el  
requisito de la «buena fe», que no debe faltar nunca en los  
actos jurídicos. El nuevo Código Civil y Comercial ha se-  
guido el mismo camino en el Capítulo v del Libro Primero,

---

\* Jurista argentino. Consejero de Derecho y Cambio Social.

y en él incluye también la lesión como uno de los vicios propios del acto jurídico.<sup>1</sup>

Traza así un límite demarcatorio entre los vicios de la voluntad (error, dolo y violencia), y estos otros vicios del acto. El error o ignorancia, el dolo y la violencia, actúan excluyendo algún presupuesto de la voluntariedad del acto (la intención, en el caso del error y el dolo; la libertad, en el caso de la violencia), y de esta forma privan de validez a cualquier tipo de acto. Es cierto que también son vicios del acto jurídico, cuando sobre él gravitan, porque el acto jurídico es un acto voluntario por definición, pero su campo de acción se extiende a otros actos voluntarios.

*b) Vicios propios de los actos jurídicos*

La simulación y el fraude no vician la voluntariedad del acto, sino que — como bien dice Freitas —, entrañan la ausencia de buena fe, requisito que no debe faltar en el acto jurídico.

Algunos tratados de derecho civil, y también algunos Códigos, no se ocupan del fraude en su Parte General, junto a los actos jurídicos, sino en la parte dedicada especialmente a las Obligaciones, al tratar de la responsabilidad patrimonial del deudor. Vemos así que el Código italiano de 1942 trata la acción revocatoria en el Capítulo dedicado a los medios de conservación de la garantía patrimonial, en especial en su sección segunda (artículos 2901 a 2904), y este modelo es seguido por el Código portugués de 1967, que legisla de la «Impugnación pauliana» dentro del Capítulo destinado a la Garantía general de las obligaciones, en la Subsección tercera (impugnación pauliana, artículos 610 a 618), de la Sección Segunda (Conservación de la garantía patrimonial).

El Código Civil argentino, en cambio, siguiendo la inspiración de Freitas, trata de la simulación y del fraude en la teoría general del acto jurídico, por considerar que en estos casos no se afecta la voluntariedad del acto, sino que se atenta contra la buena fe comercial,<sup>2</sup> por lo cual debe considerarse que son vicios propios del acto jurídico.

---

1 Encontramos en ese capítulo tres secciones, dedicadas respectivamente a la lesión (artículo 332), a la simulación (artículos 333 a 337) y al fraude pauliano (artículos 338 a 342).

2 Freitas, en su *Esboço*, al ocuparse de los vicios sustanciales del acto jurídico, en el artículo 505, además de mencionar las hipótesis en que falta voluntad en el acto, dedica el inciso 3 a los casos en que falta «buena fe», mencionando la simulación y el fraude; y en el artículo 517 nos dice que «La buena fe de los actos jurídicos consiste en la intención de sus agentes relativamente a terceros, cuando proceden sin simulación o fraude».



## 2. DEFINICIÓN DEL ACTO FRAUDULENTO

Tanto el profano como el docto entienden que el fraude es un acto de mala fe, de deslealtad, es decir la conducta dolosa con la que se quiere obtener o conservar un provecho o lucro, a expensas del legítimo interés de otra persona. Es el sentido amplio que le da desde 1992 el Diccionario de la Real Academia, cuando en la primera acepción de fraude dice: «Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete».<sup>3</sup> En 1732, en el Diccionario de autoridades, se caracteriza el fraude como «engaño, malicia, falsedad y dolo».

Esta noción amplia de fraude es propiciada también en el campo del derecho por algunas doctrinas modernas, que consideran que existe conducta fraudulenta cuando se trata de aprovechar una norma jurídica como cobertura, con el fin de evitar la aplicación de otra, y hablan así, genéricamente de «fraude a la ley»,<sup>4</sup> del cual el «fraude pauliano» sería una especie.

Pues bien, si nos ubicamos en el terreno del derecho civil y procuramos brindar un concepto técnico del «fraude pauliano», diremos que es:

Todo acto de disposición otorgado de mala fe por un deudor insolvente o por caer en ese estado, para privar total o parcialmente a sus acreedores de la legítima garantía sobre la cual éstos podrán hacer efectivos sus créditos.

Así caracterizado el acto fraudulento se encasilla dentro de los actos ilícitos y, más precisamente, es un «delito civil», de conformidad a la definición que daba Vélez en el artículo 1072 del viejo Código Civil argentino, que considera delito a todo acto «ejecutado a sabiendas y con la intención de dañar la persona o los derechos de otro».

Esta norma ha desaparecido del nuevo Código Civil y Comercial, que al tratar de los hechos jurídicos, como causa generadora de relaciones, omite la mención y regulación de los actos ilícitos, que se encontraban adecuadamente regulados en el viejo Código. ¿Significa esto que han

3 Ver Diccionario de la Real Academia. Madrid, 2001, 22.<sup>a</sup> edición y 1992, 21.<sup>a</sup> edición.

4 Ver ZANNONI, Eduardo A. «Comentario al artículo 961 del primer Código Civil Argentino». En *Belluscio- Zannoni*, «Código Civil Anotado». Buenos Aires: Astrea, 1982, tomo IV, pp. 428 y 429.

desaparecido los actos ilícitos? De ninguna manera, no solamente subsisten en la realidad práctica, sino que el estudioso, los litigantes y los magistrados, para comprender su funcionamiento, deberán aplicar lo dispuesto por la parte final del artículo 1 del actual Código, cuando expresa:

[...] Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes... en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

En la práctica, lamentablemente, los actos ilícitos existían y continuaban existiendo, y será vinculante el tratamiento que se les daba en la práctica, aunque el nuevo Código no lo haya regulado; ese tratamiento se probará con lo previsto en los textos del Código de Vélez, y en la doctrina y jurisprudencia que los estudiaban y aplicaban.<sup>5</sup>

Por ello, para que un acto pueda ser calificado de ilícito en el campo del derecho civil, deben reunirse tres requisitos: a) el primero de carácter objetivo: la antijuridicidad del acto, b) el segundo de carácter subjetivo, la voluntariedad del acto, por una parte, y la imputabilidad moral de su resultado en razón de haber existido dolo o culpa en la conducta del agente, que permitirá distinguir entre los delitos y los cuasi delitos; c) un requisito externo, el resultado dañoso; porque si el acto no genera consecuencias dañosas, aunque sea objetivamente ilícito, e imputable, el derecho civil no se ocupa de él.

Si analizamos los caracteres que sirven para definir el fraude pauliano, corroboraremos nuestra afirmación de que estamos frente a un delito civil.

En primer lugar, el requisito objetivo está presente, en cuanto se trata de un acto contrario a derecho, que lesiona los legítimos intereses de otra persona. En efecto, es cierto que toda persona goza de la libre administración y disposición de sus bienes, pero cuando se coloca en la posición de deudor, pesa sobre ella un «deber jurídico»: cumplir con sus obligaciones, pagando la deuda; además, en este caso, el ordenamiento jurídico lo coloca en situación de «sujeción patrimonial», y dispone que responda ante sus acreedores con todos los bienes que integran su patrimonio.

---

5 En el Código peruano los actos obrados con culpa o dolo son considerados ilícitos que generan responsabilidad civil (ver artículo 1969).

Correlativamente, los acreedores gozan del «derecho de garantía», en virtud del cual tienen el poder jurídico de dirigirse contra los bienes del deudor y ejecutar su patrimonio para lograr el cumplimiento de las obligaciones.<sup>6</sup>

El derecho de garantía que se encuentra unido al crédito entraña una restricción a las facultades del deudor de disponer libremente de los bienes, y configura el deber jurídico de mantener una situación patrimonial que le permita hacer frente a los créditos que pesan sobre su haber.

Si el deudor crea su estado de insolvencia, total o parcial, priva a los acreedores de su derecho de garantía, incurriendo en una violación flagrante del crédito, conducta que objetivamente es ilícita.

Para que el deudor incurra en fraude, debe tratarse de una conducta de mala fe; es decir, que al decidirse a realizar ese acto de disposición haya tenido conocimiento y comprensión cabal de las consecuencias, y que con esa conducta creaba, o agravaba, el estado de insolvencia. No se trata de un proceder culposo, sino doloso, que caracteriza al acto ilícito llamado delito.

Por último, el requisito externo está también presente, porque ese acto de disposición ha creado el estado de insolvencia, o lo ha agravado, hecho que redundando directamente en perjuicio del legítimo interés de sus acreedores, ocasionando un daño innegable.<sup>7</sup>

En resumen, en el acto fraudulento encontramos los tres requisitos que caracterizan al acto ilícito civil que denominamos delito.

### **3. REMEDIO JURÍDICO CONTRA EL FRAUDE. LA ACCIÓN REVOCATORIA**

#### *a) Fundamentos de la acción respecto del deudor y del tercero que haya de tolerarla*

Refirámonos ahora a la acción revocatoria, llamada también pauliana en homenaje al pretor Paulo, que instituyó esta acción como remedio jurídico contra los actos fraudulentos que el deudor realizó en perjuicio de los acreedores. Esta acción – como acabamos de decirlo – tiene su origen

---

6 Ver artículo 199 del Código Civil peruano.

7 Ver artículo 195, primera parte, del Código Civil peruano.

en el derecho romano honorario, y prolonga su vida en todo el derecho posterior hasta llegar a ser una institución del derecho civil moderno y contemporáneo. En el nuevo Código argentino, atendiendo parcialmente a sus efectos, se la denomina «acción de oponibilidad».<sup>8</sup>

Si nos atenemos al texto literal del artículo 961 del Código de Vélez, corroborado en su sentido por muchas otras disposiciones de ese título, entenderemos que la acción revocatoria presenta un desdoblamiento. Decía el:

Artículo 961.- Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o fraude de sus derechos.

Por una parte tenemos la acción revocatoria fundada solamente en el perjuicio que del acto se sigue para los legítimos intereses de los acreedores; y por otra parte la acción revocatoria fundada estricta y rigurosamente en el fraude en que ha incurrido el deudor.

El derecho romano jamás concebía la acción pauliana, o acción revocatoria sin que hubiese fraude, por lo menos respecto del deudor.

El derecho argentino, inspirado en el derecho francés y, sobre todo, en Aubry y Rau, presenta un desdoblamiento de la acción: a) la acción revocatoria fundada solamente en el *eventus damni*, en el perjuicio que el acto que se quiere revocar ocasiona a los legítimos intereses de los acreedores; y b) la acción revocatoria fundada en el *eventus damni* y, además, en el propio fraude.

Esto se encontraba claro en el primer artículo que el Código de Vélez dedicaba al fraude porque en ese texto se ha usado la conjunción disyuntiva «o», y dice: «en perjuicio o en fraude de los acreedores». Y esta teoría está confirmada por otras disposiciones y pasajes del Código Civil.

En el *Corpus Iuris Civile* encontramos una antinomia relativa a la naturaleza jurídica de la acción pauliana. El *Digesto* o *Pandectas*, califican a esta acción como una acción personal; pero, por otra parte, la *Instituta* explícitamente afirma que es una acción real. Esta antinomia respecto a la naturaleza de la acción dentro del derecho romano, pareciera no tener solución.

---

8 Ver artículos 338 y ss. del nuevo Código argentino.

Sin embargo, para el pensamiento de la mayoría de los romanistas, tanto antiguos como modernos, como así también para los expositores del derecho común (es decir, del derecho romano de Justiniano vigente durante tantos siglos en gran parte de Europa), como también para el derecho moderno y contemporáneo, la conclusión, si se quiere unánime, es que se trata de una acción personal *in factum*, y no de una acción real.

La antinomia subsiste en el derecho de Justiniano y es muy difícil explicarla; según la opinión de algunos los textos de la *Instituta* convierten lo que era una acción personal en una acción real; pero no es posible aceptar esto; posiblemente se trata de un error de coordinación en los compiladores. Pero, dejemos este problema y atengámonos al criterio que prevalece casi unánimemente en la doctrina moderna y contemporánea. La acción pauliana o acción revocatoria es una acción personal.

Veamos ahora cuál es el fundamento jurídico de esta acción. Yo, acreedor de mi deudor, demando la revocación del acto fraudulento por el cual el deudor ha transferido en propiedad bienes de su patrimonio a un tercero. Esta acción se dirige contra el deudor y contra el tercero. Respecto del deudor es fácil explicarse el fundamento jurídico de esta acción; está explicado ya: desde el momento que uno se convierte en deudor queda en estado de sujeción patrimonial. Es el viejo postulado que proclama el Código Civil francés en su artículo 2092:

Cualquiera que se haya obligado personalmente, lo está a llenar su compromiso con todos sus bienes muebles e inmuebles, presentes y futuros.<sup>9</sup>

Y el artículo siguiente del Código de Napoleón, el 2093, agrega que:

El patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores [...].<sup>10</sup>

El estado de sujeción patrimonial del deudor corresponde al derecho de garantía que compete al acreedor y en virtud del cual tiene un poder

---

9 La traducción es nuestra. El texto francés expresa: «Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers e immobiliers, présents et à venir».

10 La traducción es nuestra. El texto francés expresa: «Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers [...]».

jurídico para obrar sobre el patrimonio del deudor. Este poder jurídico se traduce concretamente en medidas preventivas de las que puede disponer todo acreedor, con intervención de los órganos jurisdiccionales, para asegurar su derecho. Entre esas medidas preventivas tenemos la acción subrogatoria y la acción de simulación.

Además de las medidas preventivas tenemos las medidas directa o indirectamente ejecutivas, como ser la acción de fraude, también llamada revocatoria o pauliana, en virtud de la cual el acreedor o acreedores pretenden hacer indirectamente efectiva la garantía de que ellos gozan.

Respecto del deudor, repetimos, el fundamento jurídico de la acción revocatoria está en el principio de que el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores.

Ahora bien, respecto del tercero que debe tolerar la acción revocatoria, ¿cuál es el fundamento? Hay que distinguir entre terceros de buena fe y terceros de mala fe. En el caso del tercero de mala fe tenemos la complicidad en el fraude, que genera para el tercero la responsabilidad que nace de su obrar ilícito, por lo que queda obligado respecto del acreedor *ex maleficio* o *ex delicto*, en razón de su participación en el acto fraudulento.

En cambio, si el tercero es de buena fe, ¿cuál es el fundamento jurídico que permite al acreedor accionar en su contra? Encontraremos fundamento a esa acción cuando haya mediado «enriquecimiento sin causa», lo que sucede cuando el tercero ha obtenido gratuitamente el bien, sin que haya mediado de su parte ningún sacrificio económico. Por ejemplo, si el tercero ha obtenido el bien por una donación que realizó a su favor el enajenante fraudulento; es decir, lo ha logrado «gratuitamente», no podrá aducir su «buena fe» para conservar esa ventaja en su provecho, con desmedro de los intereses legítimos del acreedor, que procura evitar un perjuicio a sus legítimas pretensiones.

La ley, pues, concede acción al acreedor que defiende su interés legítimo a cobrar lo que se le debe, frente al tercero que sin haber efectuado ningún sacrificio pretendiese conservar esa ventaja a expensas del patrimonio del acreedor.

#### **4. REQUISITOS DE LA ACCIÓN CUANDO EL ACTO ATACADO SEA A TÍTULO ONEROSO**

El acto fraudulento que se quiere revocar puede ser a título oneroso o a título gratuito. En el primer caso, con arreglo a una doctrina tradicio-

nal, para la procedencia de la acción será indispensable que se den las condiciones a que nos hemos referido; es decir, el *eventus damni* —el perjuicio— y la existencia del fraude propiamente dicho.

El Código de Perú, en la primera parte del artículo 195 nos brinda las condiciones generales para la acción revocatoria, expresando:

El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto a él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro de su crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulte la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida o se dificulta la posibilidad de cobro [...].

Vemos, pues, que si la acción va dirigida contra un acto a título gratuito, bastará tan sólo el *eventus damni*.

Por el contrario, si la acción se dirige contra un acto a título oneroso, se exigen otros requisitos que enumera el artículo 195 en tres incisos.

Aquí se encuentra la diferencia fundamental entre los sistemas vigentes en Perú y Argentina, que siguen el pensamiento predominante en el derecho y doctrina franceses, y lo que disponía el derecho romano, para el cual no procedía la acción, aunque fuesen actos a título gratuito, si no hubo fraude, por lo menos de parte del deudor.

Es cierto que el derecho romano exoneraba al demandante de la prueba del fraude con relación al tercero, no exigiendo este requisito cuando el acto atacado era a título gratuito, pero siempre, indefectiblemente, se consideraba indispensable el requisito del fraude respecto del deudor.

La nota al artículo 967 del Código de Vélez aclaraba este punto expresando:

El derecho romano sólo hacía revocables las enajenaciones a título gratuito cuando hubiese fraude por parte del deudor. Las Leyes de Partida no exigieron que se probase el fraude del deudor en el caso del artículo, sino que bastaba su insolvencia. En contra del artículo y conforme con el derecho romano. Toullier y Zachariae.

Y el segundo párrafo de esa nota agrega:

Conforme con el artículo Aubry y Rau. El fraude del deudor debe presumirse desde que se halle insolvente, o a lo menos una grave culpa, en sus efectos iguales al dolo. Respecto a los terceros, los actos a título gratuito no deben depender de la buena fe del deudor, porque los terceros que sólo tratan de obtener una ganancia, se enriquecería lo mismo, teniendo el deudor mala fe, a costa de los acreedores que sólo tratan de evitarse un perjuicio.

Ni en el derecho romano ni en los derechos de Perú y Argentina es necesaria la prueba del fraude respecto al tercero, cuando el acto atacado es a título gratuito, pero nuestros Códigos establecen que ni siquiera es requisito la prueba del fraude respecto al deudor, porque se entiende presumido en la propia conducta de ese deudor, y si no hay fraude, dolo o mala fe, por lo menos hay una culpa grave que se asimila o equipara al dolo. El solo enriquecimiento indebido justifica en este caso la procedencia de la acción, sin necesidad de averiguar si hubo o no fraude, ni siquiera de parte del deudor.

## 5. ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS

Detengámonos ahora a considerar los requisitos relativos al *eventus damni*, el daño o perjuicio que del acto resulta para el acreedor o los acreedores. El artículo 195 del Código de Perú, refiriéndose a la acción de fraude, exige:

[...] Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento de los perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos, y el perjuicio eventual de los mismos.

2. Si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción el crédito del futuro acreedor. [...]

Antes de continuar, veamos lo que dispone el actual Código Civil y Comercial de la República Argentina, en su artículo 339:

Requisitos.- Son requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad:

- a) Que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya obrado con el propósito de defraudar a futuros acreedores;



- b) A que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor;
- c) Que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.

a) *Insolvencia*

Refiriéndonos a la insolvencia preguntamos: ¿qué es el estado de insolvencia?

Es el estado de desequilibrio económico del patrimonio; el desequilibrio entre el activo y el pasivo, entre lo que se tiene y lo que se debe, entre el haber y el debe, entre los bienes que se tiene y las deudas o cargas que gravan el patrimonio.

El concepto de insolvencia es un concepto puramente económico; sólo se produce el estado de insolvencia cuando el pasivo supera al activo, cuando el debe supera al haber, cuando se debe más de lo que se tiene.

b) *Perjuicio que ocasiona el acto atacado*

El acto que se ataca tiene que guardar relación de causalidad respecto del estado de insolvencia; ese acto tiene que haber producido el estado de insolvencia, o bien — si la insolvencia ya existía — el acto que se procura revocar tiene que haber contribuido a empeorar ese estado.

De manera que para la procedencia de la acción es indispensable que exista una relación de causalidad entre el acto que se ataca y el estado de insolvencia.

c) *Fecha del crédito. Excepciones*

El crédito en virtud del cual se intenta la acción debe ser de fecha anterior al acto del deudor. O, dicho de otro modo, el acto fraudulento del deudor que se quiere revocar, debe ser posterior al crédito.

Este requisito, según el pensamiento unánime de la doctrina, es obvio y se explica por sí mismo. Nadie puede decidirse a preparar el fraude en el aire. El fraude exige que con anterioridad haya un crédito en virtud del cual ese acto pueda ser atacado como fraudulento. Si no se diese este requisito, tendríamos que quien nunca fue acreedor, ni tuvo jamás ningún interés legítimo, podría pedir la revocación de los actos del deudor.

Si el crédito no es de fecha anterior, si no existía en el momento en que se realiza el acto, no se lo podrá atacar por fraude.

En el Código de Vélez encontrábamos una sola excepción, prevista en el artículo 963:

Exceptúanse de la condición 3.<sup>a</sup> 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 irroga el crimen.

Un sujeto se decide a perpetrar un delito y, anticipadamente, con irreprochable criterio previsor, prepara todas sus cosas para poder, más adelante, eludir la responsabilidad patrimonial en que ha de incurrir a consecuencia del crimen que concibe y prepara. Transfiere sus bienes a un tercero antes de que nazca la obligación, que recién se originará cuando se consuma el acto ilícito. De esta manera pretende eludir toda responsabilidad patrimonial que pueda provenir del acto ilícito que piensa cometer.

En el Código de Perú no se menciona esta excepción, que tampoco aparece en el nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina, aunque estimamos que el principio general de buena fe justificaría esgrimirla si el caso se presentase.

## 6. CONDICIONES

Corresponde que nos refiramos ahora a las dos condiciones exigidas para que se configure el fraude propiamente dicho, condiciones que deben darse cuando el acto que se quiere revocar es un acto a título oneroso. Esas condiciones son: 1) el fraude respecto del deudor, y 2) la complicidad del tercero; es decir, su participación en el delito de fraude.

Si no se cumplen éstas, no procede la acción contra un tercero que adquirió a título oneroso. Mas, si este tercero adquirió a título gratuito, no serán indispensables y bastará el solo perjuicio, el *eventus damni*.

### a) *Ánimo de defraudar*

Detengámonos en la caracterización de estos dos requisitos propios del fraude propiamente dicho. Respecto del deudor, es preciso, para la revocación del acto, que el deudor haya querido por ese acto defraudar a sus acreedores.

En el caso del fraude, entendemos que procede la acción pauliana respecto del deudor cuando ha obrado a sabiendas, con conciencia plena de lo que hacía y de cuál iba a ser el resultado de su acto; es decir, el conocimiento de que ese acto iba a producir su estado de insolvencia y que, al mismo tiempo, ese estado de insolvencia iba a perjudicar a los acreedores privándolos de la legítima garantía de que ellos gozan, haciendo imposible que obtuviesen la satisfacción a que tienen derecho. Esto basta para configurar el fraude, aunque el deudor no haya tenido como propósito íntimo el *animus nocendi*.

Si escudriñamos en la conciencia del deudor, el ánimo determinante de su voluntad, diremos que la mayoría de las veces es única y exclusivamente, atender su propio interés y conservar un lucro a expensas del interés legítimo del acreedor; podrá ser también su interés beneficiar a un amigo, a un pariente, y podrá darse el caso de que el ánimo que impulsa al deudor sea, precisamente, el *animus nocendi*, pero esto no es requisito constitutivo del fraude. El fraude se configura por la conciencia que el deudor tiene de que se colocará en una situación de impotencia económica para hacer frente a sus deudas. En este caso hay dolo, hay mala fe, y está configurado el fraude.

Si para caracterizar el fraude pauliano se exigiera el *animus nocendi*, se le presentarían a los acreedores tremendas dificultades para probar esa intención y se haría prácticamente ineficaz la acción. Resultaría casi imposible — por no decir absolutamente imposible — llegar a la prueba real y directa de ese ánimo.

Ahora bien, excepcionalmente puede ocurrir que el deudor tenga conocimiento y conciencia de que el acto va a producir o agravar su estado de insolvencia; pero, a pesar de ello, obre de buena fe. Es el caso de un deudor que enajena parte de sus valiosos bienes por un precio vil, movido por la urgencia de obtener dinero en efectivo para dedicarse a la especulación o a cualquier negocio con el cual entiende que va a mejorar de fortuna, y podrá así satisfacer las legítimas pretensiones de sus acreedores.

En este caso, el escrutinio de la situación psicológica de ese deudor puede demostrarnos cabalmente que conocía que el acto iba a producir o agravar su estado de insolvencia, pero no obró de mala fe porque no hizo las cosas para perjudicar a sus acreedores sino, por el contrario, hizo las cosas — bien o mal hechas — movido por el único fin de aliviar su situa-

ción patrimonial y satisfacer así todas las legítimas pretensiones de sus acreedores.

El Código del Perú, en el artículo 195 impone la carga al deudor de cuidado y diligencia y presume la intención cuando conocía que provocaba su insolvencia, o debía conocerlo.

b) *Complicidad del tercero*

Por otra parte, ¿cómo prueban los acreedores la complicidad del tercero? Esa complicidad resulta inmediatamente de una presunción de la ley establecida en la última parte del artículo 969; si se prueba el conocimiento que tiene el tercero del estado de insolvencia del deudor, eso permite inducir su complicidad en el fraude. Ahora bien, en uno y otro caso la presunción es *iuris tantum*, es una *praesumptio hominis*; es decir, que en uno y otro caso se admite la prueba en contrario. El deudor puede demostrar que ignoraba que caía o agravaba su estado de insolvencia; y el tercero, en su caso, podría probar — al menos teóricamente es posible, aunque en la práctica resulta muy difícil — que no hubo de su parte mala fe, a pesar de haber tenido conocimiento de la insolvencia del deudor.

## 7. EJERCICIO DE LA ACCIÓN EN CONTRA DEL SUBADQUIRENTE

Por el acto fraudulento, el deudor enajena bienes a favor de un tercero, que es un primer adquirente, pero el Código Civil se coloca en la hipótesis de que ese primer adquirente, por su parte, enajene la cosa a un segundo adquirente, o subadquirente.

Para que la acción prospere contra ese subadquirente, deben darse las mismas condiciones que son indispensables para que se la pueda ejercitar contra el primer adquirente. Es decir, si se trata de un acto a título oneroso, será indispensable que se pruebe que hubo fraude y, al mismo tiempo que hubo complicidad de parte del primer y del segundo adquirente. Ahora bien, si se trata de actos a título gratuito, no se requerirá ninguna prueba de la complicidad del segundo adquirente en el fraude.

## 8. ACTOS QUE PUEDEN SER REVOCADOS

La acción revocatoria puede ser dirigida contra toda clase de actos; no sólo los actos de enajenación de bienes, sino cualquier acto jurídico, incluso un pago puede también ser revocado cuando ha sido efectuado por

el deudor en perjuicio de sus acreedores, siempre que se den los requisitos establecidos por la ley en cada caso, con arreglo a la propia naturaleza del acto.

Precisamente, la nota al artículo 961 del viejo Código de Vélez, en su último apartado, explica cuán grande es la amplitud que hay en esta materia.

Nota al artículo 961.- No nos reducimos a disponer sólo sobre la enajenación que hiciere el deudor en fraude a sus acreedores, sino sobre todo acto fraudulento en perjuicio de los acreedores. Así, serán revocables no sólo los actos traslativos de la propiedad, sino también la remisión de las deudas, el pago de deudas no vencidas, la hipoteca o prenda de deudas no vencidas o ya vencidas, pero originariamente contraídas sin estas garantías; los pagos de deudas vencidas por medio de entrega de bienes por un valor menor del que verdaderamente tuvieron. En los arrendamientos, una renovación anticipada del contrato, una duración extraordinaria, y que no es de uso en el país; el pago anticipado de muchos términos, disminución inmotivada del precio del arrendamiento, etc., etc.

La acción de revocación puede, entonces, ejercerse contra todo acto, no sólo las enajenaciones fraudulentas, sino cualquier acto jurídico fraudulento (siempre que sea acto de disposición), con el cual el deudor quiere dañar a sus acreedores.

## **9. LEGITIMACIÓN ACTIVA. QUIÉNES PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN**

En el derecho argentino el nuevo Código Civil y Comercial dice en el artículo 338 que «todo acreedor» puede solicitar la declaración de inoponibilidad, y en Perú el artículo 195 expresa que la acción la puede ejercitar el acreedor, aunque su crédito sea condicional o a plazo.

No tenemos duda de que el hecho de que el crédito esté sujeto a un plazo, no puede constituir obstáculo para el ejercicio de la acción de fraude. En cambio, creemos que no es correcto conceder la acción revocatoria a los acreedores, porque su derecho se encuentra en una situación de incertidumbre, ya que su existencia definitiva depende del cumplimiento de la condición, y puede desaparecer o no llegar a existir jamás.

## 10. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN

La revocación solamente procede en la medida del interés que le asiste al acreedor demandante. Es decir, que puede ser parcial; llevada a cabo la liquidación judicial de un bien transferido fraudulentamente, luego que los acreedores impugnantes del acto han cobrado sus créditos, el remanente será devuelto al tercero.

Se produce la revocación del acto, pero se produce en beneficio exclusivo del acreedor o acreedores demandantes; revocado el acto fraudulento, el acreedor o los acreedores demandantes, podrán pedir la subasta de ese bien o bienes y con el valor realizado en dinero, cobrar el importe de sus créditos; lo demás, lo que sobrare, el remanente, subsiste intacto en poder del tercero que era ya propietario de esos bienes en virtud de un acto real.

La inoponibilidad del acto, o su ineficacia, operan solamente en la medida del interés del acreedor que ejercita la acción revocatoria.

Esta particular característica del efecto de la acción revocatoria, es la que plantea en la doctrina francesa y en la italiana, una discusión acerca de la verdadera naturaleza de la acción. Para unos se trata de una acción de nulidad; para otros no es nada más que una acción de tipo reparativo o de daños y perjuicios, en virtud de la cual el acreedor o acreedores perjudicados ejecutan ese bien que el tercero ha adquirido por el acto fraudulento para satisfacerse en el interés de los créditos respectivos, posición por la que se han inclinado el Código de Perú y el nuevo Código Civil y Comercial de Argentina.

Los terceros pueden paralizar la acción revocatoria satisfaciendo el importe del crédito del demandante, o bien dando fianza o caución suficiente para garantizar el importe de esos créditos cuando el patrimonio del deudor fuera insuficiente para garantizarlos.

Esto pone en evidencia el carácter reparativo que tiene la acción revocatoria. Es cierto que el Código de Vélez calificaba a esa acción como una acción de nulidad, pero esa nulidad sólo producía efectos relativos y parciales (relativos al acreedor demandante, y parciales o limitados tan sólo al importe del crédito de quienes demandaron).

La revocación sólo se produce en la medida del interés de los acreedores demandantes; la acción no beneficia al resto de acreedores; mas, si

el deudor se halla en estado de falencia o de concurso civil, el síndico, que es el representante de todos los acreedores, promoverá la acción; y, en ese caso, cuando se obra en ejecución colectiva, la revocación aprovecha a todos los acreedores. Por el contrario, si no hay estado de falencia ni de concurso civil y son uno, dos o tres los acreedores demandantes, la acción no aprovecha al resto.

Veamos ahora las relaciones entre el acreedor y el tercero que adquirió el bien en virtud de un acto fraudulento del deudor. Debemos distinguir si el tercero es de buena o de mala fe; en el último caso se aplican a la restitución de los bienes adquiridos las disposiciones pertinentes al poseedor de mala fe, contenidas en el título respectivo del Código Civil. Si el tercero es de mala fe, está obligado, como poseedor de mala fe, a la restitución de la cosa y de todos los frutos percibidos y los que por su propia culpa hubiese dejado de percibir. Así lo disponía expresamente el Código de Vélez, en el artículo 971,<sup>11</sup> norma que no ha sido reproducida en el nuevo Código Civil y Comercial, pero que resulta aplicable en virtud del principio general de la buena fe.

Los poseedores de mala fe están obligados a entregar o pagar los frutos de la cosa que hubiesen percibido, y los que por su culpa hubieran dejado de percibir, deduciendo los gastos de cultivo, cosecha o extracción de los frutos.

Además el poseedor de mala fe, en el caso de que la cosa hubiera perecido, está obligado, en razón de su mala fe, a la restitución del valor de la cosa y responde hasta del caso fortuito o de fuerza mayor, con la sola salvedad de que estará exento de esta extrema y grave responsabilidad, si se probase en juicio que la cosa hubiese perecido igualmente, estando en poder del dueño o propietario, o del acreedor.

Estos principios son también de aplicación en el derecho peruano.

Consideremos ahora las relaciones entre el acreedor y el tercero de buena fe. Este tercero, en razón de su buena fe, sólo queda obligado a restituir la cosa en el estado en que se encuentra, y como poseedor de buena fe, los frutos percibidos.

---

11 «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».

Nos resta preguntarnos: ¿puede reclamar el tercero al deudor, enajenante fraudulento, lo que tuvo que pagar o el valor del bien que ha perdido por causa de la acción revocatoria?

La doctrina distingue entre el adquirente a título oneroso y el adquirente a título gratuito. No hay una solución especial en nuestros Códigos, pero originariamente hemos enseñado, siguiendo la doctrina mayoritaria, que el adquirente a título oneroso, en razón de que el enajenante estaba obligado por la evicción, goza del derecho de reclamar el importe de lo que entregó o perdió, para satisfacer a los acreedores; pero si se trata de un adquirente a título gratuito, en principio el deudor, donante, no está obligado a la evicción y el tercero que soportó la acción revocatoria no tendría ningún derecho contra él.

Puede pensarse que la cuestión tiene escasa importancia práctica, pues, como ya señalaba Planiol,<sup>12</sup> aun en el caso de concederse un recurso al tercero, la acción resultaría casi siempre ineficaz e ilusoria, puesto que el enajenante es un insolvente y sólo podría hacerse valer este derecho en la situación hipotética de que mejorase de fortuna. Por otra parte, en la jurisprudencia francesa sólo se encuentra un caso en el que se ha planteado el problema.

La observación de Planiol ha sido recogida por Borda y Llambías, que exponen los mismos argumentos, y en la cátedra de Córdoba por Buteler. Sin embargo, entendemos que el tema no carece de importancia, en especial por los argumentos que se han dado para conceder o negar la acción en las distintas hipótesis, puesto que se trata de determinar correctamente la aplicación de principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico.

- *Nuestra opinión*

Hemos dicho ya que originariamente, al desarrollar este tema como profesor adjunto de Parte General, seguíamos los lineamientos trazados por Salvat, sosteniendo que el adquirente a título oneroso podía reclamar al enajenante, por la garantía de evicción y que el donatario estaba privado de todo recurso. En una de esas clases un joven alumno me expuso sus

---

12 PLANIOI, RIPERT y ESMEIN: «Tratado de Derecho Civil». Traducción española, editada en La Habana, tomo VIII, n.º 964, p. 274.



dudas sobre el punto, pues pensaba que el tercer adquirente a título oneroso no podía reclamar nada, en razón de que era cómplice de un delito.

La corrección del razonamiento nos obligó a replantearnos el problema y a efectuar una indagación más profunda en la doctrina nacional y extranjera, que culminó en un trabajo, que se publicó en el Boletín de la Facultad de Derecho<sup>13</sup> y en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.<sup>14</sup>

Establecido inicialmente que el adquirente a título oneroso sólo soporta la acción revocatoria cuando ha sido cómplice del enajenante en el fraude, ¿puede admitirse que inicie una acción?

Las normas de la evicción entre comprador y vendedor resultan totalmente inaplicables, no sólo en razón del principio general de la *nemo auditur*, sino también porque en especial encontramos en éste, el artículo 2106 que dispone que «cuando el adquirente de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar del enajenante por los efectos de la evicción que suceda...». Y, ¡es claro que el tercero, cómplice en el fraude, conocía el peligro de la evicción!

Debemos insistir que, en esta hipótesis, la acción se dirige contra el cómplice de un delito, y se lo hace responsable para evitar que el acreedor sufra los daños y perjuicios que resultarían de la enajenación fraudulenta. Y ése es en realidad el límite de su responsabilidad, como lo fija el ya mencionado artículo 972. Pues bien, en tal caso tiene plena aplicación el artículo 1082, que prohíbe las acciones recursorias entre los cómplices de un acto ilícito doloso.

En lo que se refiere a los adquirentes a título gratuito creemos que éste es el único caso en que puede existir un recurso, porque puede no haber sido cómplice en el fraude.

---

13 «Relaciones entre el adquirente que soporta una acción revocatoria y el enajenante fraudulento. Reflexiones inspiradas a un profesor por un alumno». *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, año xxxi, 1967, n.º 1-3, p. 371.

14 [www.acaderc.org.ar](http://www.acaderc.org.ar).



# Princípios do direito privado e o registro de imóveis no Brasil

Thiago Rodovalho<sup>1</sup>

**SUMARIO:** 1. Sistema e subsistema. A relação entre o Código Civil e a Lei de Registros Públicos, especialmente no que diz respeito ao registro de imóveis. – 2. Princípio da função social da propriedade. – 3. Princípios da legalidade, tipicidade e taxatividade. – 4. Princípios da publicidade e da fé pública. – 5. Princípio da especialidade. – 6. Princípio da continuidade. – 7. Referências bibliográficas.

## 1. SISTEMA E SUBSISTEMA. A RELAÇÃO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E A LEI DE REGISTROS PÚBLICOS, ESPECIALMENTE NO QUE DIZ RESPEITO AO REGISTRO DE IMÓVEIS

O Brasil, como é semelhante entre os países de *civil law*, tem no seu *Código Civil* o centro norteador do *sistema de dire-*

---

1 Professor-Doutor da PUC | Campinas. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP, com Pós-Doutorado no Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Membro da Lista de Árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná-CAM-FIEP, do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo-Caesp, da Câmara de Mediação e Arbitragem da Sociedade Rural Brasileira-CARB, da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras-CAE, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial-Cbmae, do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem-Cebramar, e da Arbitranet. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo-IASP, do Instituto de Direito Privado-IDP, do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil-IBDP, e do Centro de Estudos Avançados de Processo-Ceapro. Professor-Assistente de Arbitragem e Mediação na Graduação da PUC/SP. Coordenador e Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Autor de diversas publicações no Brasil e no exterior (livros e artigos). Curriculum Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>.

ito privado. Com isso, não queremos afirmar que *todas as relações jurídicas de direito privado* estejam inteiramente disciplinadas no Código Civil, que podem vir tratadas em outros diplomas normativos esparsos, que, com o Código Civil, se relacionem.

Esse maior ou menor grau de relações jurídicas de direito privado disciplinadas no Código Civil pode variar de país a país. Assim, por exemplo, na Alemanha, desde a Lei de Modernização do Direito das Obrigações [*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*], de 2000,<sup>2</sup> as relações contratuais de consumo e a própria Lei de Cláusulas Contratuais Gerais [*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*] estão disciplinadas dentro do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), passando, pois, a fazerem parte do Código Civil alemão. No Brasil, por realidades culturais, as relações contratuais de consumo estão disciplinadas em um microsistema próprio, cujo eixo maior é o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim também o é com as relações trabalhistas, que possuem regulamento próprio, disciplinadas primordialmente na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Entretanto, tem-se, no Código Civil, o *centro de referência* (= sistema principal) do sistema de direito privado, com o qual demais subsistemas ou microsistemas de direito privado devem se comunicar.

Com isso, consagra-se a própria ideia de *sistema*, que, como pontua CANARIS, deve possuir duas características essenciais: a da *ordenação* e da *unidade*.<sup>3</sup> É dizer, falar-se em *sistema* significa trabalhar-se com a ideia de *unidade*, no sentido de junção de conhecimentos variados, e trabalhar-se também com a ideia de *ordenação*, no sentido de *concatenação*<sup>4</sup> (coordenação) desse conjunto de conhecimentos variados, sendo essas características *pressupostos da natureza científica da jurisprudência*.<sup>5</sup>

---

2 Sobre o tema, v., amplamente, DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da modernização do direito civil* (Aspectos gerais). Coimbra: Almedina, 2004, vol. I, *passim*.

3 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.<sup>a</sup> ed., § 1.<sup>o</sup>, I, p. 12, e § 2.<sup>o</sup>, II 2, pp. 77-79.

4 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3.<sup>a</sup> ed., VI, 1, a, p. 622: A «*exposição de um modo ordenado, que possibilite a visão de conjunto –quer dizer, na forma de um sistema– é uma das tarefas mais importantes da Jurisprudência científica*».

5 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.<sup>a</sup> ed., § 1.<sup>o</sup>, I, 1, p. 18.

Nesse contexto, é justamente essa ideia de *sistema*<sup>6</sup> que confere *cientificidade* ao Direito, fazendo com que se possa nominá-lo como *ciência* [Ciência do Direito].<sup>7</sup> Por isso, há quem defenda que trazer a ideia de *sistema* para o *direito* foi a maior contribuição do jusnaturalismo ao direito privado europeu,<sup>8</sup> experimentando grande evolução científica ao longo do século XIX,<sup>9</sup> especialmente Friedrich Carl von Savigny, e sua clássica obra *System des heutigen Römischen Rechts*.

Sendo que a noção de *sistema* não só confere *cientificidade* ao Direito, como se traduz, ainda, em elemento que também lhe confere *segurança* [segurança jurídica] e o torna apto à realização de seus valores.<sup>10</sup>

Assim também o é, no caso brasileiro, a relação que há, no tocante à propriedade de bens imóveis, entre *Código Civil* e o *Registro Imobiliário*,

---

6 Sobre a ideia e conceito de sistema, v. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, pp. 7-38.

7 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3.<sup>a</sup> ed., VI, 1, a, p. 622: «Um tal sistema garante em ampla medida não só a clareza, mas também a segurança jurídica; porque, nos quadros de um tal sistema, se ele fosse «completo», poder-se-ia dar a toda a questão jurídica uma resposta, por via de operação lógica do pensamento. Garante a ausência de contradição lógica de todas as consequências dele derivadas e com isso, segundo parece, a «cientificidade» da Jurisprudência, no sentido do conceito cientificista de ciência». V., também, CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.<sup>a</sup> ed., § 1.º, I, 1, pp. 15-16.

8 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 15.

9 FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 26.

10 CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.<sup>a</sup> ed., § 1.º, I, 2, p. 22: «Longe de ser uma aberração, como pretendem os críticos do pensamento sistemático, a idéia do sistema jurídico justifica-se a partir de um dos mais elevados valores do Direito, nomeadamente do princípio da justiça e das suas concretizações no princípio da igualdade e na tendência para a generalização. Acontece ainda que outro valor supremo, a segurança jurídica, aponta na mesma direcção. Também ela pressiona, em todas as suas manifestações — seja como determinabilidade e previsibilidade do Direito, como estabilidade e continuidade da legislação e da jurisprudência ou simplesmente como praticabilidade da aplicação do Direito — para a formação de um sistema, pois todos esses postulados podem ser muito melhor prosseguidos através de um Direito adequadamente ordenado, dominado por poucos e alcançáveis princípios, portanto um Direito ordenado em sistema, do que por uma multiplicidade inabarcável de normas singulares desconexas e em demasiado fácil contradição umas com as outras. Assim, o pensamento sistemático radica, de facto, imediatamente, na idéia de Direito (como o conjunto dos valores jurídicos mais elevados)».

de tal sorte que o *Código Civil* se apresenta como *sistema geral de direito privado* e do qual a *Lei de Registros Públicos* (Lei 6.015 de 1973) forma um *subsistema*, que com ele se comunica e se harmoniza, especialmente, para o que nos interessa aqui, naquilo que diz respeito ao registro de imóveis.<sup>11</sup>

Justamente por isso, há de ter, como de fato o tem, uma *harmonia principiológica* entre eles, como veremos em alguns princípios que ora destacamos.

## 2. PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Modernamente, não é possível tratar do direito de propriedade, especialmente da propriedade imobiliária, sem fazê-lo *a partir, e tendo-a em consideração*, de sua *função social*.<sup>12</sup> Isto porque, se a propriedade comumente é apresentada como um *direito absoluto* e que reúne um enorme feixe de poderes e faculdades nas mãos do proprietário.<sup>13</sup> Contudo, isso não significa dizer que o direito de propriedade deva ser compreendido como um *direito «ilimitado»*. O direito de propriedade é, nos precisos dizeres de Fabio Araújo, *pleno, mas não ilimitado*.<sup>14</sup> Nesse sentido, como já tivemos oportunidade de pontuar, nenhum direito é ilimitado ou (plenamente) absoluto, nem mesmo os direitos fundamentais, ainda que as *limitações (restrições) a direitos fundamentais se devam interpretar restritivamente*.<sup>15</sup> A suposta *absolutidade* dos direitos não se coaduna com o Estado Constitucional.<sup>16</sup> A Carta de Direitos elenca, em verdade, não apenas um

11 Nesse sentido, DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Do registro de imóveis-princípios gerais do direito e do direito civil, especialmente no direito das coisas e registro de imóveis (sua correspondência)*. In DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel et alii (coords.). *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 470.

12 Nesse sentido, v., também, DE ARAÚJO, Fabio Caldas. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, 3.ª ed., pp. 29-30.

13 V., p. ex., RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, 2004, vol. I, pp. 106-108.

14 CALDAS DE ARAÚJO, Fabio. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, 3.ª ed., p. 28.

15 RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 44-45. Na edição espanhola, v.: RODOVALHO, Thiago. *Abuso del derecho y derechos subjetivos*. Lima: Ara Editores, 2014.

16 Podem-se vislumbrar situações jurídicas em que se revele a absolutidade dos direitos fundamentais [*dignidade da pessoa humana, v.gr.*], mas em seu aspecto *negativo* [dimensão negativa dos direitos fundamentais, *status negativus*]; ou seja, a absolutidade não se revela no aspecto *positivo* [dimensão positiva dos direitos fundamentais, *status activus*] (aqui-

catálogo de direitos fundamentais (*Grundrecht katalog*), mas, ao revés, dentro da ideia de *situação jurídica*, um catálogo de direitos «e» deveres fundamentais (*Grundrechte und Grundpflichten*).<sup>17</sup>

Nesse contexto, modernamente, quando se fala em *direito absoluto*, para referir-se ao direito de propriedade, o é em oposição à ideia de relatividade dos direitos obrigacionais (*direitos relativos*), é dizer, à sua oponibilidade *erga omnes* (dever geral de abstenção), e também em razão de sua perpetuidade e poderes mais amplos sobre a coisa, ainda que atualmente mais restritos por força justamente da função social.<sup>18</sup> Esse é o sentido do CC bras. artigos 1228 e 1231:

Art. 1.228.- O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Art. 1.231.- A propriedade presume-se plena e exclusiva, até prova em contrário.

Deste modo, a *amplitude* dos poderes do proprietário deve ser lida «em consonância» com sua função social, o que resta claro na redação do §1.º do referido art. 1228: «§ 1. O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas».

---

lo que posso fazer em nome de um direito fundamental; direito de ir e vir, liberdade de expressão, etc.), mas pode eventualmente manifestar-se em seu aspecto protetivo, é dizer, naquilo que não permite que se faça ao titular de direito fundamental [v. RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 45. Na edição espanhola: RODOVALHO, Thiago. *Abuso del derecho y derechos subjetivos*. Lima: Ara Editores, 2014].

17 Fabio Caldas de ARAÚJO. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, 3.ª ed., p. 29. Sobre a noção de *situação jurídica*, conjugando *direitos e deveres*, v., também, entre outros, RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 24/51, em especial, pp. 38-51.

18 Cfr. GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, 2.ª ed., t. 1, p. 119. DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Do registro de imóveis-princípios gerais do direito e do direito civil, especialmente no direito das coisas e registro de imóveis (sua correspondência)*. In DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel et alii (coords.). *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 477-479.

A ideia de função social é um importante produto histórico justamente em face de certas absolutidades que eram admitidas no passado, especialmente em matéria contratual e de direito de propriedade,<sup>19</sup> como era na clássica disposição do Código Civil francês sobre a propriedade, em seu artigo 544: «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière *la plus absolue*, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements» (destacamos).

Nesse contexto, se os ideais da Revolução Francesa, quais sejam, da Igualdade, Fraternidade e Liberdade, marcaram profundamente o século XIX, fazendo com o que o indivíduo fosse o grande centro dos direitos, temos, de outro turno, que, nesse momento histórico, o ideal da fraternidade nunca se concretizou propriamente, culminando num modelo que acabou por gerar graves distorções, com concentração de riquezas, razão pela qual se começa a falar, no século passado, em *Welfare State*, em *função social*, em *socialidade*, *solidariedade*. Era a chamada crise do Estado *excessivamente* Liberal. Nesse sentido os dizeres de Arruda Alvim:

Os problemas sociais se avolumaram imensamente no século XIX, e houve, pode-se dizer, uma crescente falência do Estado liberal. O que se passou foi uma grande reação a esta prática radical de liberdade, sendo perceptível uma sensível modificação dos próprios referenciais do Estado. E as grandes alterações foram alavancadas a partir das Constituições.<sup>20</sup>

O autor se refere, especialmente, à Constituição Mexicana, de 1917, e à Constituição Weimar, de 1919.

Embora muitos coloquem a Constituição Weimar de 1919 como precursora do Estado Social, esta afirmação encerra uma grande injustiça para com os países de língua espanhola e portuguesa, como adverte o próprio Arruda Alvim,<sup>21</sup> posto que a Constituição Mexicana de 1917 lhe é

---

19 A esse respeito, v. RODOVALHO, Thiago. *Obrigações e Riscos*. In MIRANDA, Jorge (dir.). *O Direito*. Lisboa: Almedina, vol. IV, 2014, pp. 866/875. CALDAS DE ARAÚJO, Fabio. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, 3.ª ed., pp. 19-29.

20 DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Função social da propriedade*. In GOZZO, Débora, José Carlos MOREIRA ALVES e Miguel REALE. *Principais controvérsias no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

21 DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Função social da propriedade*. In GOZZO, Débora, José Carlos MOREIRA ALVES e Miguel REALE. *Principais controvérsias no novo código civil*. São



anterior e já trazia, em seu bojo, alguns preceitos desta nova realidade.<sup>22</sup>

Estas duas Constituições, em especial, representam a expressão deste movimento que começa no final do século XIX e atravessará o século XX: o *Welfare State*.<sup>23</sup>

Ambas têm, como ponto marcante, o fato de imprimir forte conteúdo social aos direitos e deveres dos cidadãos, marcando, portanto, a migração do individualismo para o solidarismo ou socialidade.

Assim, podemos destacar na Constituição Mexicana os seguintes excertos:

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa" [CF mex. 4].

\*\*\*\*\*

La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación [CF mex. 27].

E, na Constituição Weimar, destacamos os seguintes excertos:

Freedom of contract is the foundation of economic transactions, according to the laws. Usury is prohibited. Legal transactions offending good manners are invalid [CF al. 152].<sup>24</sup>

---

Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

22 Sobre o movimento social pioneiro do México, com o surgimento de sua Constituição Federal de 1917, v. amplamente Jorge CARPIZO. *La constitución mexicana de 1917*. México: Porrúa, 1983, 6.<sup>a</sup> ed., pp. 21-58, em especial: «La Constitución Mexicana de 1917 es el fruto del primer movimiento social que vio el mundo en el siglo xx» (p. 21).

23 Cfr. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, 2.<sup>a</sup> ed., pp. 183-205.

24 Constituição de Weimar (1919)  
«Art. 152.- Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig» (tradução livre: «Em matéria econômica vigora a liberdade contratual, conforme estabelece a lei. A usu-

\*\*\*\*\*

Property is guaranteed by the constitution. Laws determine its content and limitation.

Expropriation may only be decreed based on valid laws and for the purpose of public welfare. It has to be executed with appropriate compensation, unless specified otherwise by Reich law. Regarding the amount of the compensation, the course of law at general courts has to be kept open in case of a controversy, unless Reich laws specify otherwise.

Expropriations by the Reich at the expense of the states, communities or charitable organizations may only be executed if accompanied by appropriate compensation.

Property obliges. Its use shall simultaneously be service for the common best [CF al. 153].<sup>25</sup>

Sendo que essa interessante e moderna disposição da Constituição Weimar, ao dizer que *a propriedade obriga (Eigentum verpflichtet)*, ou seja, propriedade privada indissociavelmente ligada a um dever (= *propriedade-função social*),<sup>26</sup> encontra-se atualmente positivada na vigente Constituição Federal alemã ou Lei Fundamental (*Grundgesetz*) de Bonn, em seu art. 14 inc. II.<sup>27</sup> Igual sentido de obrigação (= *a propriedade obriga*), ainda que

---

*ra é proibida. Os negócios jurídicos contrários aos bons costumes são nulos»).*

25 Constituição de Weimar (1919)

«Art. 153.- Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste». (tradução livre: «A propriedade é garantida pela Constituição. Seus conteúdos e suas limitações decorrem das leis. A desapropriação somente poderá ser feita se atender ao bem comum e exista base legal para isso. Far-se-á sempre mediante adequada indenização, salvo se a lei do Reich dispuser em contrário. Caso haja litígio o valor da indenização poderá ser discutido nos tribunais ordinários, salvo se as leis do Reich dispuserem diversamente. O Reich somente poderá desapropriar os Estados, Municípios e coletividades de interesse geral mediante indenização. A propriedade obriga. Seu uso deve constituir, ao mesmo tempo, um serviço no mais alto interesse público»).

26 GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, 2.<sup>a</sup> ed., t. I, pp. 142 e 146.

27 Lei Fundamental de Bonn art. 14, inc. II: «*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich*

não expressamente positivado, pode ser extraído também de nossa Constituição Federal, ao assegurar o direito de propriedade e ao mesmo tempo limitá-lo através da função social.<sup>28</sup> Deste modo, em nosso sistema jurídico, é dizer, no Estado Constitucional brasileiro, o direito à propriedade é ao mesmo tempo um *direito fundamental* (*Eigentum als Menschenrecht oder Grundrecht*) e uma *obrigação fundamental* (*Eigentum als Grundpflichten*), no que se consubstancia a *dupla face do direito de propriedade* (direito-função).

E em que consiste essa *função social* (ou *dever/obrigação*) da *propriedade*? Não é possível *esgotar conceitualmente* o que seja *função social da propriedade*, cujo sentido há de ser *perene* e historicamente decantado ao longo dos tempos. Mas a *ideia* de função social há de ser *contextualizada* para extração de seu sentido no caso concreto. Assim, o fato de uma casa na praia ou no campo ser menos utilizada do que uma casa na cidade não quer significar, por si só, que ela não cumpra sua função social. Seu uso menor é consentâneo com sua própria natureza. Situação muito diferente ocorre, por exemplo, com aqueles imóveis com potencial de exploração econômica e sobre os quais recai um interesse social (coletivo) a que efetivamente ocorra essa exploração econômica (= cumprimento de sua função social). Assim, um imóvel vazio no centro da cidade de São Paulo (Brasil), por exemplo, ao qual não se dá exploração econômica (não se usa, não

---

*dem Wohle der Allgemeinheit dienen*». (tradução livre: «A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum»).

- 28 CALDAS DE ARAÚJO, Fabio. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, 3.<sup>a</sup> ed., p. 34. A esse respeito, *cf.* também: STF, Pleno, ADIn 2.213 MC/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 4.4./2002, DJ 23.4.2004: «O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5, XXXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. – O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade. A desapropriação, nesse contexto – enquanto sanção constitucional impositiva ao descumprimento da função social da propriedade – reflete importante instrumento destinado a dar consequência aos compromissos assumidos pelo Estado na ordem econômica e social. – Incumbe, ao proprietário da terra, o dever jurídico-social de cultivá-la e de explorá-la adequadamente, sob pena de incidir nas disposições constitucionais e legais que sancionam os senhores de imóveis ociosos, não cultivados e/ou improdutivos, pois só se tem por atendida a função social que condiciona o exercício do direito de propriedade, quando o titular do domínio cumprir a obrigação (1) de favorecer o bem-estar dos que na terra labutam; (2) de manter níveis satisfatórios de produtividade; (3) de assegurar a conservação dos recursos naturais; e (4) de observar as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que possuem o domínio e aqueles que cultivam a propriedade».

se loca, nem se coloca à venda), em pura especulação imobiliária, efetivamente não cumpre sua função social; assim também ocorre com grandes propriedades rurais às quais não se dê exploração econômica efetiva (propriedades rurais improdutivas ou com baixíssima produtividade). Ela igualmente não cumpre com sua função social. Em ambos os casos, é possível sua taxação especial pelo Estado (em se tratando de imóvel *urbano*), como forma de *estimular* o proprietário a dar-lhe efetiva exploração econômica e cumprimento à função social (ainda que se trate de hipótese de pouca utilização no Brasil, como é o caso da própria cidade de São Paulo, que convive absurdamente com inúmeros imóveis abandonados e sem uso em pleno centro da cidade, sem que se lhes imponha tributação especial a fim de estimular sua efetiva exploração econômica), e, em último caso, a possibilidade até mesmo de sua *desapropriação* pelo Estado, mediante o pagamento da justa indenização (= preço).<sup>29</sup> Observe-se que não se nega o direito ao não-uso ou o direito à especulação imobiliária,<sup>30</sup> contudo, eles são ilimitados, máxime quando há justo interesse público em sua efetiva exploração econômica, como se dá nos aludidos exemplos de imóveis rurais ou urbanos no centro da cidade de São Paulo.

Assim sendo, com o advento do *Welfare State*, o *contrato* e a *propriedade*, pilstras mestras do Código Civil francês, como expressão máxima dos ideais da Igualdade e Fraternidade, começam a sofrer limitações, e de ordem constitucional (embora, *naquela época*, as limitações se referissem mais aos contratos de trabalho).

---

29 Cfr. Constituição Federal brasileira, art. 182 §§ 2.º e 4.º, *verbis*:

«Art. 182.- A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. [...]

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. [...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I. Parcelamento ou edificação compulsórios;
- II. Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III. Desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais».

30 Nesse sentido, CALDAS DE ARAÚJO, Fabio. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, 3.ª ed., pp. 37-38.

Aqueles ordenamentos centrados no indivíduo começam a ceder espaço para uma nova ordem jurídica, tendo como base não mais o indivíduo em si mesmo, mas a *dignidade da pessoa humana*, e trazendo como mote o *princípio da solidariedade* (expressão do ideal da fraternidade) como fundamento e limite dos direitos individuais, na busca da construção de uma sociedade mais justa como objetivo expressado já no preâmbulo de nossa Constituição Federal,<sup>31</sup> e que, no caso brasileiro, obteve também consagração no atual Código Civil, atento às mudanças de paradigmas ocorridas nas sociedades modernas, e sob essa nova ótica é que os institutos deverão ser analisados no atual Código Civil brasileiro, como lembrava Josaphat Marinho:

Na apreciação comparativa do Código Civil Brasileiro de 2002 com o de 1916, o trabalho do intérprete avulta porque há que se distinguir entre um texto de sentido social e outro de tendência individualista – o Código novo vê homem, integrado na sociedade; o antigo divisou o indivíduo, com seus privilégios.<sup>32</sup>

Assim, desde a Constituição Mexicana de 1917, e da Constituição Weimar de 1919, o Estado, e, por conseguinte, o Direito, passam a ser vistos sob um prisma mais social, respeitando-se a individualidade [é dizer, sem negar os direitos subjetivos], mas permeando-a pela socialidade.<sup>33</sup>

31 Preâmbulo de nossa Constituição Federal: «Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil». **Sendo que, como já tivemos oportunidade de defender, em nosso sentir, «[o]s preâmbulos das Constituições afirmam princípios constitucionais e têm eminente natureza prescritiva, possuindo, portanto, nítido caráter jurídico, e como tal devem ser lidos»** (RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 157-158).

32 MARINHO, Josaphat. *Uma reflexão sobre o novo Código Civil*. In STOLZE GAGLIANO, Pablo e Rodolfo PAMPLONA FILHO. *Novo curso de direito civil-parte geral (abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002)*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. 1, 8.<sup>a</sup> ed., p. xix.

33 Nesse sentido, v. ETTORE NANNI, Giovanni. *A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada*. In LOTUFO, Renan. *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, caderno 2, p. 156.

### 3. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, TIPCIDADE E TAXATIVIDADE.

O ordenamento jurídico brasileiro adota, tanto no Código Civil, quanto na Lei de Registros Públicos, os princípios da legalidade, tipicidade e taxatividade.

Isso quer dizer que não há espaço de liberdade conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao particular para a criação ou modificação dos direitos reais. São direitos reais apenas aquilo que a lei disser (princípio da legalidade) em *numerus clausus* (princípio da taxatividade) e como a lei disser (princípio da tipicidade), é dizer, vedada está a *redefinição*, pelo particular, dos *tipos* de direitos reais criados pela lei.<sup>34</sup>

O *fundamento* para essa limitação à autonomia privada pelos princípios da legalidade, tipicidade e taxatividade é justamente o fato de os direitos reais se consubstanciarem em *direitos ditos absolutos*, ou seja, com eficácia *erga omnes*.

Esses princípios vêm espelhados nos artigos 1225 do Código Civil<sup>35</sup> e 172 da Lei de Registros Públicos.<sup>36</sup>

### 4. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA FÉ PÚBLICA

Com relação à propriedade imobiliária, o direito brasileiro, conquanto *inspirado e influenciado*, nesse aspecto, pelo direito alemão, não o

---

34 DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. «Do registro de imóveis-princípios gerais do direito e do direito civil, especialmente no direito das coisas e registro de imóveis (sua correspondência)». In DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel *et alii* (coords.). *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 472-476 e 483-489. V., também, GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, 2.<sup>a</sup> ed., t. 1, pp. 18-19.

35 CC art. 1225:  
«Art. 1.225.- São direitos reais: I. A propriedade; II. A superfície; III. As servidões; IV. O usufruto; V. O uso; VI. A habitação; VII. O direito do promitente comprador do imóvel; VIII. O penhor; IX. A hipoteca; X. A anticrese. XI. A concessão de uso especial para fins de moradia; XII. A concessão de direito real de uso».

36 LRP art. 172:  
«Art. 172.- No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, *inter vivos* ou *mortis causa* quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade».

adotou por completo, como consignou o próprio Clovis Beviláqua, autor intelectual do Código Civil brasileiro de 1916, que, nesta parte, encontra-se igual no atual Código Civil de 2002.<sup>37</sup>

Assim, o direito brasileiro não adotou o modelo francês, cuja eficácia translativa dos direitos reais se dá por pura força dos contratos (transferência *solu consensu*); mas, igualmente, não adotou, em sua plenitude, o modelo registral alemão, que consagra o princípio da abstração da causa, ou seja, a propriedade imóvel é adquirida e transferida pelo registro, abstraindo-se de sua causa, é dizer, sem ficar condicionado à validade do título que deu causa ao registro, havendo «completa adequação entre a situação fática do imóvel e a situação registrada».<sup>38</sup>

O Brasil, como dito, influenciado pelo modelo registral alemão, também tem no registro e no princípios da publicidade e da fé pública que decorrem do registro, o instrumento hábil à aquisição e à transferência da propriedade imóvel, contudo, sem abstrair de sua causa, de modo que o registro pode ser anulado se o título que lhe deu causa estiver viciado. Adotada, portanto, o modelo brasileiro uma *presunção iuris tantum* (em oposição à *presunção absoluta* do direito alemão)<sup>39</sup> decorrentes dos princípios da publicidade e da fé pública dos registros públicos, que permanecerão válidos até que eventualmente lhe sobrevenha anulação por meio de decisão judicial.

Assim há de ser no sistema registral brasileiro, pois o país, mesmo com todo avanço feito nos últimos anos, e com o fortalecimento do sistema registral, ainda sofre, infelizmente, com fraudes registrais (especialmente em áreas rurais, como no Estado do Mato Grosso, *v.g.*), o que, por si só, já impediria a pretensão a adotar-se um sistema de *presunção iuris et de iure* como o alemão, além dos problemas com as próprias fraudes em contratos.

---

37 BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, s/d, vol. II, 5.<sup>a</sup> ed., pp. 326-327 e 335.

38 MOREIRA LEITE, Iolanda. *Registro imobiliário e ação de retificação*. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Posse e propriedade - doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 532.

39 DE CARVALHO, Afranio. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, pp. 178-189.

Esses princípios vêm consagrados nos artigos 1245 a 1247 do Código Civil brasileiro,<sup>40</sup> e o eram ainda mais claros na redação do art. 859 do revogado Código Civil de 1916.<sup>41</sup>

## 5. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

A Lei de Registros Públicos, em seus artigos 225 e seguintes, consagra o princípio da especialidade ou da especificação, segundo o qual, para cada imóvel, faz-se necessário uma matrícula individualizada, em que se façam constar toda a cadeia de titularidades e de alterações que o imóvel porventura possa vir a sofrer, de modo a que o imóvel esteja *fielmente* retratado, evitando-se, assim, confusões entre proprietários e/ou entre propriedades.

Há, portanto, um duplo aspecto aqui, aspectos *subjetivo* e *objetivo*. *Subjetivo*, consistente na identificação das titularidades do imóvel, e *objetivo*, consistente na identificação das alterações que o próprio imóvel possa sofrer, sendo que na conjugação desses aspectos *subjetivo* e *objetivo* tem-se a plena e fiel identificação do imóvel.<sup>42</sup>

## 6. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE.

Por fim, o modelo brasileiro ainda adotada o princípio da continuidade, é dizer, para além da *especialidade* ou *especificação* do registro, é pre-

40 «Art. 1.245.- Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel».

«Art. 1.246.- O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo».

«Art. 1.247.- Se o teor do registro não exprimir a verdade, poderá o interessado reclamar que se retifique ou anule.

Parágrafo único.- Cancelado o registro, poderá o proprietário reivindicar o imóvel, independentemente da boa-fé ou do título do terceiro adquirente».

41 «Art. 859.- Presume-se pertencer o direito real à pessoa, em cujo nome se inscreveu, ou transcreveu».

42 DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Do registro de imóveis - princípios gerais do direito e do direito civil, especialmente no direito das coisas e registro de imóveis (sua correspondência)*. In DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel *et alii* (coords.). *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 468-469.



ciso que este também traduza um liame em toda a cadeia de mudanças de titularidade e de transformações por que passe o imóvel, registrando-se tudo aquilo que antecedeu o imóvel, em seus aspectos *qualitativo, quantitativo e descritivo*.<sup>43</sup>

Esse princípio é consagrado na Lei de Registros Públicos em seus artigos 195 e 222.<sup>44</sup>

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE ARAÚJO, Fabio Caldas. *Usucapião*. São Paulo: Malheiros, 2015, 3.<sup>a</sup> ed.

DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Do registro de imóveis - princípios gerais do direito e do direito civil, especialmente no direito das coisas e registro de imóveis (sua correspondência)*. In DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel et alii (coords.). *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

\_\_\_\_\_. *Função social da propriedade*. In GOZZO, Débora, José Carlos MOREIRA ALVES e Miguel REALE. *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das coisas*. Rio de Janeiro: Forense, s/d., vol. II, 5.<sup>a</sup> ed.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, 4.<sup>a</sup> ed.

CARPIZO, Jorge. *La constitución mexicana de 1917*. México: Porrúa, 1983, 6.<sup>a</sup> ed.

DE CARVALHO, Afranio. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2001, 2.<sup>a</sup> ed.

---

43 DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. *Do registro de imóveis - princípios gerais do direito e do direito civil, especialmente no direito das coisas e registro de imóveis (sua correspondência)*. In DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel et alii (coords.). *Lei de registros públicos comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 499.

44 «Art. 195.- Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro».

«Art. 222.- Em todas as escrituras e em todos os atos relativos a imóveis, bem como nas cartas de sentença e formais de partilha, o tabelião ou escrivão deve fazer referência à matrícula ou ao registro anterior, seu número e cartório».

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Conceito de sistema no direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

GOMES, Orlando. *Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, t. 1, 2.<sup>a</sup> ed.

RODRIGUES PEREIRA, Lafayette. *Direito das coisas*. Brasília: Senado Federal, 2004, vol. I.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, 3.<sup>a</sup> ed.

MOREIRA LEITE, Iolanda. *Registro imobiliário e ação de retificação*. In CAHALI, Yussef Said (coord.). *Posse e propriedade-doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARINHO, Josaphat. *Uma reflexão sobre o novo código civil*. In STOLZE GAGLIANO, Pablo e Rodolfo PAMPLONA FILHO. *Novo curso de direito civil-parte geral (abrangendo os códigos civis de 1916 e 2002)*. São Paulo: Saraiva, 2006, vol. I, 8.<sup>a</sup> ed.

DA ROCHA E MENEZES CORDEIRO, António Manuel. *Da modernização do direito civil*, v. I (Aspectos gerais). Coimbra: Almedina, 2004.

ETTORE NANNI, Giovanni. *A evolução do direito civil obrigacional: a concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada*. In LOTUFO, Renan. *Cadernos de direito civil constitucional*. Curitiba: Juruá, 2001, caderno 2.

RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Abuso del derecho y derechos subjetivos*. Lima: Ara Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. *Obrigações e Riscos*. In MIRANDA, Jorge (dir.). *O Direito*. Lisboa: Almedina, vol. IV, 2014.

\_\_\_\_\_. *Das Rechtsstaatsprinzip (O Princípio do Estado Democrático de Direito) e a Segurança Jurídica*. In DE ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel et alii (dirs.). *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 108, vol. 415, jan./jun. 2012.

SCHMIDT, Jan Peter. *Dez anos do art.422 do Código Civil-Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé na prática judicial brasileira*, artigo que será publicado em livro em homenagem ao Professor João Baptista Villela, gentilmente cedido pelo autor.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, 3.<sup>a</sup> ed.

# Las cláusulas valoristas\*

Felipe Osterling Parodi\*\*

Mario Castillo Freyre\*\*\*

**SUMARIO:** 1. Generalidades. – 2. Tipos de cláusulas. – 2.1. Cláusula oro y otros metales nobles. – 2.2. Cláusula mercadería. – 2.3. Cláusulas monetaristas. – 2.4. Cláusulas de escala móvil. – 2.5. Cláusulas referidas a fórmulas matemáticas. – 2.6. Cláusulas de indexación. – 2.7. Cláusulas de valor referidas a un índice de reajuste. – 2.8. Cláusulas de revisión periódica. – 2.9. Cláusulas de valor en función a determinadas unidades de referencia. – 2.9.1. Deuda contraída en moneda nacional, pero tomando

---

\* El texto del presente artículo ha sido extraído de la segunda edición del «Tratado de Derecho de las Obligaciones» (OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Tratado de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Thomson Reuters, 2014, 2.<sup>a</sup> edición, tomo III, pp. 931-964).

\*\* Felipe Osterling Parodi (Lima, 1932-2014), fue Doctor en Derecho y abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú (en donde se le nombró profesor emérito) y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. También fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Asimismo, fue Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, fue Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República, Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

\*\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).

*como referencia los índices de reajuste automático que establece el Banco Central de Reserva del Perú. – 2.9.1.1. El sistema de ajuste de deudas en el sector financiero. – 2.9.1.2. El sistema de ajuste de deudas en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero. – 2.9.2. Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia alguna otra moneda. – 3. ¿Deuda de dinero o deuda de valor? – 4. Las cláusulas valoristas y su relación con los intereses. – 5. Apreciación del medio jurídico peruano en torno a la regla nominalista y a las excepciones valoristas.*

## 1. GENERALIDADES

El artículo 1235 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1235.- No obstante lo establecido en el artículo 1234, las partes pueden acordar que el monto de una deuda contraída en moneda nacional sea referido a índices de reajuste automático que fije el Banco Central de Reserva del Perú, a otras monedas o a mercancías, a fin de mantener dicho monto en valor constante.

El pago de las deudas a que se refiere el párrafo anterior se efectuará en moneda nacional, en monto equivalente al valor de referencia, al día del vencimiento de la obligación.

Si el deudor retardara el pago, el acreedor puede exigir, a su elección, que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación o al día en que se efectúe el pago.

El artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984 plantea, no obstante, el principio nominalista adoptado por el artículo 1234, que las partes contratantes, de común acuerdo, puedan optar por un criterio valorista respecto de obligaciones contraídas en moneda nacional.

Esta situación obedece al impacto que ciertos acontecimientos económicos ostentan sobre el valor de las prestaciones dinerarias. Por ello, nuestra legislación ha previsto un mecanismo contractual que procura paliar los resultados desestabilizadores del equilibrio contractual que ciertos hechos económicos pueden generar.

Así, cuando los efectos de la depreciación monetaria se traducen sobre el valor de las obligaciones de dar sumas de dinero, introduciendo elementos que quebrantan la proporcionalidad y equivalencia en el valor de éstas, el Código Civil otorga a las partes la posibilidad de pactar una cláusula de estabilización, denominada también cláusula valorista, a fin de restablecer el equilibrio en las prestaciones y la equidad en la relación jurídica.

Cuando el dinero, por su desvalorización, no cumple su función de medida de los valores, surge la necesidad de encontrar un nuevo elemento que permita establecer la equivalencia en las operaciones de cambio.

Una forma de satisfacer tal necesidad la constituyen las cláusulas valoristas, puesto que éstas emplean patrones de referencia que reemplazan al dinero, en la función que acabamos de mencionar.

Por ello, se dice que la procedencia de las cláusulas valoristas resulta de una validez y utilidad indiscutibles.

Al respecto, conviene apuntar lo señalado por Eduardo Benavides,<sup>1</sup> quien, al abordar el tema de las cláusulas valoristas, expresa que cuando los hombres de negocios advierten que la realidad excedía largamente las previsiones contractuales que pudiesen efectuar, empiezan a pactar en sus contratos cláusulas de estabilización para protegerse de una serie de trastornos, como una devaluación futura o una posible alza sobreviniente de los precios.

En relación con las cláusulas estabilizadoras, según lo hemos expresado, se ha desatado una discusión doctrinaria acerca de su legitimidad. Se ha dicho que tales cláusulas contribuyen a crear una desconfianza en la moneda nacional, que atentan contra el orden público, pues al establecerlas se pone en tela de juicio el poder cancelatorio de la moneda; y, finalmente, que contribuyen a acrecentar la inflación.

De otro lado, los patrones comúnmente utilizados por los contratantes, a fin de mantener estable el valor de las prestaciones, son los siguientes:

- Metales nobles.
- Mercaderías.
- Monedas extranjeras.
- Índices de ajuste.
- Fórmulas matemáticas que intentan corregir los montos adeudados.

---

1 BENAVIDES TORRES, Eduardo. «El cumplimiento de prestaciones dinerarias en el Código Civil Peruano». En *Thémis* n.º 30, Revista de Derecho. Lima: Asociación Civil Thémis, 1994, p. 178.

## 2. TIPOS DE CLÁUSULAS

Ahora bien, según el patrón utilizado, podemos distinguir las siguientes cláusulas de estabilización:

### 2.1. *Cláusula oro u otros metales nobles*

Señalan Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>2</sup> que cuando el pago debe efectuarse en metálico y las partes añoran seguridad, pueden adoptar una cláusula oro, que puede revestir diversas formas, a saber:

- Cláusula pago en oro, mediante la cual deberá entregarse cierta cantidad de oro.
- Cláusula valor oro, a través de la cual el monto del pago en metálico, deberá ser el necesario para adquirir la cantidad de oro pactada.
- Cláusula pago en moneda de oro, mediante la cual el pago debe efectuarse en monedas de oro que todavía se encuentren en curso legal.

Además, señalan que la aplicación de este tipo de cláusula fue harto discutida. Así, por ejemplo, la doctrina clásica francesa inició una prédica contraria, argumentando que la cláusula oro promovía la inseguridad, la inestabilidad, el abuso; y, más aún, alimentaba un proceso inflacionario.

En tal sentido, los autores citados expresan que esta cláusula no posee una virtud propia que dé estabilidad a su valor, pues como mercadería que es, su valor fluctúa de acuerdo a las leyes de la oferta y la demanda.

Por otra parte, las cláusulas valoristas pueden, igualmente, referirse a otros metales preciosos. No obstante, conforme señala Eduardo Benavides,<sup>3</sup> estas cláusulas han perdido popularidad al haber aparecido otros factores de estabilidad mucho más sólidos y prácticos.

### 2.2. *Cláusula mercadería*

Dependiendo de la modalidad contractual, puede elegirse una cierta mercadería o su valor, como patrón de referencia de una cláusula valorista.

---

2 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Inflación y actualización monetaria*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1981, p. 340.

3 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 178.

A decir de Eduardo Benavides,<sup>4</sup> las cláusulas mercadería son aquellas que nos remiten el pago equivalente a un determinado número de unidades de productos que están en el mercado.

La elección de una mercadería determinada halla su razón de ser en la incidencia económica que ésta pueda tener en la economía del contrato.

Según anota el referido autor, en la medida en que la mercadería elegida juegue un papel importante en la base del negocio, esto es, en la estructura de costos o en el cálculo, aquélla cobrará sentido.

Este tipo de cláusulas pueden adoptar diversas modalidades:

- *Cláusula mercadería*: Mediante la cual se pacta el pago en una mercadería determinada, que será utilizada como un medio de cuenta distinto al dinero.

En este supuesto, pueden, a su vez, distinguirse como subespecies de las cláusulas mercadería, las siguientes:

- Cláusula trigo o cualquier producto agrícola.
- Cláusula referida a cabezas de ganado o precio de la carne.
- Cláusulas referidas a materiales de construcción.
- Cláusulas barril petróleo.
- Cláusula cobre.
- Cláusula uranio.
- Cláusula carbón.
- *Cláusula valor mercadería*: A través de la cual se pacta el pago en el valor de una mercadería, distinta al dinero, aunque el deudor se libera entregando el dinero suficiente para adquirir la mercancía elegida.

Es decir, que el objeto debido será una cantidad de dinero determinable en función del valor de una cierta mercadería.

### 2.3. *Cláusulas monetaristas*

Cuando se recurre a una moneda extranjera o a su valor, como cláusula valorista, nos encontramos ante una cláusula monetarista.

---

4 *Idem.*

Tal cláusula puede revestir diversas formas:

- *Cláusula moneda extranjera*: En cuyo caso el pago se determina en una cierta moneda extranjera.
- *Cláusula valor moneda extranjera*: Mediante la cual el pago se fija en relación al valor o cotización que una moneda extranjera pueda tener en el mercado cambiario.

Al respecto, Eduardo Benavides<sup>5</sup> señala que mediante este tipo de cláusula se establece que el pago se hará en moneda nacional, según el equivalente a cierta cantidad de moneda extranjera, para lo cual se utiliza el curso o tipo de cambio de dicha moneda a la fecha de pago.

Algunos autores han levantado sus voces criticando estas cláusulas por considerarlas atentatorias contra la moneda nacional, símbolo de la soberanía del Estado.

Por ello se ha dicho que los argumentos utilizados en su contra, ya no eran sólo los de la inseguridad y posibilidad del abuso, sino que la discusión incorporó justificaciones de índole patriótico y nacionalista.

Por nuestra parte, expresamos que lo que en verdad podría esgrimirse, serían las fluctuaciones del tipo de cambio o un posible control estatal sobre aquél, como argumentos contrarios a las cláusulas monetaristas.

#### 2.4. *Cláusulas de escala móvil*

Las cláusulas de escala móvil son aquéllas en las cuales las partes recurren a un patrón variable y flexible en su cuantía, o alternativo a algún otro patrón que se haya previsto en el contrato.

A decir de Benavides Torres,<sup>6</sup> las cláusulas de estabilización que se basan en métodos de escala móvil son comunes en contratos de obra, préstamos bancarios, contratos financieros, contratos de *leasing*, entre otros.

En relación a las cláusulas de indexación o de escala móvil, en ellas, a entender de Uribe Restrepo,<sup>7</sup> la suma base a la que está inicialmente obligado el deudor, es reajustada (al momento del cumplimiento) en una

---

5 *Ibidem*, p. 179.

6 *Ibidem*, p. 181.

7 URIBE RESTREPO, Luis. *Las obligaciones pecuniarias frente a la inflación*. Bogotá: Editorial Temis, 1984, p. 128.



cantidad proporcional a la variación experimentada por el índice que se haya escogido para esos efectos, durante el lapso transcurrido entre la fecha de la celebración del contrato y la fecha del pago. Agrega que este tipo de cláusulas buscan mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes en contratos que, por estar diferida en el tiempo su ejecución, se ven amenazados por la depreciación monetaria. De ahí que los índices escogidos por las partes sean comúnmente aquéllos que, en forma más o menos cercana, reflejan las fluctuaciones del poder adquisitivo de la moneda, como es el caso del índice de precios al consumidor, el índice de precios al por mayor, el índice de sueldos y salarios, etcétera.

### 2.5. *Cláusulas referidas a fórmulas matemáticas*

Según Benavides,<sup>8</sup> cuando las partes desean protegerse contra la inflación, pero también contra la devaluación, tienden a utilizar fórmulas polinómicas en las que se ponderan diversos índices o factores, según el peso que juegan en la estructura de costos del contrato.

### 2.6. *Cláusulas de indexación*

Las cláusulas de indexación son aquéllas en virtud de las cuales las partes acuerdan que la cuantía o monto de la deuda se actualice periódicamente, en función a ciertos indicadores económicos o de otra naturaleza.

Expresa Eduardo Zannoni,<sup>9</sup> que la indexación no es ni más ni menos que el sometimiento de la moneda a indicadores o índices que revelan la magnitud de su depreciación en un determinado lapso; de este modo, la suma original se reajusta al momento del pago de la deuda a los efectos de que el acreedor perciba una cantidad de dinero suficiente para mantener intangible el valor de cambio que la suma original representaba el día en que se contrajo la obligación.

### 2.7. *Cláusulas de valor referidas a un índice de reajuste*

Este tipo de cláusulas tiene similar naturaleza que las cláusulas de indexación; empero, se distinguen de éstas por utilizar un patrón distinto, cual es el de un índice ad-hoc que fija una entidad estatal.

---

8 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 181.

9 ZANNONI, Eduardo. *Revaluación de obligaciones dinerarias*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1977, p. 63.

## 2.8. *Cláusulas de revisión periódica*

Cuando las partes se comprometen a revisar cada cierto tiempo el monto de la prestación, nos encontramos frente a una cláusula de revisión periódica.

Eduardo Benavides<sup>10</sup> señala que la objeción que puede formularse en torno a este tipo de cláusula, es la referida al hecho de que las partes no se comprometen a hacer un reajuste efectivo, sino simplemente a revisar el monto de la deuda.

De este modo, si una de las partes no aceptase la actualización de lo debido, fácilmente puede advertirse la ineficacia de esta cláusula.

## 2.9. *Cláusulas de valor en función a determinadas unidades de referencia*

En palabras de Benavides,<sup>11</sup> durante un tiempo se utilizaron como anclas de estabilidad algunas unidades de referencia, como pueden ser: la remuneración mínima legal, las unidades de referencia tributaria, entre otras.

Empero, este tipo de cláusulas ha sido dejado de lado por la influencia que en ellas ejercen ciertas variables económicas.

Por otra parte, debemos señalar que la doctrina clasifica o divide a las cláusulas de estabilización en internas y externas.

En las primeras, o sea, en las internas, la mercadería o el índice escogido por las partes, guarda estrecha relación con los sujetos o con el objeto de la obligación. Sería el caso de la indexación de un préstamo a largo plazo otorgado para vivienda, en función del índice de precios de la construcción.

Las cláusulas externas emplean como patrón un índice muy general, o un indicador del todo ajeno a la actividad de las partes y al objeto de la obligación. Sería el caso de cláusulas en que la obligación se refiere al índice de precios al consumidor; o aludir al valor de un producto agrícola como índice de reajustabilidad de las prestaciones derivadas de un contrato de construcción urbana.

---

10 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 180.

11 *Ibidem*, p. 181.

Anota Uribe Restrepo que en algunos países la distinción entre cláusulas externas e internas ha servido para establecer criterios normativos sobre la validez o nulidad de las cláusulas no monetarias (se reputarían válidas las internas, y nulas las externas). Pero, en general, la actitud de la jurisprudencia frente a la licitud de las cláusulas no monetarias o cláusulas monetarias *latu sensu*, ha sido mucho más flexible que aquélla asumida frente a las monetarias *strictu sensu*, pues se considera que aquéllas no buscan burlar las normas de carácter público que regulan el sistema monetario de un país, sino evitar que los riesgos de la depreciación recaigan únicamente sobre el acreedor.

De otro lado, debemos precisar que el artículo bajo comentario, según hemos señalado, si bien permite a las partes referir el valor del monto adeudado a ciertos factores referenciales, sólo autoriza en forma expresa la utilización de los índices de reajuste automático que fija el Banco Central de Reserva del Perú, otras monedas o mercancías, siempre con la finalidad de mantener dicho monto en un valor constante.

En tal sentido, dentro de la hipótesis de la norma que venimos comentando, pueden establecerse los siguientes supuestos:

#### *2.9.1. Deuda contraída en moneda nacional, pero tomando como referencia los índices de reajuste automático que establece el Banco Central de Reserva del Perú*

Los problemas generados a partir de un proceso inflacionario afectan directamente a la economía; empero, a decir verdad, algunos de ellos se extienden sobre el radio de acción del derecho.

Uno de los problemas económicos a los que se debe enfrentar el derecho, es la depreciación monetaria, siempre que las relaciones jurídicas existentes se vean afectadas.

Frente a esta situación, se ideó una figura jurídica a la que se denomina sistema de ajuste de deudas o de reajuste al capital.

Dicha figura, como es lógico pensar, sólo tiene razón de ser en un contexto inflacionario.

Así, en junio de 1981, mediante Decreto Supremo n.º 136-81-EF, se establece un sistema de índice de reajuste de deudas, para permitir que el servicio del crédito corresponda a la capacidad de pago del prestatario desde que asume dicho crédito.

De este modo, a través de la referida norma, se otorga a las partes la posibilidad de convenir por acuerdo escrito, que el importe dado en mutuo y sus saldos se ajusten con el índice que fijará el Banco Central de Reserva del Perú. Asimismo, el pago de las deudas contraídas en moneda nacional puede referirse al índice que acabamos de anotar.

En igual sentido, y como ya lo señalamos, mediante Ley n.º 23327, del 24 de noviembre de 1981, se permitió a las partes; y, sobre todo, a las entidades financieras, ajustar en función de índices que fija el Banco Central de Reserva, los préstamos dinerarios de plazo no menor a un año.

Ahora bien, consideramos de sumo interés analizar por qué se estableció un sistema de ajuste de deudas en el Perú.

Al respecto, debemos señalar que el impacto inflacionario acaecido sobre el sector financiero peruano, en especial, durante las décadas de los años setenta y ochenta del siglo xx, ocasionó que el sistema vigente de crédito, propiciara la paralización del desarrollo de las actividades económicas de mediano y largo plazo. Nos referimos a las actividades agrícolas, pesqueras, industriales, mineras, manufactureras, entre otras, que, por su naturaleza, deben esperar, para ver sus réditos, entre tres y cinco años, aproximadamente.

Por ello, la contracción de las inversiones de mediano y largo plazo es consecuencia de un problema de diferencias en el tiempo entre el flujo de ingresos del proyecto y el flujo de pagos exigidos por las altas tasas de interés. Esto es, cuando el pago por concepto de intereses, además de ser excesivo, lejos de coincidir con los años de productividad de las inversiones, coincide con el período de maduración del proyecto, no sólo reviste de mayor riesgo y onerosidad a la operación emprendida, sino que muchas veces la retrae.

La inversión, según anota el profesor de la Universidad de Liverpool G.L.S. Shackle,<sup>12</sup> es una acción destinada a producir un rendimiento al cabo de un intervalo de tiempo. Esta acción se emprenderá si los resultados previstos hoy valen más que los medios más baratos para tal acción, valorados ambos en dinero actual.

---

12 SHACKLE, G.L.S. «Elasticidad del interés de la inversión». En *Teoría de los tipos de interés*. Barcelona: Editorial Labor, 1974, p. 101.

Por nuestra parte, estimamos que al encontrarse el pago de intereses entre los criterios a considerarse antes de adoptar una decisión de inversión, aquél se perfila como un factor determinante del nivel de gasto de dicha inversión.

Por ello rezan las teorías econométricas que la fijación de un tipo de interés cumple un papel trascendente en la función de producción del capital: mejorar la disponibilidad del crédito e incidir en la tasa de inversión.

La veracidad de esta afirmación se traduce en la escasa actividad de nuestro aparato productivo, la que puede advertirse nítidamente en la tendencia a la baja que presentó la demanda de créditos a largo plazo. Así, por ejemplo, el crédito destinado a la capitalización del sector agrícola disminuyó en seis años en un 54% —en términos reales— desde 1974.

El crédito hipotecario, clave por sus efectos sobre la generación de empleo y sus factores multiplicadores sobre otras industrias, en el período comprendido entre los años 1972 y 1979, cayó en un 78%.

De igual manera, los demás sectores, fundamentalmente aquellos referentes al desarrollo económico del país, se vieron afectados.

Esto obedece al hecho de que quien arriesga su dinero busca el desarrollo de un proyecto, que sin dejar de tener su componente de riesgo, logre en el más breve plazo recuperar la inversión y pagar los intereses del préstamo adquirido para llevarlo a cabo.

Frente a ello surgió la necesidad de contar con un mecanismo que fomentara el desarrollo de las actividades económicas de largo y mediano plazo, en aras de enrumbar al país por las rutas del crecimiento económico.

De este modo, el ajuste de capital se perfiló como una alternativa nueva y no excluyente del sistema de crédito que existía, a fin de contribuir a la expansión de las fronteras del planeamiento de inversiones a mediano y largo plazo.

Adicionalmente, es preciso señalar que la simple disminución en las tasas de interés aplicables a las operaciones de largo y mediano plazo, antes que resolver el problema, lo agravaría, ya que en una economía en que el ritmo inflacionario no se ha neutralizado, una significativa reducción de las tasas de interés conlleva la fijación de un interés real negativo,

el que por encontrarse por debajo de la tasa de inflación, descapitaliza al ahorrista, cuyo dinero depositado perdería su poder adquisitivo, desincentiva a potenciales ahorristas y, de otro lado, beneficia al usuario del crédito, quien sólo se verá obligado a pagar una tasa de interés barata, esto es, menor que el crecimiento de los precios.

En otro sentido, cabe señalar que el problema del pago de importantes sumas de dinero por concepto de intereses, en los primeros años de las inversiones de mediano y largo plazo, intentó ser resuelto mediante ciertas prácticas que a continuación anotamos:

- El uso de créditos en moneda extranjera, ya que ofrecen una escasa desvalorización y una ventaja, al poseer una tasa de interés referida al *prime rate o libor*, lo que la hace más baja que aquélla fijada para el crédito doméstico.
- El contraer créditos en moneda nacional, pero por montos mayores a los que realmente se necesitan en el proyecto de inversión, a fin de cubrir los altos pagos de interés en la etapa inicial de la inversión.
- La refinanciación sucesiva, en aras de afrontar con los préstamos auxiliares de otras instituciones financieras los pagos del préstamo principal.

No obstante, estas prácticas no se presentan como la respuesta más adecuada, toda vez que en términos de costo efectivo, aquéllas suponen mayores costos que los que se habrían de asumir, si se adoptase un crédito bajo el sistema tradicional.

Por otra parte, es menester señalar que la utilización de créditos en moneda extranjera dolariza nuestra economía, mientras que por depender el otorgamiento de un crédito financiero de la solvencia de las personas/empresas solicitantes, no todos los usuarios del crédito podrán incurrir en créditos por montos mayores a los necesitados.

La refinanciación sucesiva, por su parte, no da siempre buenos resultados, al margen de ser sumamente mortificante para el prestatario.

Es por ello que se optó por el diseño de un esquema nuevo de crédito, al que, según hemos señalado, se denominó sistema de reajuste de deudas.

Este sistema presenta una serie de bondades, las que brevemente anotamos:

- Al no ser excluyente del sistema tradicional de crédito, las operaciones pueden realizarse bajo un sistema u otro.

No obstante ello, debe considerarse que si bien el costo del crédito es el mismo, el sistema de ajuste de deudas, al trasladar en el tiempo las mayores amortizaciones y pagos por concepto de interés al período de productividad de la inversión, permite que el inversionista deba enfrentarse a aquéllos pasados los primeros años de la inversión, esto es, durante la etapa en la que existe una disponibilidad de liquidez.

- Con el sistema propuesto, el inversionista no paga menos, ni paga más, porque los montos a pagar en ambos sistemas de crédito, si bien difieren nominalmente, poseen un valor real idéntico.

Por ello, se ha dicho que la equivalencia en el costo efectivo del crédito, hace que el flujo de pagos en ambos sistemas, en valor actual, sea el mismo.

- Favorece la política antiinflacionaria, al evitar un incremento en las inversiones de corto plazo. Este tipo de inversiones, como sabemos, fortalecen un proceso inflacionario. Ello, en razón a que las actividades económicas de corto plazo, además de tener un propósito netamente especulativo, antes de contribuir a la producción de bienes y servicios, únicamente hacen posible la circulación de éstos, aumentando así la velocidad del dinero.
- El rendimiento de un crédito sujeto o no al sistema de ajuste de capital, es el mismo para la institución financiera. Esto significa que tal entidad se interesará en prestar bajo este sistema.

En tal sentido, es preciso anotar que la sumatoria de la tasa de interés y el índice de ajuste de deudas no es mayor a la tasa de interés que se cobra por las operaciones de crédito de mediano y largo plazo, porque ésta fue precisamente una de las cuestiones centrales que preocupó a las autoridades en el diseño de este tipo creditorio.

- Los especialistas han señalado, además, que el sistema propuesto no reporta menores pagos por Impuesto a la Renta por parte de las instituciones financieras, de modo que no se afecta al Tesoro Público.

Ello, en razón de que el reajuste que afecta a los saldos pendientes de pago se considerará como una forma de ingreso devengado, de manera tal que la totalidad del ingreso graduable no se verá afectado.

Ahora bien, debemos precisar que el establecimiento del referido sistema posee motivaciones e implicancias distintas, según la incidencia de aquél sobre las operaciones de crédito celebradas, de un lado, por las entidades financieras, y de otro, por los particulares o personas ajenas al sistema financiero.

En tal sentido, trataremos primero el significado de la aplicación del sistema de reajuste de capital en el sector financiero, para luego abocarnos a la importancia de su establecimiento en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero.

#### *2.9.1.1. El sistema de ajuste de deudas en el sector financiero*

Bajo una óptica financiera, el sistema de reajuste al capital importa un nuevo esquema de crédito que intenta resolver los problemas presentados por el financiamiento de los primeros años de los créditos de largo y mediano plazo en épocas de inflación.

El inversionista que concertó un crédito sujeto al sistema de reajuste de deudas deberá cancelar los mayores pagos por concepto de interés, cuando es más oportuno y posible hacerlo, esto es, pasados los primeros años de la inversión, a los que se conoce como período de maduración.

Ello es posible porque el referido sistema hace coincidir en el tiempo los mayores pagos del préstamo y sus intereses, con el período de productividad o mayores ingresos de la inversión.

Así, al constituirse el sistema de reajuste de deudas en una nueva modalidad de créditos que intenta fomentar la inversión de largo plazo, se ha diseñado una salida al entrapamiento que plantean las actividades de largo y mediano plazo.

Resulta de interés anotar que, a fin de paliar la problemática a la que nos hemos venido refiriendo, los inversionistas idearon formas ingeniosas de obtención de crédito, las que constituyen variantes del sistema de ajuste al capital.



Según se ha dicho, en los créditos obtenidos en moneda extranjera, la tasa *prime rate* o *libor* es el equivalente a la tasa de interés básica, y la tasa de devaluación sustituye al índice de reajuste de deudas para ajustar el principal obtenido.

De otro lado, cuando se contraen créditos por montos mayores a los necesitados, los desembolsos reajustan el valor original del crédito.

En cambio, cuando se solicitan préstamos auxiliares, se modifica el valor original del crédito, de modo que esta modalidad es también una forma rudimentaria de ajuste al capital.

Por otra parte, el ajuste de las deudas generadas por créditos otorgados vía intermediación financiera, se lleva a cabo mediante un sistema de corrección de deuda que intenta convertirse en una forma más equitativa de amortización del capital prestado durante la vigencia del crédito.

Ahora bien, según hemos venido señalando, el principal objetivo del sistema propuesto es el de reactivar las inversiones en actividades económicas de mediano y largo plazo. A fin de lograr un propósito de tal envergadura, quienes idearon el sistema de ajuste de capital tomaron en consideración que la tasa de interés, originalmente, refleja el costo de oportunidad del capital. Sin embargo, en épocas de inflación, dicha tasa intenta, además, restituir el poder adquisitivo del capital; así, el monto de la tasa de interés se elevará al ritmo de la depreciación monetaria, la que, durante un proceso inflacionario, se producirá, sin lugar a dudas, constantemente.

A decir de Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>13</sup> el interés cumple, tradicionalmente, la función de un seguro de garantía para cubrir el riesgo que corre el dueño del capital de que no se lo reintegren.

Esa función de cobertura hace que la tasa normal de interés pueda verse acrecentada en cierta medida, y ésta varía según la solvencia de la persona que deba reintegrar el capital y los riesgos de la operación en que se emplee el dinero.

Sin embargo, en épocas de inflación, la tasa de interés se ve totalmente deformada porque ingresa en ella un nuevo elemento, que en la

---

13 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, pp. 221 y 222.

práctica se cobija bajo el nombre de interés, aunque no es verdaderamente tal cosa, sino que tiende a cubrir la pérdida del valor que sufre el dinero como consecuencia directa de la inflación.

Por ello, se ha separado y extraído de la composición del monto de la tasa de interés el *quantum* destinado a restituir la depreciación monetaria del capital otorgado.

Así, la estructura de la tasa de interés para las operaciones de deudas contraídas bajo el sistema de reajuste representará el costo de oportunidad del capital, teniendo en cuenta los factores riesgo y tiempo de la operación.

Esto, como es evidente, conlleva al establecimiento de una tasa de interés más baja.

La restitución del valor del capital, en cambio, se efectuará mediante la aplicación del índice de reajuste de deudas al monto del capital original.

De esta manera, entonces, se logrará que los mayores egresos de una inversión de mediano o largo plazo coincidan en el tiempo con los mayores ingresos que aquélla puede generar.

Por otra parte, debemos anotar que este sistema se aplica únicamente sobre las operaciones activas de mediano y largo plazo de las entidades financieras; vale decir, el ajuste de las deudas no se aplica sobre los depósitos u operaciones pasivas.

El sistema propuesto es sólo una alternativa al sistema tradicional de crédito, no elimina ni sustituye a este último.

Antes de concluir con el tema, hemos de anotar simplemente que el sistema de reajuste al capital, financieramente, brinda la posibilidad de enfrentar menores pagos, por concepto de interés, durante el período de maduración de la inversión, con un costo efectivo idéntico al de un crédito obtenido bajo el sistema tradicional.

#### 2.9.1.2. *El sistema de ajuste de deudas en el ámbito contractual de las personas ajenas al sistema financiero*

Los efectos de una depreciación monetaria, resultante de un proceso inflacionario, igualmente alcanzan a las operaciones de crédito que los particulares celebran entre sí.

Ante ello, nuestros legisladores, a través del artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984, han establecido la posibilidad contractual de un ajuste o corrección en el valor de las deudas dinerarias, denominadas también deudas pecuniarias o monetarias.

Esta permisión expresa halla su razón de ser no sólo en la fundamentación económica que el sistema de ajuste de deudas encuentra en su aplicabilidad sobre el sector financiero, sino también en elementales principios de equidad.

Así, a fin de restablecer el equilibrio en el valor de las prestaciones contractuales, el sistema propuesto, mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista o de estabilización, pretende mantener en un valor constante el monto de una deuda contraída, toda vez que dicho monto puede verse afectado frente a la pérdida del poder adquisitivo del capital entregado, durante el período comprendido desde el día en que se contrae la obligación a la fecha de pago.

Es decir, siempre que se haya pactado expresamente en una de las cláusulas contractuales que el monto de una deuda contraída en moneda nacional, en caso de enfrentar una depreciación monetaria, será referido al índice de reajuste que fija el Banco Central de Reserva del Perú y podrá ajustarse según el sistema de corrección de deudas.

De este modo, el deudor se verá obligado a entregar a su acreedor el valor real de la cantidad originalmente prestada.

Expresa Eduardo Benavides,<sup>14</sup> que actualizar una deuda no quiere decir aumentarla, sino darle el peso que le corresponde, el que las partes le han querido dar, no sólo para el inicio, sino sobre todo para el cumplimiento.

Y para tal efecto, debemos señalar que el Banco Central de Reserva del Perú, en cumplimiento de lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 1235 del Código Civil peruano, publica, periódicamente, una relación sobre el índice de reajuste de deudas.

Así, bastará que las partes cuenten con el índice correspondiente a la fecha en que se debió pagar y el índice del día en que se hace efectivo el pago. En su caso, deberán procurarse además con tasas efectivas de inte-

---

14 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 176.

rés aplicables a las deudas sujetas al sistema de reajuste de capital desde el día del vencimiento de la obligación, dependiendo –evidentemente– del número de días de atraso de aquélla.

En otro sentido, queremos anotar las expresiones de Mosset Iturraspe, citado por Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>15</sup> quien, respecto al tema que nos ocupa, considera que la tesis valorista, en el campo contractual, suple dentro de un marco de justicia y equidad, la laguna legal existente frente a los efectos corrosivos de un proceso inflacionario.

Antes de concluir con este supuesto, precisa mencionarse una cuestión adicional.

Al establecer el artículo 1235 del Código Civil peruano que el monto de una deuda contraída en moneda nacional podrá referirse al índice de reajuste que fije el Banco Central de Reserva, se omite mencionar otros índices en virtud de los cuales podría ajustarse una deuda dineraria, lo que no constituye una crítica, pues dicha omisión se fundamenta en las razones que vamos a anotar más adelante.

Conforme apunta Benavides,<sup>16</sup> cualquiera de los índices que citamos a continuación pueden utilizarse, a fin de actualizar el valor de las prestaciones de dar sumas de dinero; éstos son, a saber:

- El índice de precios al consumidor.
- El índice de precios al por mayor.
- Los índices de producción manufacturera, minera, agrícola.
- Los índices de empleo.
- Los índices de variación de las reservas internacionales netas del Banco Central de Reserva del Perú.
- El índice de inflación especializado.
- El índice de precios de la construcción.
- El índice de tarifas públicas.
- Los índices del Producto Bruto Interno.
- Índices fiscales, comerciales, aduaneros, entre otros.

---

15 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, pp. 373 y ss.

16 BENAVIDES TORRES, Eduardo. *Op. cit.*, p. 182.

Es de resaltar que conforme lo establece la Circular n.º 027-84-EF/90, el índice de reajuste de deudas a partir del mes de septiembre de 1984 sería el equivalente mensual de la variación registrada en el índice de precios al consumidor de Lima Metropolitana.

#### 2.9.2. *Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia alguna otra moneda*

Como anota Uribe Restrepo,<sup>17</sup> ésta es la llamada «cláusula valor moneda extranjera». Así, según el citado autor, en la cláusula valor moneda extranjera el deudor se libera entregando una suma en moneda nacional referida a la cotización de una moneda extranjera, generalmente la del día del cumplimiento; como ocurre cuando el deudor se obliga a entregar el equivalente a mil dólares en moneda peruana. Aquí la moneda extranjera no figura en la obligación sino como moneda de cálculo. Según Juan Camilo Restrepo, a quien cita Uribe Restrepo, esta modalidad es frecuente en los contratos de seguros: «la prima, convenida en moneda nacional, se acuerda iría reajustada en la misma proporción como vaya subiendo la cotización de alguna moneda extranjera cada cierto tiempo».

En opinión de Uribe Restrepo, no es muy saludable el empleo de estas cláusulas en forma indiscriminada, puesto que en ocasiones la intención que mueve a los contratantes no es propiamente la de protegerse, sino la de especular con las fluctuaciones de los cambios; situación que se impediría, entendiéndose que la cotización conforme a la cual se calculará la cantidad debida en moneda nacional será la vigente al momento de celebrarse el contrato y no la que rija en el momento del pago. En otras palabras, al hacerse la conversión conforme a la tasa de cambio existente el día en que se originó la obligación, se busca proteger al deudor y se hacen recaer sobre el acreedor los riesgos de una devaluación de la moneda extranjera. De esta forma se esterilizan los términos de la obligación y se evita convertir el empleo de esas cláusulas en motivo de especulación y de enriquecimiento injusto.

De otro lado, conviene apuntar la diferencia existente entre una cláusula monetarista o de moneda extranjera y una cláusula dólar, toda vez que la primera está referida a las monedas extranjeras en general, sobre

---

17 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, pp. 124 y ss.

las que puede convenirse el pago de la obligación; éstas son las cotizadas en nuestro país:

- Euro.
- Dólar.
- Dólar canadiense.
- Yen japonés.
- Franco suizo.
- Libra esterlina.
- Bolívar fuerte venezolano.
- Real brasileño.
- Peso chileno.
- Otros.

La cláusula dólar, en cambio, está referida al dólar estadounidense o dólar de los Estados Unidos de América.

Jorge Mosset Iturraspe<sup>18</sup> recuerda que la admisibilidad de la cláusula «dólar» o «moneda extranjera» no ha sido pacífica. La doctrina, tanto autoral como judicial, se opuso durante mucho tiempo a ella en razón de tratarse de una cláusula monetarista, que trae al contrato interno o doméstico un bien extraño a las partes y a su ambiente económico; y le caben —por otra parte— críticas a las cuales escapan las cláusulas de estabilización o garantías económicas, índice de cereales, carnes, costo de vida, insumos, precios mayoristas, etcétera, que son propias o adecuadas —o pueden serlo en concreto— a la situación de las partes.

El propio Mosset Iturraspe ha insistido varias veces en la inconveniencia de las cláusulas monetaristas, por una pluralidad de razones, entre las que se cuentan las siguientes:

- (a) Por ser contrarias al orden público económico.
- (b) Por la desconfianza que trasuntan frente a la moneda nacional y al sistema económico nacional.
- (c) Por conducir a la agudización del proceso inflacionario.

---

18 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos en dólares*. Buenos Aires: Ediciones La Roca, 1990, pp. 122 y ss.

- (d) Por establecer una competencia con la moneda nacional en punto a la circulación forzosa, la estimación o determinación de los valores, el poder cancelatorio, etcétera.
- (e) Desde un ángulo práctico, en la medida en que tales cláusulas no guardan vinculación ni relación alguna – en la mayor parte de los casos en que aparecen –, con la situación económica concreta de quien debe, como deudor, soportar el pago de la obligación indexada sobre esa base.
- (f) Esa falta de conexión entre la moneda extranjera y el patrimonio, regido por otro patrón monetario lleva a un desfase y a muy graves consecuencias particulares; y, en mérito a la generalización de tales cláusulas, también comunitarias o sociales.

Un ejemplo de cláusula monetarista en referencia al dólar estadounidense, sería el siguiente:

El día de hoy se contrae una obligación de pagar una determinada cantidad de nuevos soles, por ejemplo cien mil, tomando como referencia el valor de esos soles con relación al dólar estadounidense.

Supongamos que el día de hoy esos cien mil nuevos soles representan treinta mil dólares. Esto quiere decir que el día del pago se deberá abonar una deuda en moneda nacional (soles), pero referida o equivalente a la cantidad de soles que sea necesaria para adquirir esos treinta mil dólares. Ello no quiere decir que se deban dólares (moneda extranjera); lo que se debe son soles, pero esta cantidad de soles podrá variar desde el día en que se contrajo la obligación hasta el día del pago, ya que se ha tomado como referencia el valor que dichos cien mil soles representaban ese día (con relación a los dólares), valor que deberá mantenerse el día del cumplimiento (pago).

Similar razonamiento al efectuado en relación con los dólares estadounidenses podríamos verificar no sólo respecto a otras monedas extranjeras, sino con referencia a cualquier mercancía, como sería el caso del cobre, del oro, de la plata, del café, etcétera. Pero, estos supuestos serán estudiados posteriormente.

El segundo párrafo de la norma analizada, el artículo 1235 del Código Civil peruano, está vinculado al momento que se tomará como referencia para efectuar dicho cálculo de valor. El tiempo previsto es el del día del vencimiento de la obligación.

Pero podría ocurrir, como antes lo expresamos, que el deudor no cumpla con efectuar el pago de su obligación dineraria el día en que debió hacerlo. En tal caso, el tercer párrafo del artículo 1235 otorga al acreedor de dicha prestación una opción en la ejecución de la deuda entre:

- (a) Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día del vencimiento de la obligación.
- (b) Que la deuda sea pagada al valor de referencia al día en que se efectúe el pago.

Si el día del vencimiento de la obligación el monto a pagar en moneda nacional resultase menor que aquél que se debería abonar el día en que el deudor decida hacerlo, el acreedor optará, sin duda, por la segunda posibilidad. Si ocurriese el supuesto contrario, el acreedor no vacilará en escoger la primera de ellas.

La razón de esta norma estriba en proteger los intereses del acreedor frente a un deudor que incumple su obligación; evitando, además, una posible especulación del deudor en su beneficio y en perjuicio directo de los intereses del acreedor.

### *2.9.3. Deuda contraída en moneda nacional tomando como referencia el valor de una determinada mercancía*

En las cláusulas de estabilización no monetarias, como expresa Uribe Restrepo,<sup>19</sup> a pesar de la gran variedad de modalidades que pueden revestir, se distinguen tres grandes categorías: cláusulas mercadería, cláusulas valor mercadería y cláusulas indiciarias o de escala móvil.

Así, en las cláusulas mercadería se conviene el pago mediante la entrega de una determinada mercancía distinta al dinero. Dichas estipulaciones no pueden considerarse, en rigor, como de corrección monetaria. Ellas excluyen la presencia del dinero, tanto en la obligación como en el pago.

Por otra parte, Uribe Restrepo al referirse a las cláusulas valor mercadería señala que en estas cláusulas la prestación sí consiste en la entrega de una suma de dinero. La extensión de esta obligación pecuniaria está referida al valor de un género distinto al dinero, que interviene sólo para

---

19 URIBE RESTREPO, Luis. *Op. cit.*, pp. 127 y ss.



ese efecto, como cuando el deudor cumple entregando el dinero equivalente al valor de mil barriles de petróleo.

### 3. ¿DEUDA DE DINERO O DEUDA DE VALOR?

De otro lado, consideramos preciso analizar si una deuda dineraria, al ser actualizada mediante una cláusula valorista, se convierte en una deuda de valor.

Al respecto, debemos señalar que mediante la inclusión contractual de una cláusula valorista, el pago de una obligación dineraria tendrá un monto determinable, puesto que éste se encontrará referido al patrón sobre el cual las partes han depositado su confianza, de modo que lo debido, al momento de contraer la obligación, no es ya una cierta suma de dinero, sino más bien un cierto valor.

Se ha dicho que el pacto de actualización de una deuda dineraria significa otorgarle el tratamiento de las obligaciones de valor, señalándose que dicha indexación importaría la «novación» de una deuda dineraria por una de valor, toda vez que las partes mediante una cláusula de estabilización se obligan a entregar una cantidad o suma de dinero corregida a tenor de la depreciación monetaria.

Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>20</sup> a la luz de las reflexiones de Félix A. Trigo Represas, Augusto Morello y Antonio Trócoli, señalan que esas obligaciones dinerarias deben ser consideradas como si fuesen obligaciones de valor, ya que lo que se debe, en definitiva, no es una suma de dinero, en cuanto tal, sino el poder adquisitivo, el «valor» que el dinero tenía al momento del nacimiento del derecho creditorio.

### 4. LAS CLÁUSULAS VALORISTAS Y SU RELACIÓN CON LOS INTERESES

Dentro del análisis de las cláusulas de estabilización es necesario anotar que éstas tienen una finalidad distinta de aquélla otorgada a los intereses, cual es, como hemos señalado con anterioridad, la de mantener el equilibrio del valor de las prestaciones objeto de obligaciones de dar sumas de dinero, al protegerlas de la depreciación o desvalorización monetaria.

---

20 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, pp. 114 y 115.

El devengamiento de intereses, en cambio, se produce: para compensar el costo de oportunidad del crédito otorgado o el aprovechamiento del capital prestado; o para indemnizar el retardo acaecido en el pago.

Se trata, pues, de dos materias distintas; por ello, sin temor a equivocarnos, podemos afirmar que en un contrato en el que se haya pactado una cláusula de estabilización, naturalmente procede el devengamiento de intereses de cualquier tipo.

A decir de Eduardo Zannoni,<sup>21</sup> el rubro de intereses y el correspondiente a la depreciación monetaria no son excluyentes entre sí. Ambos reconocen una causa diferente: los intereses, para compensar el perjuicio ocasionado por la privación temporaria del capital; en tanto que la compensación por depreciación monetaria se dirige a mantener indemne el patrimonio del acreedor que sufriría menoscabo si recibiese como reparación el monto del dinero originario en signo monetario envilecido.

Así también lo entienden Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos,<sup>22</sup> quienes al respecto señalan que resulta impropio denominar interés a ciertas escorias, entre las cuales cabe incluir, en primer lugar, el incremento de la tasa para cubrir la depreciación monetaria.

Esta aseveración pone de manifiesto, a nuestro modo de ver, la consecuencia lógica evidente en la aplicación de una tasa de interés que únicamente pretenda cubrir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, toda vez que, como señalan los referidos autores, se estaría disimulando la compensación por desvalorización monetaria bajo la apariencia de un mal llamado «interés».

Antes de zanjar la cuestión atinente a la compatibilidad del pago de intereses con el sistema de actualización de deudas, consideramos necesario anotar el planteamiento que Moisset de Espanés, Pizarro y Vallespinos<sup>23</sup> elaboraron en torno al tema. Al respecto, señalan los citados autores que en tanto se considere que el acreedor debe ser compensado por las pérdidas sufridas en forma total, producida la actualización de las obligaciones de dar sumas de dinero, cabe preguntarse si el acreedor tendría derecho a recibir una suma adicional por concepto de intereses.

---

21 ZANNONI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 131.

22 MOISSET DE ESPANÉS, Luis, Ramón Daniel PIZARRO y Carlos Gustavo VALLESPINOS. *Op. cit.*, p. 113.

23 *Ibidem*, p. 224.

La satisfacción del acreedor no opera únicamente con la actualización del crédito, pues, aunque por esta vía ha de recibir una cantidad nominalmente superior a la adeudada, en realidad —midiendo todo en valores— se le estará entregando exactamente lo mismo que le era originariamente debido. La actualización de los créditos, por lo tanto, no constituye obstáculo para que se admita la procedencia del derecho a percibir una compensación a la que generalmente se le da el nombre de «intereses».

## 5. APRECIACIÓN DEL MEDIO JURÍDICO PERUANO EN TORNO A LA REGLA NOMINALISTA Y A LAS EXCEPCIONES VALORISTAS

El artículo 1235 del Código Civil peruano de 1984 no ha estado libre de críticas, en nuestra opinión injustificadas. Una de ellas provino de un grupo de investigación de la revista *Thémis*,<sup>24</sup> que —si bien en el contexto de una época muy difícil— dentro de su trabajo titulado «Indexación y Derecho» sostenía que en el caso del artículo 1235 el legislador había dado esta prerrogativa únicamente a los contratantes, sembrando en nombre de una seguridad (seguridad que consiste en saber al momento de obligarse el *quantum* de dicha obligación) una gran injusticia, porque a falta de pacto los jueces tenían que guiarse por el principio nominalista; lo que —a entender de los autores en mención— hizo sin buscar un medio adecuado que logre la seguridad jurídica junto con la justicia que en este caso es recibir aquello que realmente se pactó.

Adicionalmente, se dijo que al relegar el principio valorista solamente a los acuerdos contractuales se estaba dejando de lado aquellos casos de responsabilidad extracontractual en que el deudor de la indemnización se ve favorecido por el envilecimiento diario de la moneda que fue utilizada para cuantificar el daño al momento de interponer la demanda, hipótesis en las cuales instituciones del Derecho Civil como la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación y otras no son aplicables.

Agregaba este grupo de trabajo que es en estos casos en que el juez se encuentra en la disyuntiva de ignorar el Derecho en nombre de la justicia o de ignorar la justicia en nombre del Derecho.

---

24 JIMÉNEZ, José Alfredo, Alberto REBAZA y Verónica ZAVALA. «Indexación y Derecho». En *Thémis*. Revista de Derecho, 1989, n.º 14.

Recordaba, además, que países como Argentina y Chile, que han convivido con una inflación similar, optaron por la justicia, pues su sistema jurisprudencial así se lo permitía, en tanto que en nuestro país es prácticamente imposible, puesto que si un juez no aplica la ley pertinente, en este caso el artículo 1234 del Código Civil, incurriría en prevaricato.

Por todas esas razones consideraron que la solución debía provenir de la legislación y que en ésta se aceptara el principio valorista. Precisa-ban que no creían que fuese necesario que se cometieran injusticias como las que se dieron en Chile y Argentina en el período de transición del nominalismo al valorismo judicial, cuando sobre controversias similares se emitían sentencias opuestas; sin embargo, eran conscientes de los perjuicios que podían sufrir en ciertos casos los deudores de una prestación cuando veían que ella era revalorizada, por lo que no podían — así lo manifestaban — dejar de lado las enseñanzas de la jurisprudencia, especialmente la argentina, la cual indexó, cuidándose de no causar un sacrificio excesivo al deudor.

Por nuestra parte, concluimos afirmando que la virtud del artículo 1235 del Código Civil peruano radica en que constituye una cláusula de salida al principio nominalista.

Es cierto que en el Perú de hoy, felizmente, carece de significación la pugnaz diferencia entre el nominalismo y el valorismo. La política económica permite toda clase de pactos en moneda extranjera o mercancías. Carecería, pues, de sentido, teniendo a la mano, por ejemplo, dólares estadounidenses, no estipular directamente en esta moneda, que sin dificultad alguna puede constituirse en la prestación *in obligatione*, para apelar a moneda nacional como objeto de la obligación y establecer de modo referencial, para el tiempo del pago, esa moneda extranjera.

Pero, no debemos olvidar dos realidades.

Primero, que en las décadas anteriores a la de los noventa del siglo veinte, el Perú ha sido un país tradicionalmente restrictivo para la contratación en moneda extranjera, y que ello determinaba, ante la obligatoriedad de pactar en moneda nacional, que el acreedor ocasionalmente deseara protegerse con la estipulación valorista.

Y luego, que ante el relativo criterio de permanencia que debe presidir la vigencia de un Código Civil, la conducción económica es mucho más fluctuante — a menudo errática — y nada hace predecir que una eco-

nomía hoy liberalizada, continúe con los mismos patrones de conducta durante todo el plazo de vigencia del cuerpo civil.

Además, la filosofía que inspiró a los autores del Código, fue que la generalidad de las transacciones comerciales a plazo se realicen en moneda nacional. Pero que en casos excepcionales — por ejemplo, en la venta de un bien inmueble a pagarse en cinco años — pudiera pactarse el valorismo, ya que de lo contrario, el envilecimiento de la moneda nacional durante ese lapso, y la correlativa revaluación del inmueble, generarían serios deterioros en un equilibrio contractual que las partes, sin duda, deseaban que prevaleciera.

De otro lado, debemos precisar que el Banco Central de Reserva del Perú viene publicando circulares sobre los índices de reajuste de deudas desde el mes de julio de 1981, habiendo adoptado ese mecanismo en virtud de lo dispuesto por el artículo primero del Decreto Supremo n.º 136-81-EF, publicado el 3 de julio de 1981.



# Apuntes sobre la Acción Pauliana en el Código Civil peruano de 1984

Juan Miguel Rojas Ascón\*  
Roger Vidal Ramos\*\*

*En memoria de mi Amado Padre, Roger Raúl Vidal Roldan, de quien siempre seguiré sujetando su mano.*

**SUMARIO:** 1. El incumplimiento contractual y sus remedios. – 2. La responsabilidad patrimonial del deudor. – 3. Fraude a los acreedores. – 4. La acción pauliana. – 4.1. Requisitos. – a) El *eventus damni*. b) El *consilium fraudis*. c) La existencia del crédito. 4.2. Consecuencias jurídicas de la Acción Pauliana. a) La ineficacia relativa. b) Frente a los terceros. 5. Supuestos de improcedencia de la acción. Los actos debidos.

---

\* Máster en Contratación Pública por la Universidad Castilla La Mancha-España. Árbitro inscrito en el Sistema Nacional de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Maestría de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú; con especialización y posgrados en Derecho Civil, Contratación Pública, Arbitraje Internacional y Arbitraje de Inversión en la Universidad de los Andes de Chile, Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad del Pacífico. E-mail: [jmrojas@pucp.pe](mailto:jmrojas@pucp.pe)

\*\* Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Candidato a Doctor por la misma casa de estudios. Profesor en la Universidad San Martín de Porres. Árbitro en procesos *ad-hoc* e institucionales, respecto a controversias surgidas en contrataciones estatales y comerciales. Socio del Estudio Vidal Abogados y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

## 1. EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL Y SUS REMEDIOS

Los remedios frente al incumplimiento contractual pueden ser definidos como el conjunto de facultades o de acciones que el ordenamiento jurídico atribuye al acreedor para reclamar su interés en la relación obligatoria, cuando tal interés quedó insatisfecho, recibió una satisfacción incompleta o tiene la posibilidad o el peligro de que la violación o la insatisfacción pueda producirse.<sup>1</sup>

La necesidad de contar con remedios frente al incumplimiento radica en que el lapso de tiempo entre el intercambio de promesas y su cumplimiento, crea incertidumbres y riesgos en la parte que ejecutó primero sus prestaciones. La no simultaneidad concede a una de las partes una ventaja estratégica, debido a que los agentes económicos «cooperan» en momentos diferentes. Este hecho genera incertidumbre para quien debe cumplir; en primer lugar, porque existe el riesgo de que el otro agente no cumpla con su parte después.<sup>2</sup> Las incertidumbres y los riesgos crean obstáculos para el intercambio y la cooperación.<sup>3</sup>

De lo mencionado, podemos manifestar que una de las funciones primordiales del derecho de contratos, consiste en proporcionar un conjunto de reglas y de mecanismos que garanticen su cumplimiento, que aseguren que los individuos satisfagan sus necesidades mediante acuerdos contractuales. De esa manera se garantiza el cumplimiento de lo acordado, permitiendo que el tráfico de bienes y servicios tenga lugar, y que éstos fluyan de las manos de quienes menos los valoren, a quienes los valoren más, que no son otros que aquéllos que estén dispuestos a pagar más por ellos.<sup>4</sup>

Así, en un plano netamente jurídico, podemos afirmar que el contrato permite dotar de «juridicidad» a las operaciones económicas, debido a que en el plano fáctico, estamos ante una operación económica, mientras

---

1 DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988, 2.<sup>a</sup> edición, vol. 1, p. 742.

2 BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. «La importancia de hacer cumplir los contratos: los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito». En *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 72.

3 COOTER, Robert y Ulen THOMAS. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 238.

4 PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, pp. 148-149.



que en el plano jurídico, estamos frente a una relación jurídica. Esta situación se manifiesta cuando los agentes económicos, a través de un acuerdo voluntario y autónomo, deciden llevar a cabo una operación económica. Esta operación implica la constitución de una relación económica que, por su relevancia, ingresa al mundo jurídico. Es así que se habla de una relación jurídica.<sup>5</sup>

En este sentido, cuando el Estado hace cumplir los contratos, genera incentivos para la cooperación eficiente, puesto que hace creíble un compromiso de cooperación; es decir, da credibilidad a un contrato; por el contrario, la inexistencia de mecanismos que permitan reducir el riesgo del incumplimiento implícito en una operación económica, llevaría a la frustración del intercambio o, en todo caso, el intercambio se realizará, pero produciendo una asignación subóptima de recursos.<sup>6</sup>

En otras palabras, la ley, con la finalidad de mantener íntegros los elementos constitutivos de la relación obligacional, atribuye al acreedor varios medios de tutela que pueden ser de naturaleza preventiva o subsiguiente, dependiendo de si son utilizados antes o después del incumplimiento.<sup>7</sup>

Estos mecanismos que utiliza el Estado para hacer cumplir los contratos, pueden dividirse en: a) medios de defensa preventiva que guardan al acreedor contra los peligros de la insolvencia; y, b) medios que protegen al acreedor. Atendiendo a la conservación de la garantía patrimonial (contra los actos de disposición) o dirigidos a prevenir su disminución.<sup>8</sup>

Estos remedios están dirigidos exclusivamente contra el deudor, debido a que la relación de garantía puede ser violada, únicamente, por quien está obligado a satisfacer la expectativa de prestación crediticia y tiene, al mismo tiempo, el poder de disponer de bienes sobre los que recae la expectativa del acreedor como satisfacción.<sup>9</sup>

---

5 BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *Ob. cit.*, p. 74.

6 BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. *Ob. cit.*, pp. 73-75.

7 BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de José Luis de los Mozos, tomo II, 1970, p. 350.

8 *Ibidem*.

9 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 403.

El tema objeto de nuestro estudio, la acción revocatoria, se encuentra ubicado dentro de la segunda clasificación conjuntamente con la simulación,<sup>10</sup> acción subrogatoria y el secuestro conservativo.<sup>11</sup> Debido a que es un remedio que busca conservar la garantía patrimonial del deudor a fin de que el acreedor pueda ver satisfecho su crédito; es por ello, que la acción revocatoria ha sido definida como un instrumento de control creditorio sobre la actividad *lato sensu* dispositiva del deudor.<sup>12</sup>

## 2. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL DEUDOR

La responsabilidad patrimonial del deudor es el fenómeno por el que los bienes del deudor están sometidos a la acción ejecutiva del acreedor, dirigida a conseguir para este último la realización de su interés cuando éste no haya sido satisfecho por el incumplimiento del deudor.<sup>13</sup>

Es decir, ante el incumplimiento del deudor, éste queda sometido a dos tipos de responsabilidad; la primera, formada por la obligación de resarcimiento del daño causado como consecuencia del incumplimiento (artículo 1321 del CC) y la segunda formada por el sometimiento de sus bienes presentes y futuros a la acción del acreedor insatisfecho.<sup>14</sup>

En este sentido, podemos afirmar que la responsabilidad patrimonial es la exposición del patrimonio del deudor a la ejecución de un crédito que no ha sido honrado por su acreedor. Ésta obedece a un principio general propiamente dicho, que ha recibido consagración normativa ex-

---

10 Sobre el particular, nos remitimos a nuestro trabajo: «La simulación en el Código Civil peruano de 1984». *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, n.º 217, pp. 105-112.

11 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 356.

12 JORDANO FRAGA, FRANCISCO. *La acción revocatoria o pauliana: algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*. Granada: Editorial Comares, 2001, p. 6.

13 GIORGIANNI, Michele. *La Obligación*. Barcelona: Bosch, traducción de la edición italiana de Evelio Verdera y Tuells, 1958, p. 153.

14 Sobre la responsabilidad personal y patrimonial del deudor se ha indicado que «ambas están destinadas a funcionar en caso de incumplimiento del deudor, ambas están, preordenadas, no tanto para asegurar el cumplimiento, sino para hacer que recaigan sobre el deudor las consecuencias del incumplimiento, y para hacer desaparecer los efectos dañinos de este último, para el acreedor». En GIORGIANNI, Michele. *Ob. cit.*, p. 154.

presa en algunos Códigos Civiles, como el español<sup>15</sup> y el italiano,<sup>16</sup> a tenor de los cuales, uno responde de sus deudas con todos sus bienes presentes y futuros.<sup>17</sup>

Asimismo, debe advertirse que el fundamento de la responsabilidad patrimonial descansa en un doble principio: (i) que las consecuencias del incumplimiento del deudor (cuando éstas no pueden ser eliminadas directamente a través de la ejecución forzosa en forma específica) son valoradas desde un punto de vista patrimonial, con referencia a una suma de dinero que representa el equivalente pecuniario del daño (responsabilidad personal), y (ii) que tal suma de dinero debe ser forzosamente obtenida (cuando el deudor no cumpla voluntariamente), mediante venta (o asignación) forzosa de sus bienes.<sup>18</sup>

Adicionalmente, por el principio de universalidad de la responsabilidad patrimonial del deudor, éste responde de sus obligaciones con todos los bienes que conforman su patrimonio. Este principio es mitigado por el principio de proporcionalidad, en el sentido de que, si en abstracto todo bien que compone el patrimonio del deudor está destinado a la satisfacción coactiva del derecho del acreedor, en concreto, el acreedor tiene el derecho de agredir [...] los bienes del deudor, sólo en los límites en los cuales ello sea necesario para obtener la realización de su interés.<sup>19</sup>

También, se debe añadir que la responsabilidad patrimonial no hace que nazca ningún deber para el responsable (por lo demás, ya vinculado para el cumplimiento de una obligación). Lo que ocurre en realidad, es

---

15 Código Civil español de 1889: «Artículo 1911.- Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros».

16 Código Civil italiano de 1942: « Artículo 2740.- Responsabilidad patrimonial. El deudor responde del incumplimiento de las obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros».

17 LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores, 2007, 2.<sup>a</sup> edición, p. 19.

18 GIORGIANNI, Michele. *Ob. cit.*, p. 161. Entendida así la responsabilidad patrimonial, no podría formar parte de la estructura obligatoria; en el Perú comparte esta idea: LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores, 2007, 2.<sup>a</sup> edición.

19 LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. *Danno e frode nella revocatoria ordinaria*. Milano: Giuffrè, pp. 125-126, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 361.

que el deudor que no cumple, se ve expuesto a la pérdida de sus bienes por iniciativa del acreedor.<sup>20</sup> Incluso, para cierta doctrina autorizada, la responsabilidad patrimonial del deudor representa el fundamento de la acción pauliana.<sup>21</sup>

El indicio más claro de la vigencia del principio general de la responsabilidad patrimonial del deudor, entre nosotros, es la regulación de la acción revocatoria, irrazonablemente inserta en el libro del Código Civil dedicado al negocio jurídico, bajo el título igualmente inexacto de fraude al acto jurídico.<sup>22</sup>

### 3. FRAUDE A LOS ACREEDORES

El término fraude tenía originalmente un significado objetivo, referido al daño. En este caso, el daño consistía en la frustración del derecho de crédito.<sup>23</sup> Así, en el derecho romano clásico, existían tres medios de disposición de los acreedores. Había en primer lugar: a) una acción pauliana *poenalis* con previo *arbitratus de restituendo* que nacía del ilícito constituido por el *fraus creditorum*: ilícito pretorio, que daba lugar a una acción para obtener una reparación pecunaria; b) un *interdictum fraudatorium* que era un medio recuperatorio del bien salido del patrimonio, basado sobre una resolución del magistrado; c) una *in integrum restitutio*, resolución rescisoria que era emitida por el magistrado con *iuris dictio*, resolución que eliminaba el acto de disposición, al menos en el campo del derecho pretorio.<sup>24</sup>

Posteriormente, los compiladores justinianeos trataron de eliminar, en la medida de lo posible, el carácter *poenalis* de la *actio*, manteniendo como presupuesto el ilícito (el fraude —*fraus*— entendido como conciencia y voluntad del deudor para disminuir con el acto de disposición, la garantía que sus bienes ofrecen a los acreedores) y de dar a este medio la función de recuperación, respecto de los bienes fraudulentamente enajenados.<sup>25</sup>

---

20 LEÓN HILARIO, Leysser. *Ob. cit.*, p. 20.

21 GIORGI, Giorgio. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1977, p. 301.

22 LEÓN HILARIO, Leysser. *Ob. cit.*, p. 20.

23 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. cit.*, p. 363.

24 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 395.

25 *Ibidem*.

En este sentido, el fraude — cuya expresión proviene del latín *fraus*, *fraudis*, y significa engaño, abuso de confianza que produce un daño — [...] consiste en la enajenación de bienes, a título oneroso o gratuito que realiza el deudor para evitar que su acreedor pueda ejecutarlo.<sup>26</sup>

Por lo expuesto, el deudor enajena en fraude de los acreedores cuando conoce que su patrimonio se encuentra en tal estado, que no puede realizar sin perjuicio de éstos, aquella disminución patrimonial, a que se dirige el acto de enajenación.<sup>27</sup>

Asimismo, cabe precisar que el acto de disposición no comprende sólo enajenaciones que hagan salir algún bien del patrimonio, sino también otros actos que empeoran la situación de quien los realiza; por ejemplo, someter a un vínculo bienes que antes estaban libres. Si bien el consentir una hipoteca no es ciertamente una enajenación, es un acto de disposición que puede ser afectado y que, además, se encuentra comprendido dentro de lo dispuesto en el artículo 196 del Código Civil peruano de 1984.<sup>28</sup>

Lo antes mencionado acontece debido a que las prestaciones de garantía pueden ser perjudiciales para el acreedor porque, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, se llega al mismo resultado de una alienación o de una asunción de deuda.<sup>29</sup>

Sobre este último punto necesita distinguirse si la garantía fue constituida contemporánea o posteriormente a la obligación garantizada. En el primer caso, no hay dudas. La garantía sigue la suerte de la obligación principal y es, por lo tanto, revocable si la obligación principal es fraudulenta; en cuanto al segundo caso, se admite la revocación contra los actos mediante los cuales el deudor concediese una garantía de un débito ya precedentemente contraído.<sup>30</sup> La constitución de la garantía aparece como

---

26 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: E.I.B.M., 1985, tomo IV, p. 313.

27 GIORGI, Giorgio. *Ob. cit.*, p. 314.

28 Al respecto, ver: BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de José Luis de los Mozos, tomo II, 1970, p. 405.

29 TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Milano: Giuffrè, 2003, 15.ª edición, p. 531.

30 En el mismo sentido: GIORGI, Giorgio. *Ob. cit.*, pp. 336 y ss.

un acto de libre voluntad del deudor; y, por lo tanto, nada compatible con el fraude.<sup>31</sup>

#### 4. LA ACCIÓN PAULIANA

La acción pauliana, llamada también revocatoria por el nombre del jurisconsulto que la introdujo, consiste en el poder atribuido al acreedor de hacer declarar ineficaces, en relación a él, ciertos actos de disposición sobre el patrimonio del deudor que irroguen perjuicio a sus derechos y hasta la concurrencia de esos mismos derechos.<sup>32</sup> Se trata de un instrumento que asegura la realización coactiva del derecho del acreedor.<sup>33</sup>

La *actio pauliana* también ha sido definida como *actio personalis arbitraria in factum*. Una acción dirigida a restablecer el patrimonio del deudor en la situación en que se encontraba antes de los actos fraudulentos; y todo esto, con el único fin de que el acreedor pueda conseguir lo que hubiera obtenido si el acto fraudulento no hubiese sido consumado.<sup>34</sup>

En el Perú, León Barandiarán definió a la acción revocatoria como aquella que obedece al propósito de proteger al acreedor frente a su deudor, dejando sin efecto el acto practicado por el último con un tercero en perjuicio del acreedor. Esta acción tiene por fundamento defender el patrimonio del deudor, en cuanto sirve de garantía a sus obligaciones frente a sus acreedores.<sup>35</sup>

La sanción del negocio jurídico es la revocación de los actos de disposición, en la medida necesaria para eliminar el perjuicio ocasionado al crédito de sus acreedores.

Así, la *causa petendi* de la acción revocatoria es aún hoy como en el derecho romano, el *fraus creditorum*, el cual debe ser analizado teniendo en cuenta su elemento objetivo y subjetivo. El elemento subjetivo consiste en la volición consciente, en la previsión del perjuicio que el acto de disposición supone para la garantía patrimonial y tratándose de un acto

---

31 GIORGI, Giorgio. *Ob. cit.*, p. 336.

32 BARBERO, Domenico. *Derecho Privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1967, tomo III, traducción de Santiago Santis Melendo, p. 142.

33 LEÓN HILARIO, Leysser. *Ob. cit.*, p. 20.

34 GIORGI, Giorgio. *Ob. cit.*, p. 300.

35 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del negocio jurídico*. Lima: Gráfica Morsom, p. 39.

anterior al nacimiento del crédito, exige que dicho acto fuese preordenado dolosamente a fin de perjudicar la satisfacción de acreedor.<sup>36</sup> No se precisa una maliciosa y consciente voluntad de perjudicar: basta el conocimiento del alcance del acto en cuanto pueda suponer un perjuicio a la garantía patrimonial.<sup>37</sup>

Sobre el particular, podemos afirmar que la norma del Código Civil peruano copió parcialmente el artículo 2901 del Código Civil italiano; con la salvedad de que este código insertó, con buena técnica legislativa, la figura de la acción revocatoria en el capítulo dedicado a los medios de conservación de la garantía patrimonial, junto con la acción subrogatoria y el secuestro conservativo.<sup>38</sup>

Sin embargo, en nuestra legislación, la sistemática del Código Civil italiano se perdió, pues, por causa de una importación normativa mal hecha, en la cual se confundió, además, la expresión «fraude a los acreedores» con la del fraude a la ley,<sup>39</sup> materia negocial, paradójicamente no regulada en nuestro Código Civil y que puede ser entendida como la realización del resultado de un negocio ilícito, a través de uno o varios negocios que no están prohibidos, y que dan lugar a la nulidad.<sup>40</sup>

Adicionalmente, deberá precisarse que no sólo el acreedor originario, sino también sus herederos o causahabientes con cualquier título, pueden incoar la acción revocatoria, debido a que esta acción es una garantía del crédito.

---

36 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, pp. 395-396.

37 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 396.

38 LEÓN HILARIO, Leysser. *Ob. cit.*, p. 21.

39 Como sabemos la Comisión de Reforma del Código Civil ha incluido el fraude a la ley dentro del articulado correspondiente al Título Preliminar con el siguiente texto: «Constituye fraude a la ley el acto que pretende un resultado contrario a una norma legal amparándose en otra norma dictada con finalidad diferente. El acto es nulo salvo disposición legal distinta y no impedirá la debida aplicación de la norma cuyo cumplimiento se hubiere tratado de eludir». Del mencionado texto, se advierte no uno sino varios errores; sin embargo, consideramos que uno de los más peligrosos sería, el hecho de que normativamente no se establezca que el fraude a la ley procede únicamente cuando se elude la aplicación de una norma imperativa y no cualquier norma legal, como lo prescribe el mencionado artículo.

40 LEÓN HILARIO, Leysser. *Ob. cit.*, p. 21.

### 1.1. Requisitos

- a) *El eventus damni*,<sup>41</sup> es un requisito de naturaleza objetiva que consiste en el perjuicio al acreedor.<sup>42</sup> Esto es, que del acto de disposición se siga un daño para el acreedor, porque no encuentra en el patrimonio del deudor, medios suficientes para satisfacerse.<sup>43</sup>

Asimismo, se debe advertir que el tercero que sabe que el acto de disposición patrimonial es lesivo para la garantía patrimonial de un acreedor, viola la obligación concreta de respeto de los intereses ajenos, la misma que representa una especie de aquel genérico deber de corrección, que frente a los demás incumbe a todos los miembros del cuerpo social.

Sin perjuicio de lo mencionado, para nosotros el ilícito que comete el deudor, llevando a cabo un acto de disposición en fraude de las expectativas de los acreedores, es un ilícito contractual, en el sentido de que se encuadra en una preexistente relación de obligación.<sup>44</sup>

Para cierta doctrina, el *eventus damni* debe ser calificado como injusto, *inuria*, y se materializa frecuentemente en la disminución de la garantía patrimonial que deriva del acto de disposición.<sup>45</sup>

Adicionalmente, se debe señalar que no es necesario que el daño sea actual, la revocatoria es también un remedio cautelar, por lo que basta un estado patrimonial del deudor, que deje prever su

---

41 Sin perjuicio de lo mencionado, se ha escrito que en la actualidad, el fraude resulta completamente ajeno a la disciplina de la acción revocatoria; en la medida de que el *eventus damni* parece haberse ampliado progresivamente, hasta ser identificada no sólo en la incapacidad del patrimonio del deudor para cubrir sus deudas, ni, por consiguiente en la depauperación que se haya verificado en el mismo como consecuencia del acto impugnado, sino y también en la simple mayor dificultad, onerosidad o incertidumbre de la realización coactiva del derecho del acreedor. En LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. *Ob. cit.*, p. 3, citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Ob. cit.*, p. 373.

42 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». *Ob. cit.*, p. 313.

43 BARBERO, Domenico. *Ob. cit.*, p. 142.

44 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 404.

45 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 400.



futura insolvencia y pueden ejercitarla los mismos, cuya obligación está sujeta a plazo o a condición.<sup>46</sup>

Al respecto, el Código Civil, en su artículo 195 prescribe:

El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él, los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito.

Por lo expuesto, no es imprescindible que el acreedor accionante tenga un crédito líquido y exigible, pues se admite que el acreedor pueda accionar, pese a que su crédito esté sometido a condición.<sup>47</sup> En efecto, los actos que pueden ser atacados por la acción revocatoria, son todos aquéllos de disposición o afectación patrimonial, pues la finalidad del remedio pauliano es la reconstitución del patrimonio del deudor que ha perjudicado a sus deudores.<sup>48</sup>

Asimismo, cabe precisar que no todo acto con el cual el deudor dispone de sus propios bienes está sujeto a revocatoria, sino sólo aquéllos que originen perjuicio por parte del deudor.<sup>49</sup>

En la medida de que, sin perjuicio de que la acción sería improcedente, pues lo que pretende el acreedor es evitarse un perjuicio que sólo sobreviene si el deudor, con el acto practicado con el tercero, disminuye su patrimonio, de modo tal que no responde por su deuda frente a terceros.<sup>50</sup>

Máxime, si tenemos en cuenta que, para los efectos del artículo 195 del Código Civil, se considera que las garantías, incluso por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores

---

46 BARBERO, Domenico. *Ob. cit.*, pp. 142-143.

47 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». *Ob. cit.*, p. 314.

48 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». *Ob. cit.*, p. 315.

49 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 172.

50 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Ob. cit.*, p. 40.

o simultáneas con el crédito garantizado. Norma que no tiene antecedentes en el Código Civil de 1936, y que se inspira en el artículo 2901 del Código Civil italiano, y que considera que las garantías, aun por deudas ajenas, son actos a título oneroso si ellas son anteriores o simultáneas con el crédito garantizado.<sup>51</sup>

Finalmente, la presencia del daño debe valorarse en relación a la acción propuesta, no pudiéndose considerar el daño de otros acreedores que no hayan demandado.<sup>52</sup> Asimismo, el Código Civil peruano señala que se presume la existencia de perjuicio, cuando el acto del deudor origina: 1) La imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida; o 2) Se dificulta la posibilidad de cobro.

- b) El *consilium fraudis* es un requisito subjetivo que consiste en la intención, por parte del deudor, de causar perjuicio a su acreedor o acreedores, [...] a este segundo requisito debe agregarse el *conscius fraudis*; es decir, el conocimiento que tiene el tercero que contrata con el fraudador, en cuanto al perjuicio que se irroga al acreedor o acreedores de este último.<sup>53</sup>

Sin embargo, debe precisarse que el *consilium fraudis*, no es la única condición de la acción; pues, en algunos casos, será exigible el *consilium fraudis* y en otros será suficiente la *scientia damni*; así bastará: a) la *scientia damni*, esto es, la conciencia o conocimiento del perjuicio que el acto irroga al acreedor, cuando dicho acto ha sido cumplido posteriormente al origen del crédito; en cambio, es necesario; y b) el *consilium fraudis*, esto es, la dolosa preordenación del acto se cumple antes que aquél surja.<sup>54</sup>

Con lo mencionado, la antigua disputa sobre si el elemento subjetivo del fraude consistía en la conciencia de perjudicar o en el *animus nocendi*, está ahora textualmente resuelta, sobre la base

---

51 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». *Ob. cit.*, p. 315.

52 BARBERO, Domenico. *Ob. cit.*, p. 143.

53 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». *Ob. cit.*, pp. 313-314.

54 BARBERO, Domenico. *Ob. cit.*, p. 143.

de la distinción de si el acto por revocar es anterior o posterior al crédito, con lo cual, está implícitamente resuelta, la disputa sobre si tenía relevancia la anterioridad o posterioridad del crédito respecto del acto fraudulento.<sup>55</sup>

Asimismo, se ha señalado que tratándose del deudor, el fraude resulta presumido siempre *iuris et de iure*, en el acto gratuito o en el oneroso, con el hecho de haber celebrado el acto por el cual resultó insolvente, desde que con ello sabe que su acreedor no puede ser pagado.<sup>56</sup>

- c) La existencia del crédito, pues el perjuicio del acreedor se produce cuando éste ya tiene un crédito existente, a la fecha en que se realiza el acto de disposición del deudor. Salvo, si el acto de disposición aunque anterior al nacimiento de crédito, hubiese sido preordenado dolosamente por el deudor con el propósito de perjudicar al futuro acreedor.<sup>57</sup>

Así, según nuestro Código Civil, si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, se requerirá: a) que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor; o b) según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.

En cambio, si el acto cuya ineficacia se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, se requerirá que: a) el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor.

En este extremo, el Código Civil, establece que se presume la intención de perjudicar al acreedor cuando el deudor dispuso de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor, y que se presume la intención dañina en el tercero cuando: a) conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito; o b) conocía o estaba en aptitud de conocer que el deudor carece de otros bienes registrados.

---

55 *Ibidem.*

56 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Ob. cit.*, p. 41.

57 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». *Ob. cit.*, p. 314.

En el primer caso, no hace falta el dolo, sino bastará la culpa, lo cual, evidentemente no excluye que pueda haber dolo. El conocimiento del perjuicio exigido por el Código Civil peruano de 1984, en su artículo 195, deja todas las posibilidades de que dicho acto sea doloso; pero que lo sea es, sin embargo, un plus respecto de lo mínimo exigido para que sea revocable.

En el segundo caso, está fuera de dudas que se necesita el dolo, según lo expresado en el mismo texto legal: «que [...] el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor».

Finalmente, interpuesta la pauliana, corresponderá al deudor y al tercero probar que el acto de disposición no causó perjuicio al acreedor, demostrando la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito.

## 1.2. Consecuencias jurídicas de la acción pauliana

### a) La ineficacia relativa

La acción revocatoria no es una acción de nulidad, sino una de ineficacia relativa de los actos impugnados. La validez o no del acto, la seriedad o la simulación, no están puestas en cuestión y, en consecuencia, las correspondientes acciones por otros vicios, no quedan prejuzgadas, sino que se las podrá hacer valer antes o después de la acción revocatoria, o simultáneamente con ella, en vía principal o subordinada; y, en general, siempre independiente.<sup>58</sup>

En este sentido, doctrina autorizada ha señalado que el acto de disposición no es nulo, porque es perfecto en sus elementos constitutivos y en sus presupuestos de validez. Si fuera nulo, entonces, no sería la revocatoria la acción que el acreedor debería ejercitar.<sup>59</sup>

En efecto, el acto de disposición descrito por el artículo 195 del Código Civil no representa un supuesto de ineficacia estructural, puesto que, tranquilamente, podrían cumplirse, en el acto negocial entre el deudor y

---

58 BARBERO, Domenico. *Ob. cit.*, p. 152.

59 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 407.

el tercero, todos los presupuestos, elementos y requisitos que conforman la estructura del negocio jurídico.<sup>60</sup>

Así, la finalidad que persigue la acción revocatoria, es la de dejar al objeto del acto de disposición dispuesto para la acción ejecutiva del acreedor, tendremos que el efecto que se debe paralizar es la sustracción del bien a la acción del acreedor para satisfacer sus expectativas en caso de incumplimiento del deudor.<sup>61</sup>

Es decir, con la acción revocatoria, el acreedor consigue una reintegración en su favor de la garantía patrimonial: reintegración que no hace entrar los bienes en el patrimonio del deudor como ocurre con el ejercicio de la subrogatoria; sino que sólo idealmente les hace entrar a este único fin: satisfacerse sobre el mismo bien que había sido enajenado. En otras palabras, el acto de enajenación, no es quitado de en medio en su integridad, sino únicamente es declarado ineficaz en la medida en que perjudica al acreedor que ejercita la acción.<sup>62</sup>

Otra consideración del carácter de la ineficacia es que ésta subsiste solamente en los límites del acreedor; es decir, el acto se torna ineficaz sólo para él, manteniendo su eficacia para todo otro sujeto distinto al acreedor que interpone la acción revocatoria.<sup>63</sup>

En este sentido, podemos manifestar que la acción revocatoria produce un tipo complejo de ineficacia, pues de un lado, en cuanto al acreedor, tenemos el fenómeno de la inoponibilidad del negocio;<sup>64</sup> y por el otro, un fenómeno de ineficacia relativa en torno a los efectos, porque no es necesario paralizar el efecto principal del negocio (traslativo) siendo suficiente hacer inoperante aquel efecto que ha sido considerado como efecto secundario, y solamente consecencial. Es decir, la posibilidad de sustraer el bien a la acción ejecutiva del mismo acreedor, consintiéndose,

---

60 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Ob. cit.*, p. 174.

61 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Ob. cit.*, p. 178.

62 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, pp. 407-408.

63 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Ob. cit.*, p. 179.

64 La inoponibilidad ha sido definida como la ineficacia del negocio jurídico o de otro hecho jurídico – en general, la irrelevancia de una relación – establecida por ley para proteger a terceros. En SANTORO PASARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del Derecho Civil*, traducción y concordancias de derecho español por A. Luna Serrano. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 320.

por ello, que se persiga al bien aun estando ya en la esfera patrimonial del tercero por una eventual transferencia.<sup>65</sup>

Asimismo, consideramos oportuno diferenciar la categoría de ineficacia relativa<sup>66</sup> de la llamada nulidad relativa. En el Perú, se ha escrito que: «el Código Civil no contiene una noción de nulidad en ninguna de sus manifestaciones (absoluta y relativa). Sin embargo, es preciso indicar que la noción implícita de la nulidad absoluta conduce al acto nulo, mientras que la de nulidad relativa, al acto anulable.<sup>67</sup>

Nótese de lo manifestado, el grave error en el que incurre el autor antes reseñado. En efecto, no se puede afirmar sin incurrir en un grave error conceptual, que la nulidad relativa, es igual a la anulabilidad. En efecto, la anulabilidad se diferencia de la nulidad porque protege intereses particulares, radicando incluso en ello, la facultad que tienen los privados de poder subsanar el negocio jurídico.<sup>68</sup>

En cambio, la nulidad protege intereses públicos; y, por lo tanto, es imposible de ser convalidada mediante el acuerdo de los particulares. Asimismo, se debe precisar que aquéllos que defendían la existencia de una nulidad relativa, afirmaban que el ser absoluto no era una nota nece-

---

65 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Ob. cit.*, p. 179.

66 Asimismo, debemos diferenciar la ineficacia relativa de la nulidad parcial, como hemos señalado, la ineficacia relativa se presenta cuando el negocio jurídico no surte efectos para determinados sujetos previamente establecidos por ley; en cambio, la nulidad parcial representa la consagración el principio *utile per inútile non vitatur*. En virtud de ello, estaremos frente a un supuesto de nulidad parcial, cuando la nulidad no afecte íntegramente el negocio jurídico sino sólo parte de su contenido expresado en disposiciones o cláusulas contractuales. Esta situación origina que el negocio jurídico siga surtiendo efectos, pero reducidos. Es decir, el sistema jurídico se vio en la necesidad de recortar la parte no esencial del negocio, debido a que los sujetos lo pactaron vulnerando los estándares mínimos de validez. Adicionalmente, debemos precisar que el artículo 224 del Código Civil se encuentra pésimamente redactado; así tenemos que sólo el primer párrafo regula la nulidad parcial, pues el segundo se refiere a un supuesto distinto, la sustitución automática del contenido del negocio jurídico. Por su parte, el tercer párrafo, está referido a una falacia jurídica: «nulidad de la obligación». Sin embargo, se debe entender que la *ratio* de esta norma es extender la nulidad del negocio principal a todos los negocios jurídicos accesorios que dependan de él, en virtud del principio: *Quod Nullum est nullum producit effectum*.

67 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, 8.ª edición, p. 488.

68 ROJAS ASCÓN, Juan Miguel. «La simulación en el Código Civil peruano de 1984». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, n.º 217, p. 109.

saría de la nulidad, y que al lado de la nulidad, en sentido estricto, existe una nulidad relativa. Es decir, radical como la nulidad en sentido estricto, pero con efectos solamente con relación a ciertos interesados exclusivamente legitimados para hacerla valer.<sup>69</sup>

En nuestro parecer un supuesto que se enmarque dentro de la conceptualización planteada, sin que compartamos su incorporación, sería el recogido por el artículo 195 del Código Civil, pues la ineficacia proveniente de la acción revocatoria genera una pérdida de efectos, sólo con relación al acreedor perjudicado en su derecho de crédito.<sup>70</sup>

Asimismo, la noción que, aparentemente, se maneja en torno al concepto de la nulidad relativa, sería la de una forma atenuada del rígido esquema de la nulidad, en el que se repiten, aunque sea en escala reducida, las características fundamentales de la nulidad.

A pesar del aparente apoyo legislativo y doctrinal que la nueva figura creada tendría, incluso en la normatividad comparada, se ha criticado duramente su aceptación dentro del sistema de ineficacias negociales, por ser ella esencialmente contradictoria. Un negocio que produce efectos para una de las partes, en forma tal que ésta no puede sustraerse a ellos; y, más aún, un negocio que produce efectos entre las partes y únicamente no produce efectos con relación a ciertos terceros, no pueden considerarse negocios nulos, sin que se altere la noción de nulidad.<sup>71</sup>

En este sentido, es impropio referirse a la nulidad, si la sanción analizada surte efectos para determinados sujetos y no para otros; o incluso, cuando ciertos sujetos son los únicos que pueden impugnar el negocio jurídico, en la medida en que la nulidad implica la carencia absoluta de efectos negociales. En consecuencia, si el negocio jurídico surte efectos para unos y no para otros, cual fuere su condición, estaremos frente a un supuesto de ineficacia relativa o inoponibilidad, y no ante un supuesto de nulidad.

---

69 CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Annullabilità assoluta e nullità relativa in Studi in memoria di B. Scorza*. Roma: Edizioni Sefi, 1940, pp.73 y ss .

70 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores, 2002.

71 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Ob. cit.*

Por las razones denotadas, es claro que, en nuestro entender, no puede aceptarse en nuestro sistema positivo la intromisión de la categoría específica de la nulidad relativa, puesto que ello colisiona con su necesario carácter absoluto, que emerge directamente de la previsión del artículo 220 del Código Civil.<sup>72</sup>

Finalmente, la sanción de inoponibilidad, es relativamente nueva en nuestra legislación, en tanto, nuestro actual Código Civil se apartó del criterio establecido por el Código Civil de 1936, que consideró a la acción revocatoria como una acción de nulidad.

b) *Frente a los terceros*

Según nuestro Código Civil, la declaración de ineficacia del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirientes de buena fe.

Ello se debe a que el sistema jurídico protege todas las adquisiciones de buena fe a título oneroso; en la medida en que ello garantiza un mejor y más seguro tráfico de bienes y servicios.

Sin embargo, ello no ocurre cuando estamos frente a negocios jurídicos gratuitos, debido a que en estos supuestos, la revocabilidad se sustenta en la contraposición de un *lucro captando* y un *damno vitando*. Si el acto es fraudatario, se debe preferir el derecho del acreedor y evitarle un daño frente al lucro que se deriva para quien adquiere gratuitamente.<sup>73</sup>

Así, en cuanto al tercero, no es preciso que haya tenido fraude en el acto gratuito, pues, al solicitar la revocación del acto, el acreedor obra de *damno vitando*; y al pretender el tercero que la acción del acreedor no tenga efecto contra él, procede de *lucro captando*.

En cambio, si el tercero obtuvo la cosa a título oneroso, frente al demandante que obra de *damno vitando*, dicho tercero, al pretender retener la cosa; o sea, que no le alcance la revocación, actúa también de *damno vitando*; y, por ende, debe preferírsele.<sup>74</sup>

---

72 *Ibidem*.

73 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». *Ob. cit.*, p. 315.

74 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Ob. cit.*, p. 41.



Como hemos señalado, en el caso de los actos gratuitos, el perjuicio al acreedor es evidente, pues se extrae del deudor un patrimonio sin que nada ingrese en su lugar, pudiendo caer con ello en la insolvencia.<sup>75</sup>

Así, en el supuesto de que judicialmente, se haya declarado fundada la acción revocatoria; y, por lo tanto, los bienes dispuestos por el deudor reingresen a su patrimonio, ¿a quién favorece el resultado?

Este resultado favorecerá únicamente al acreedor que demandó la revocación. A nuestro criterio, lo afirmado se sustenta en una interpretación *contrario sensu* del artículo 199 del Código Civil:

El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de ineficacia, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto ineficaz, sino después de que el *acreedor haya sido satisfecho*. (El resaltado es nuestro).

En otras palabras, el Código Civil reserva la satisfacción del crédito al acreedor que impugnó el negocio fraudulento, y no a todos los acreedores que no pudieron satisfacer sus acreencias, en tanto estamos frente a un supuesto de ineficacia relativa, que como vimos anteriormente, subsiste solamente en los límites del acreedor.

En atención a lo anterior, el acto de disposición patrimonial, sólo es ineficaz de manera exclusiva para el acreedor que impugnó el acto de disposición.

Adicionalmente, debe advertirse que, a diferencia de nuestro actual Código, el Código Civil de 1936 tuvo una norma expresa que señaló que el beneficio de la pauliana, aprovechaba a todos los acreedores por igual.<sup>76</sup>

Finalmente, el acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes, las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto ineficaz. Máxime, si la revocación sólo posibilita al acreedor a embargar y a hacerse pago con los bienes transferidos, aun cuando tales bienes se encuentren ya en el ámbito patrimonial del tercero adquirente. Quien sí los adquirió a título oneroso, podrá exigir el saneamiento correspondiente al *fraudator*.<sup>77</sup>

---

75 LEÓN BARANDIARÁN, José. *Ob. cit.*, p. 42.

76 En efecto, el artículo 1101 del Código Civil de 1936, estableció: «Anulados los actos del deudor, las ventajas resultantes de la revocación aprovecharán a todos los acreedores».

77 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». *Ob. cit.*, p. 315.

## 5. SUPUESTOS DE IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN. LOS ACTOS DEBIDOS

Al respecto, podremos iniciar nuestros comentarios con la siguiente interrogante: ¿se conocen actos de naturaleza jurídica incompatibles con el concurso del fraude?

Sobre el particular, no puede hablarse de fraude cuando el deudor cumple uno de aquellos actos, en los que debe hallarse en el ejercicio de un derecho inherentemente exclusivo a su personalidad.<sup>78</sup> En otras palabras, cuando el deudor satisface una obligación propia, no procedería la acción pauliana.

Sobre el particular, el artículo 198 del Código Civil peruano de 1984 establece que:

No procede la declaración de ineficacia cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta.

En efecto, no está sometido a la acción revocatoria el cumplimiento de un débito vencido, porque tal cumplimiento es, de todos modos, un acto debido. Y es así que, no habiéndose impuesto todavía (como en el derecho romano, la *missio in bona*), una *par condictio creditorum*, nada impide al deudor dar preferencia a uno de los acreedores que invoque frente a él un débito vencido.<sup>79</sup>

Sin embargo, dicha afirmación no ha sido pacíficamente aceptada por la doctrina; en tanto, se ha sostenido que existe fraude en el pago de deudas vencidas, cuando el pago constituye una gratificación. Es decir, cuando el deudor que tenía más débitos vencidos y no estaba en condiciones de pagarlos todos, hubiese pagado a ese uno espontáneamente; o cuando el deudor gravado hubiese sido invitado al pago por varios acreedores, y hubiese pagado a ese uno con preferencia a todos los demás.<sup>80</sup>

De lo expuesto, se advierte que la teoría de la gratificación no puede soportar un examen serio, en la medida de que se opone a los principios

---

78 GIORGI, Giorgio. *Ob. cit.*, p. 328.

79 BETTI, Emilio. *Ob. cit.*, p. 405.

80 GIORGI, Giorgio. *Ob. cit.*, p. 329.

racionales. En tanto, el deudor, al saber que no puede satisfacer por completo a todos sus acreedores, tiene la obligación de tratarlos por igual.<sup>81</sup>

## 6. BIBLIOGRAFÍA

1. BARBERO, Domenico. *Derecho privado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, tomo III, traducción de Santiago Santis Melendo, 1967.
2. BARCHI VELAUCHAGA, Luciano. «La importancia de hacer cumplir los contratos: Los remedios generales frente a la lesión del derecho de crédito». En *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*, Buenos Aires: La Ley, 2010.
3. BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, traducción de José Luis de los Mozos, tomo II, 1970.
4. CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Annullabilità assoluta e nullità relativa in Studi in memoria di B. Scorza*. Roma: Edizioni Sefi, 1940.
5. COOTER, Robert y Ulen THOMAS. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
6. DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1988, 2.ª edición, volumen primero, 1988.
7. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.
8. GIORGI, Giorgio. *Teoría de las obligaciones*. Madrid: Reus, 1977, p. 301.
9. GIORGIANNI, Michele. *La Obligación*, Barcelona, Bosch, traducción de la edición italiana de Evelio Verdera y Tuells, 1958.
10. JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana: algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*. Granada: Editorial Comares, 2001.
11. LEÓN BARANDIARÁN, José. *Manual del acto jurídico*. Lima: Gráfica Morsom.

---

81 GIORGI, Giorgio. *Ob. cit.*, p. 330.

12. LEÓN HILARIO, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Lima: Jurista Editores, 2007, 2.<sup>a</sup> edición.
13. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Lima: Jurista Editores, 2002.
14. PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. *La nulidad del negocio jurídico. Principios generales y su aplicación práctica*. Lima: Jurista Editores, 2002.
15. PASTOR, Santos. *Sistema jurídico y economía*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.
16. ROJAS ASCÓN, Juan Miguel. «La simulación en el Código Civil peruano de 1984». En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, n.º 217.
17. SANTORO PASARELLI, Francesco. *Doctrinas generales del derecho civil, traducción y concordancias de derecho español por A. Luna Serrano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
18. TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Milano: Giuffré, 2003, 15.<sup>a</sup> edición, p. 531.
19. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: E.I.B.M., 1985, tomo IV.
20. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, 8.<sup>a</sup> edición.

# La dación de Ley N.º 30403 y la inclusión del derecho al buen trato dentro de los alcances de la regulación a los niños y adolescentes

*Emilio José Balarezo Reyes\**

**SUMARIO:** *i. Introducción. – ii. Análisis de los aportes de la Ley n.º 30403. – 2.1. Artículo 1 de la Ley n.º 30403. – 2.2. Artículo 2 de la Ley n.º 30403. – 2.2.1. El castigo físico. – 2.2.2. El castigo humillante. – 3.1. Análisis de la primera disposición. – 3.2. Análisis de la segunda disposición. – iii. Disposiciones complementarias y modificatorias y su efecto en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes. – iv. Conclusiones. – v. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Con fecha 30 de diciembre de 2015 apareció publicada en las normas legales del diario oficial *El Peruano*, la Ley n.º 30403, la cual es sus escasos dos artículos, como en sus disposiciones complementarias modificatorias, ha traído consigo una reformulación de conceptos y su forma de aplicarlos, respecto a las facultades que tienen los padres de realizar las acciones del caso en la búsqueda de correctivos en el proceso

---

\* Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres, Universidad Privada del Norte-Filial Lima Norte y en la Universidad San Juan Bautista.

de formación de sus hijos, observamos que la norma bajo análisis, ha tenido como finalidad delinear de forma puntual las situaciones que, de índole reprochable, no podrían ser llevadas a cabo por los padres en desmedro de sus hijos, para lo cual utiliza el término «castigo» en dos modalidades que son definidas dentro del texto de la norma, como en el contexto en que se pueden presentar, y las consecuencias que éstas acarrearían.

En vista de que somos partidarios de una necesaria reflexión en torno a la ubicación y entendimiento de la presente norma, ya que modifica dos cuerpos normativos representativos como fundamentales en nuestro sistema jurídico, como son el Código Civil y el Código de los Niños y Adolescentes, siendo estos últimos los pilares del tratamiento jurídico de esta temática, reuniendo, fundamentalmente, en su texto, la derogación de dos artículos que, a nuestro criterio, encerraban un tratamiento repetido y duplicado de un mismo tema y la inclusión de un inciso que nos otorga la figura del «derecho al buen trato» hacia el niño, niña y adolescente, por parte de los padres y representantes legales, como también de forma horizontal entre los propios sujetos principales sobre los que se aplica la norma, como son los niños, niñas y adolescentes.

Es necesario expresar que estos cambios normativos nos dan el mensaje de inserción que tiene el Perú, en materia de aplicación a nivel internacional de principios, acorde con estos temas. Es preciso señalar lo que indica la profesora Fernández,<sup>1</sup> cuando indica lo siguiente:

Cabe destacar también que, gracias a la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, ha habido un cambio en el tratamiento jurídico de la niñez y adolescencia.

Concordamos con la citada especialista, debido a que la coyuntura actual como la presencia de principios transversales, nos indica que nuestro país no está aislado de la problemática que contrae la regulación jurídica en temas de niños y adolescentes, como también denota una adaptación e incorporación de preceptos que van más allá de los cuerpos normativos nacionales, sino que son de aplicación y reflexión transnacional, por ser estos temas de índole colateral, ya que no toca sólo aspectos jurídicos, sino también sociales.

---

1 FERNÁNDEZ, Marisol. *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2013, p. 189.

## II. ANÁLISIS DE LOS APORTES DE LA LEY N.º 30403

Debemos comenzar expresando que el tratamiento de este tema no es nuevo en las reflexiones jurídicas, como en los reconocimientos que se han llevado a cabo de los derechos y prerrogativas que tienen los menores y adolescentes en nuestro país.

Si bien es cierto no está regulado de forma directa y señalada de forma textual como lo ha hecho la presente ley, el tema que contiene ha sido tocado de la derivación de los preceptos fundamentales que tiene todo padre, de viabilizar la formación de sus hijos aplicando las correcciones del caso, guardando el respeto y los límites que éstos tienen como seres humanos.

Podemos encontrar una respuesta llevando a cabo la aplicación del concepto del interés superior del niño. Por ende, podemos expresar lo amplio y complejo de la temática, pues exige a los juristas como a los profesionales vinculados con ésta, una interpretación y aplicación extensiva de las normas, ya que las mismas encierran instituciones cuya protección y resguardo se hace imperativa como necesaria.

La Ley n.º 30430 nos trae nuevamente un tema relevante que se sostiene en la formación de los menores y las limitaciones razonables que los padres deben ejercer; realidad que conlleva la preocupación en la incidencia de la comprensión como la aplicación de la norma.

### II.1. Artículo 1 de la Ley n.º 30403

De la revisión literal del artículo primero de la ley materia de análisis, se observa que nos trae como mensaje principal la finalidad con la que fue dada la ley, que consiste en erradicar el maltrato físico y humillante.

Cabe indicar que estas dos situaciones no son lo mismo, ya que nos expresan figuras distintas.

En primer lugar, «el maltrato físico» es aquél también denominado corporal, mediante el cual se afecta el *soma* del niño, niña u adolescente. Éste puede ser materializado en forma privada mediante una cachetada, o un puñete por parte del padre o de un tercero.

También en el pasado existía otra modalidad que traería las mismas consecuencias, que sería el uso de implementos que habitualmente han sido empleados para este fin, como son la correa o el denominado «San

Martín», que es una especie de azote doméstico que en épocas pasadas era utilizado para este objetivo. Fuera la denominación utilizada para conceptualizar estos instrumentos, su presencia nos expresa una intencionalidad proclive a causar perjuicio y daño exacerbado; es decir, con ensañamiento extremo.

Cuando se hace referencia a la forma pública, creemos que el espíritu de la ley hace referencia a un acto en presencia de varias personas; familiares o no, que van a tener conocimiento de los hechos y de sus resultados sobre el menor, y que dichas consecuencias como las secuelas que se deriven, se impregnarán en la personalidad del menor o adolescente. Podemos citar como ejemplo de ello, el resentimiento y no ser proclive a la sociabilidad con otros seres humanos contemporáneos en edad y gustos.

Por otro lado, puede despertar la rebeldía desmedida en su comportamiento como en su forma de ser. Todos estos aspectos que tranquilamente se pueden concitar en el ser humano en esta etapa de su vida, destacando que se encuentra en un proceso de formación.

Somos de la opinión de que los autores de la norma debieron ser más puntuales en la redacción, indicando la exclusión de toda forma de maltrato, sea éste físico o psicológico, con la finalidad de dar precisión a las consecuencias reprochables de este accionar.

Un término que a nuestro criterio juega un rol importante, es el de la «humillación».

Lo primero que debe destacarse, es qué se entiende por este término, y creemos que hace referencia a aquella situación pública, en la cual el maltrato es llevado a cabo en presencia de otras personas.

La «humillación» es la exposición de los resultados del maltrato ante la sociedad, lo cual podrá originar situaciones de vergüenza y de rechazo por un lado, como también de burla y sorna, por otro, de parte de sus contemporáneos como de la sociedad, en general.

Esto último puede afectar la imagen como el concepto que tiene el menor u adolescente de sí mismo; situación que repercutirá en su proceso natural evolutivo como ser humano.

Otro punto que es necesario resaltar, es que el artículo primero exige la concurrencia, tanto del maltrato físico como de la humillación para hacer que la situación sea reprochable, y encaje en los requisitos que nos



expresa la ley; circunstancia que no se define en un alto porcentaje, ya que el maltrato puede darse de forma privada y de diferentes modalidades, como es el caso del maltrato psicológico. A esto hay que sumar el hecho de que muchas familias o personas que conocen de este tipo de situaciones, guarden reserva y tengan una óptica indiferente frente a los acontecimientos y hechos que producen los actos de maltrato, perjuicio y humillación a los menores.

El aspecto del tiempo está enmarcado en el artículo primero, cuando se señalan las etapas que, dentro del proceso de formación que pasa todo ser humano, se hace hincapié en las más sensibles, como son la niñez y la adolescencia; pues es justamente en esas etapas del proceso de formación de las personas – diríamos que las más importantes y susceptibles – en que los acontecimientos y hechos quedan para siempre marcados en la personalidad del ser humano. Estas experiencias se grabarán de manera secuencial a través de los recuerdos de estos hechos como de los lugares en donde sucedieron.

Muchas veces el ser humano no logra reponerse y encuentra como salida practicar estos mismos actos sobre otros menores u adolescentes, creando de esta manera una cadena de situaciones en donde la violencia y los perjuicios que ésta desencadena, están presentes.

Por último, el artículo concluye con la referencia a los lugares donde se podrían llevar a cabo este tipo de situaciones, comenzando por el hogar.

Una precisión por parte de los elaboradores de la norma hubiera sido importante, ya que el término «hogar» engloba una multiplicidad de aspectos.

Creemos que el sentido que ha querido darle la norma bajo análisis, es el de «casa», como lugar físico en el cual se desarrollan de forma continua las actividades del niño o adolescente con su familia.

Posteriormente, continúa su proceso de formación en la escuela, que entendemos abarca estas dos etapas a las que hace mención la norma y que es en donde transcurre el paso de la niñez a la adolescencia. Éstos son los principales escenarios en donde se dan las circunstancias más resaltantes, pues comienza la interacción con otras personas de su misma edad, tanto en el nivel primario como en el nivel secundario.

Asimismo, se hace referencia a la comunidad y creemos que el sentido de la ley ha querido hacer referencia a la sociedad o el grupo humano que frecuenta el menor u adolescente; es decir, sus amigos, el barrio en donde interacciona con personas de su misma edad, con sus mismos gustos, afinidades, etc.

Cuando se hace mención a los lugares de trabajo, creemos que se refiere al niño o adolescente que realiza actividades laborales; quien lo hace con los requerimientos que la propia ley de la materia exige; es decir, la regulación laboral juvenil es la que determina el régimen laboral y las condiciones en las cuales los menores ejercen sus labores, ya que en caso de no cumplirse, se estaría contradiciendo al sistema jurídico nacional en lo respectivo al respeto de los derechos que los niños y adolescentes tienen.

Ello motivaría a caer en situaciones que lindan con la explotación, la trata de personas, etc., supuestos que están sancionados, tanto a nivel nacional como a nivel internacional.

Para el caso de los adolescentes que laboren, lo adecuado sería que se den las condiciones para que el menor u adolescente prosiga y alcance su desarrollo integral; es decir, en el aspecto profesional como también personal. De igual manera, no deberían presentarse situaciones de discriminación por cuestiones económicas o raciales; por ejemplo, que pudieran afectar su futuro desempeño personal y laboral.

Un caso en el cual se podría producir la inclusión de la adolescencia en el ámbito laboral, es cuando las empresas de comida rápida, supermercados, etc., llevan a cabo el proceso de reclutamiento de personal ofreciendo capacitación y un buen ambiente laboral.

Concluye el artículo haciendo mención a «otros lugares relacionados», por lo que se hace referencia a todo ámbito donde se encuentra el niño o adolescente; es decir, a un *numerus apertus* que da una serie de posibilidades, no circunscribiéndolo a un aspecto particular por el dinamismo y el constante movimiento que realiza el ser humano a esa edad, como viajes, paseos, etc.

## **II.2. Artículo 2 de la Ley n.º 30403**

El artículo 2 se centra, sobre todo, en definiciones que engloban las dos grandes columnas sobre las que descansa la presente ley.

Creemos que las definiciones debieron ser un poco más puntuales; en algunos casos son muy generales y el uso indiscriminado de verbos hace que se le dé una interpretación no uniforme, porque el legislador ha querido que entendamos todas las posibilidades que sean factibles.

Es necesario indicar el concepto dado por el doctor Chunga Lamónja<sup>2</sup> cuando expresa en torno al maltrato y abandono, indicando lo siguiente:

Los menores, víctimas de maltrato y abandono, son aquéllos que sufren en forma ocasional o habitual actos de violencia física, sexual o emocional, tanto por parte del grupo familiar, como por parte de terceros o por miembros de las instituciones sociales.

### II.2.1. *El castigo físico*

Desde el inicio del desarrollo de este concepto, se hace la introducción al mismo mediante el uso del término «fuerza», pero no especifica qué tipo o clase de fuerza.

Creemos que la palabra debió ser establecida como aquel aspecto con el cual se causa menoscabo al menor, ya sea con un elemento externo, como puede ser un palo, correa, etc. o con el uso del propio cuerpo del padre, como es el caso de una bofetada o patada. Lo que destaca es el grado de intención o consecuencias; es decir, dolor e incomodidad corporal. Si ocurriera este segundo caso, sería como consecuencia permanente o secuela.

Un aspecto preliminar lo representan «las facultades de crianza y educación»; es decir, sólo aplicarlas cuando se rompen los lineamientos de la educación y su aplicación en la sociedad; por tanto, el Estado permite la corrección, pero no fuera de los extremos que acarreen excesos; y es justamente con esta situación, que culmina el inciso cuando explica que sale fuera de control y linda con lo que son situaciones en las que se podría configurar delitos. Esto último correspondería al fuero de la competencia penal.

---

2 CHUNGA, Fermín. *Derecho de Menores*. Lima: Grijley, 2001, 5.ª edición, p. 69.

### II.2.2. *El castigo humillante*

La figura del castigo humillante va de la mano con un análisis de dos términos que expresan como idea principal el desmedro del ser humano.

Esta norma señala en dicho inciso cuáles son las posibles consecuencias de la práctica de esta situación y establece que la categorización de este acto tendría como característica el ser «denigrante, desvalorizador, estigmatizante o ridiculizador», y que sea utilizado con fines correccionales hacia el menor. Esto perdería su sentido, ya que trastocaría el objetivo de la corrección.

Creemos que el sentido del inciso va de la mano con el hecho de que se produzcan actividades que traigan un cambio en la actitud y comportamiento, pero no que caiga en extremos de índole físico sino moral, que lindan con la presencia de la violencia psicológica, en vista de que las consecuencias quedarán impregnadas en su *psique* del niño; es decir, en su subconsciente.

Por último, destierra que la práctica del mismo traiga consigo la presencia de un delito contra el honor y la buena reputación.

## III. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y MODIFICATORIAS Y SU EFECTO EN EL CÓDIGO CIVIL Y EN EL CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

### III.1. *Análisis de la primera disposición*

Es en esta parte de la norma materia de examinación, donde encontramos el cambio más relevante en la primera disposición complementaria y modificatoria, que se da con la incorporación del artículo 3-A al Código de los Niños y Adolescentes, que encierra la figura del «derecho al buen trato». Somos de la opinión de que el mismo se encontraba esparcido, tanto en el Título Preliminar, como en el Libro Primero, en la parte correspondiente a los «Derechos y libertades» que tienen los menores. Lo que se ha buscado es darle una viabilidad puntualizando sus alcances y su realización.

En primer lugar, expresa que su aplicación es para todos los niños, niñas y adolescentes. Es así que encontramos el mensaje de la generalidad en su aplicación, y nos expresa la forma en la que ésta puede lograrse con armonía; brindando una buena educación que traería como consecuencia

una adecuada socialización de los niños, niñas y adolescentes, en la búsqueda de la formación integral del ser humano.

Esta responsabilidad corresponde a las personas que los tienen a su cargo; es decir, bajo su cuidado; y no sólo serían los padres, sino todos aquéllos que podrían ejercer la función de formación y tutoría de los menores. Asimismo, la norma acoge a los tutores, responsables y representantes legales, extendiendo la responsabilidad a los profesores, no importando la condición de que ejerzan su función en el ámbito privado o público.

Para nadie es un secreto el rol de los educadores en torno al papel que juegan para el ser humano; de allí la importancia de su preparación y compromiso.

Culmina el artículo rescatando una institución básica como la reciprocidad en el ejercicio de este derecho entre los menores. Podemos afirmar que hace referencia a que los principales receptores de la norma la apliquen a sí mismos, en el diario accionar que éstos tienen en su cotidiana interrelación con los demás; sobre todo, con sus semejantes.

De esta manera, debe desterrarse todo tipo de discriminación o preferencia que pueda crear diferencias reprochables dentro de nuestra sociedad. Esto aseguraría la formación de una sociedad igualitaria basada en principios y valores claves de aplicación desde una temprana edad.

### ***III.2. Análisis de la segunda disposición***

Dentro de este ámbito vemos que la dación de esta ley se sostiene en la derogación de dos incisos que van de la mano con la regulación especializada para esta temática, como son el Código de los Niños y Adolescentes y el Código Civil.

Antes de la dación de la presente norma, el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 74, expresaba lo siguiente:

#### ***Artículo 74.- Deberes y derechos de los padres***

Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a) Velar por su desarrollo integral;
- b) Proveer su sostenimiento y educación;
- c) Dirigir su proceso educativo y capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;

- d) *Darles buenos ejemplos de vida y corregirlos moderadamente. Cuando su acción no bastare podrán recurrir a la autoridad competente;*<sup>3</sup>
- e) Tenerlos en su compañía y recurrir a la autoridad si fuere necesario para recuperarlos;
- f) Representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad de ejercicio y la responsabilidad civil;
- g) Recibir ayuda de ellos atendiendo a su edad y condición y sin perjudicar su atención;
- h) Administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieran; y
- i) Tratándose de productos, se estará a lo dispuesto en el artículo 1004 del Código Civil.

Como podemos apreciar, la modificación descansa en excluir del texto legal el inciso d), el cual versaba sobre la corrección que deben ejercer los padres sobre los hijos acentuando que no se llegue con ésta a extremos. En caso esta situación escape a su control, podrán recurrir a la autoridad competente, que para estos efectos sería el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), a través del Inabif, la policía y fiscalía. Éstos, como órganos especializados, intervendrían en este tipo de situaciones.

Por su parte, el Código Civil se ha visto afectado en el artículo 423, el cual, antes de la dación de la norma materia de análisis, tenía el siguiente texto:

Artículo 423.- Son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

1. Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
2. Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.

---

3 Literal derogado por la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley n.º 30403, publicada el 30 diciembre de 2015.

3. *Corregir moderadamente a los hijos y, cuando esto no bastare, recurrir a la autoridad judicial solicitando su internamiento en un establecimiento dedicado a la reeducación de menores.*<sup>4 5</sup>
4. *Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.*
5. Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
6. Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
7. Administrar los bienes de sus hijos.
8. Usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004.

Antes de comenzar el análisis respectivo, es necesario indicar lo que el profesor Aguilar Llanos<sup>6</sup> manifiesta sobre los deberes y derechos de los padres que es oportuno acotar:

La concepción de patria potestad del derecho romano ha sido superada, ya no se concibe como la autoridad omnipotente del padre sobre los hijos, hoy existe consenso respecto a que la patria potestad tiene una serie de deberes de los padres para con sus hijos [...].

En el presente caso, la modificación ha recaído en el inciso tercero, el cual maneja la temática de la corrección a cargo de los padres, pero a diferencia del Código de los Niños y Adolescentes, señala de manera precisa que, en caso esta situación se salga de control y no pueda ser manejada por los padres o por las personas responsables que tienen a su cargo a los menores, se recurra a los jueces especializados en la materia, indicando que desean la internación del menor en un centro de reeducación.

---

4 Por medio de la segunda disposición final del Decreto Ley n.º 26102, publicado el 29 de diciembre de 1992, se modificaron los incisos 3 y 4 del presente artículo, sin embargo, el referido Decreto Ley no propone el texto modificatorio, y por esa razón se ha mantenido el texto original.

5 Numeral derogado por la segunda disposición complementaria modificatoria de la Ley n.º 30403, publicada el 30 de diciembre de 2015.

6 AGUILAR, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2008, p. 314.

Como se ha venido observando en los últimos tiempos, esto último no ha traído buenas experiencias, debido a la falta de capacitación como de lugares adecuados para este fin, ocasionándose consecuencias totalmente distintas a las esperadas, ya que, muchas veces, los menores o adolescentes salen de estas instituciones con graves problemas de conducta y son proclives, tanto a la violencia como a la delincuencia.

Como ya hemos expresado sobre la patria potestad:

Para un mejor enfoque, debe ser analizada primero como una institución tutelar; es decir, de protección, de guía; los padres con esa obligación moral deben asistir a sus hijos con el objetivo de llevar a cabo su realización personal.<sup>7</sup>

Esto nos lleva a resaltar el rol que ésta juega en la sociedad y su vigencia con los cambios normativos dados que no hacen más que resaltar el rol que tiene en el sistema jurídico nacional.

#### IV. CONCLUSIONES

- La presente ley refleja un proceso de adecuación a las nuevas vertientes en torno al reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como principales actores del devenir de la sociedad en búsqueda de otorgarles los instrumentos jurídicos adecuados que aseguren una formación integral en el ser humano, sobre todo en las etapas más susceptibles en donde el carácter y el concepto de sí mismo, se van consolidando al delinear su personalidad.
- Dentro de los objetivos de la ley están el establecer la igualdad de trato como idea rectora en el tratamiento jurídico de los niños, niñas y adolescentes, en búsqueda de la justicia como la equidad en el trato que se da a los futuros ciudadanos. Los temas recurrentes en esta norma no son nuevos, pero sí transversales y con la promulgación de esta ley, se ha buscado puntualizar el contacto con los menores, dentro de los límites que impone el ordenamiento, buscando de esta manera, un trato justo que valore,

---

7 BALAREZO, Emilio. «Una visión histórica y actual de la patria potestad en el ámbito normativo con especial atención en el Derecho peruano». En *Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Grández Editores, 2011, p. 190.



ante todo, al ser humano en formación.

- Las reformas no establecen criterios de tratamiento uniformes con las nuevas tendencias en el reconocimiento, tanto jurídico como social, de los niños, niñas y adolescentes. El Perú, como país cuya normatividad en estos temas especializados está en proceso de adecuación, ha creído necesario que los derechos de los niños y adolescentes sean reconocidos mediante leyes que busquen un adecuado esparcimiento y difusión, con el objetivo de que lleguen a ser comprendidos a cabalidad este tipo de derechos, no sólo por los sujetos inmersos en labores jurídicas, sino por toda la sociedad, en general.
- El aporte del derecho a un buen trato que tiene todo niño, niña y adolescente, nos habla de un respeto a su condición de ser humano en formación, pero sobre todo, de responsabilidad de las personas que lo rodean en torno a los actos que éstos realizan con respecto a las maneras de enfocar por el camino correcto sus actos de conducta, con la finalidad de crear un ambiente adecuado para el desarrollo integral de la persona en su proceso de formación.

## V. BIBLIOGRAFÍA

1. CHUNGA, Fermín. *Derecho de Menores*. Lima: Grijley, 2001, 5.<sup>a</sup> edición.
2. AGUILAR, Benjamín. *La familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2008.
3. FERNÁNDEZ, Marisol. *Manual de Derecho de Familia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.
4. BALAREZO, Emilio. «Una visión histórica y actual de la patria potestad en el ámbito normativo con especial atención en el Derecho peruano. En *Libro de Ponencias del VI Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Grández Editores, 2011.



# ¿Se justifica el proceso de mejor derecho de propiedad? Respuesta necesaria a una innecesaria interrogante

*José Antonio Beraún Barrantes\**

*SUMARIO: i. Introducción. – ii. Sobre la acción reivindicatoria. – iii. Sobre el mejor derecho de propiedad. – iv. Respuesta a la pregunta planteada y conclusiones. – v. Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Con motivo de la sentencia de Casación n.º 500-2010-Cajamarca, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema, relativa a un proceso de reivindicación de bien

---

\* Juez Titular Especializado en lo Civil de Huamanga de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho. Abogado. Magíster en Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en Derecho Civil y Comercial y Candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Huánuco (UDH). Economista por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega (UIGV). Licenciado en Sociología por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Postdoctorado en Ciencias por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco (Unheval). Estudios Técnicos para Entrenador Profesional de Fútbol en la Escuela de Entrenadores de Fútbol de Lima (Eseful). Docente Universitario de pregrado en la Universidad Alas Peruanas de Ayacucho, y de posgrado en la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga (Unsch). Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil.

inmueble, ha surgido la interrogante que se plantea en el título de este trabajo: ¿se justifica el proceso de mejor derecho de propiedad?<sup>1</sup>

El Supremo Tribunal ha indicado que en un proceso de reivindicación,<sup>2</sup> donde el demandado alega tener derecho de propiedad sobre el bien de la controversia, es posible discutir el mejor derecho de propiedad:

[...] debe tomarse en cuenta que si bien el mejor derecho de propiedad puede solicitarse en vía de acción, ésta no es una acción real *stricto sensu*, sino que se puede discutir al interior de la acción reivindicatoria, en consecuencia, no es necesariamente una acción aparte o independiente de la reivindicatoria, sino que está incurso dentro de ella como una cuestión probatoria.

El pronunciamiento que referimos indica que la pretensión de mejor derecho de propiedad es «dependiente» de la acción reivindicatoria, llegando incluso a señalar que la compulsa de títulos de propiedad (característico de la acción de mejor derecho de propiedad), no es más que una «cuestión probatoria» de la acción reivindicatoria.

Es en ese sentido que surge la pregunta que en este trabajo queremos responder: ¿se justifica el proceso de mejor derecho de propiedad?

## II. SOBRE LA ACCIÓN REIVINDICATORIA

El derecho de propiedad, como derecho subjetivo, reconoce en favor de su titular distintas prerrogativas, las mismas que deben recibir, por parte del derecho, tutela o protección jurídica.

Así lo ha reconocido González Barrón (2003):

[...] la propiedad como derecho real está tutelado en forma directa a través de la reivindicatoria, cuyo fin es la recuperación del bien mismo. Por tanto, este instrumento de tutela busca proteger al propietario y su relación directa e inmediata con el bien; por ello es una institución propia de los derechos reales.

Así vista, la acción reivindicatoria protege fundamentalmente esa relación directa e inmediata del propietario con el bien, materializada,

---

1 Preguntas formuladas en el especial del mes de septiembre del 2011, de la Revista *Diálogo con la Jurisprudencia* n.º 156, que comenta y analiza esta jurisprudencia casatoria.

2 Que por su naturaleza busca recuperar la posesión del bien por su propietario, de quien lo tiene sin derecho.

sobre todo, en el *ius utendi*, o en el derecho de usar y tener la posesión del bien.

Por su lado, Borda (1994), sobre la acción reivindicatoria en el Código argentino, señala que:

El artículo 2758 define esta acción en los siguientes términos: la acción de reivindicación es una acción que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesión la reclama y la reivindica contra aquél que se encuentra en posesión de ella. Sin duda, ésta es una de las definiciones menos fáciles del codificador. Ante todo, es objetable que se emplee en la definición la misma palabra que se quiere definir, lo que vuelve oscuro el concepto. Pero la definición del artículo 2758 tiene otros defectos más graves. Se dice que la acción de reivindicación nace del dominio, cuando en verdad surge de cualquiera de los derechos reales que conllevan la posesión de la cosa. Tampoco es rigurosamente exacto que la acción nace cuando el propietario ha perdido la posesión, pues también la tiene en algunos casos en que nunca adquirió dicha posesión. Con mayor propiedad podría definírsela como la acción que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa para reclamarla de quien efectivamente la posee. Adviértase que decimos «el que tiene derecho a poseer» una cosa, no el que la posee. La posesión está amparada por las acciones posesorias y los interdictos; estos remedios no se otorgan para proteger el derecho a poseer, sino la posesión en sí misma. En cambio, la acción reivindicatoria se vincula con el título, con el derecho a poseer, con independencia de la posesión misma.

Según la definición de este jurista argentino, la acción reivindicatoria reemplazaría a la denominada acción de mejor derecho de posesión, pues se podría ejercer por quien tenga el derecho de poseer (usufructuario o acreedor anticrético, por ejemplo) y no sólo por el propietario.

Para nosotros, resulta claro que nuestra legislación civil ha reservado la acción reivindicatoria para el ejercicio sólo de quien es propietario del bien.

Al comentar el artículo 923 del Código Civil, y respecto a los atributos del derecho de propiedad, Arias-Schreiber (2006) menciona como uno de éstos:

El derecho de reivindicar el bien o *ius vindicandi*, mediante el cual el propietario recurre a la justicia reclamando el objeto de su propiedad y evitando la intromisión de un tercero ajeno al derecho (ej., recuperación de un bien, reconocimiento de la propiedad, etc.).

Es claro este jurista peruano, al recordar que el *ius vindicandi* asiste al propietario, aunque en sus ejemplos vemos que este derecho/acción no está reservado únicamente a la recuperación del bien, sino también al reconocimiento del derecho de propiedad; con lo que se podría verificar la posibilidad de discutir al interior del proceso incoado por esta acción, el derecho de propiedad del demandante.

Díez-Picazo y Gullón (2001), han señalado sobre esta acción en el derecho civil español:

El párrafo 2.º del artículo 348 consagra esta acción, al decir que «el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla». La acción reivindicatoria es, pues, la que compete a un propietario no poseedor contra quien posee la cosa indebidamente. Es una acción de condena y de carácter restitutorio, dado que con ella se trata de imponer al demandado la condena a un determinado comportamiento: dar, restituir la cosa. Es una acción real, como derivada de un derecho real, y ejercitable *erga omnes*.

Estos juristas españoles confirman que la acción reivindicatoria asiste sólo al propietario a fin de ser restituido en el uso o posesión del bien.

Finalmente, en nuestra doctrina, Gunther Gonzales Barrón (2003), ha señalado:

La reivindicatoria es el remedio de tutela por excelencia de la propiedad, por la cual el propietario reclama la entrega del bien cuando éste se halla en posesión de un tercero sin título alguno. Mediante ella, el propietario no poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución del bien respecto del poseedor no propietario. La reivindicatoria es una acción real; es decir, puede ser dirigida contra cualquier tercero que posea el bien.

En este sentido, la reivindicatoria ofrece grandes ventajas con respecto a cualquier otra acción personal, empezando por los remedios posesorios. Las ventajas de la reivindicatoria son de tres tipos: a) el actor sólo requiere la prueba de su propiedad, no requiere probar la existencia de una específica obligación de res-

tituir por parte del demandado, b) la reivindicatoria tiene éxito no sólo contra el usurpador, sino contra cualquiera que tuviese el control del bien luego de la usurpación, c) el legislador suele acordar a favor del reivindicante términos largos para ejercer su pretensión.

Como puede verse, también de la opinión de este jurista peruano, la acción reivindicatoria es una acción real, de tutela del derecho de propiedad — específicamente del atributo *ius utendi* de este derecho — y que asiste, así lo ha establecido la mayor parte de la doctrina, sólo al propietario del bien; incluso, cuando es posible la discusión de su derecho.

En conclusión, podemos afirmar categóricamente que, doctrinariamente, la acción reivindicatoria es una que busca la restitución, por el propietario, de quien tiene el bien sin derecho. No busca en esencia la discusión sobre títulos de dominio, sino más bien la condena de restitución para el demandado.

### III. SOBRE EL MEJOR DERECHO DE PROPIEDAD

Hay que señalar, en primer término, lo inadecuado de la denominación que se utiliza comúnmente en el quehacer procesal peruano para nominar esta acción: «mejor derecho de propiedad»; la denominación adecuada es: «acción declarativa de dominio o acción declarativa de propiedad», que busca que el juez declare al demandante titular del derecho de propiedad sobre el bien de la *litis*.

La crítica a su denominación por la práctica procesal, «mejor derecho de propiedad», viene, básicamente, a partir de lo absurdo que resultaría reconocer dos derechos de propiedad sobre el mismo bien, uno mejor y otro peor. Este reconocimiento de dos derechos de propiedad exclusivos sobre el mismo bien, afectaría el carácter de exclusividad u oponibilidad *erga omnes* del derecho de propiedad.

Sobre el reconocimiento de la acción declarativa de dominio, Gonzales Barrón (2003) señala que:

Si bien esta acción, a diferencia de lo que ocurre con la reivindicatoria, no está contemplada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, ello no es óbice para admitirla sin reserva alguna, pues en el derecho moderno no rige un sistema formalista para el ejercicio de las pretensiones, bastando que la petición del actor sea clara y se sustente en la voluntad de la Ley (art. 923 CC.).

Por su parte, Díez-Picazo y Gullón (2001) refieren que:

Así como la acción reivindicatoria no se detiene en la mera condena del demandado a que reconozca el dominio del actor, sino que aquél es condenado a la restitución de la cosa que detenta indebidamente, la acción declarativa de dominio, admitida por una constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, tiene como fin la condena del demandado a que reconozca el dominio del actor, simplemente, que discute o se atribuye ese derecho. Sin aspiraciones de reintegración de la posesión que detenta en ese proceso. La acción declarativa exige la prueba del dominio por el actor y la identificación de la cosa en iguales términos que la acción reivindicatoria, pero no que el demandado se halle en su posesión. La legitimación pasiva corresponde, pues, a los que nieguen o contesten simplemente el derecho de aquél.

Resultando clara la posición de los autores españoles, sobre todo en relación a los efectos de la denominada acción de mejor derecho de propiedad, creemos que es fundamental su análisis sobre los requisitos de legitimación activa de la misma: 1) prueba del dominio del demandante; y, 2) la identificación de la cosa; No es requisito que el demandado se halle en posesión de la cosa. Podría estar en posesión del bien de la controversia un tercero, o incluso el propio demandante, quien acude al Órgano Jurisdiccional en busca de la dilucidación de su controversia jurídica con el demandado.

Gonzales Barrón, sobre los requisitos de la acción reivindicatoria refiere:

[...] la acción declarativa de dominio exige los mismos requisitos que una reivindicatoria, a excepción de la posesión del demandado, como la prueba de propiedad del actor, la falta de derecho del demandado y la identificación del bien. La Corte Suprema ha declarado en múltiples ejecutorias que el ejercicio nominal de la acción reivindicatoria puede ser interpretado como si se tratase de una acción declarativa de dominio (si no hay condena de restitución por el demandado), sin que ello afecte el principio procesal de congruencia; lo cual indica que estamos en presencia de un criterio judicial consolidado. En buena cuenta nuestros tribunales están manifestando que el *nomen juris* utilizado para la pretensión procesal no es decisivo, si la verdadera naturaleza de ésta puede deducirse del contenido del petitorio.



Creemos que estas acciones reales tienen diferencias sustanciales: 1) la legitimación para plantear ambas no es idéntica, en la reivindicatoria sólo puede plantear la demanda el propietario que no tiene la posesión del bien; 2) en la de mejor derecho de propiedad, de estimarse la demanda, no hay condena de restitución (a no ser que se haya planteado esta segunda pretensión de forma acumulativa originaria y accesoria); 3) quien no tiene el bien en su posesión, puede plantear indistintamente la reivindicatoria o la declarativa de dominio.

En ese sentido, afirmamos, también categóricamente, que la acción declarativa de dominio no busca la restitución del bien, sino únicamente el reconocimiento y declaración judicial de quién es el propietario de la misma.

#### **IV. RESPUESTA A LA PREGUNTA PLANTEADA Y CONCLUSIONES**

Sí se justifica el proceso de mejor derecho de propiedad (acción declarativa de dominio), pues esta pretensión busca el reconocimiento y declaración del derecho de propiedad del demandante, esté o no en posesión del bien de la *litis*; por el contrario, la acción reivindicatoria busca la restitución o recuperación de la posesión del bien por el propietario demandante que no la tiene.

El respeto a los principios de economía y celeridad procesales,<sup>3</sup> en beneficio de los justiciables, ha llevado a la Corte Suprema a establecer la posibilidad de discutir al interior de la acción reivindicatoria la declaración del derecho de propiedad (cuando ambas partes alegan la titularidad de este derecho), a través de la compulsas o cotejo de los títulos de pro-

---

3 *Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales*

Artículo v.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

El proceso se realiza procurando que su desarrollo ocurra en el menor número de actos procesales.

El juez dirige el proceso tendiendo a una reducción de los actos procesales, sin afectar el carácter imperativo de las actuaciones que lo requieran.

La actividad procesal se realiza diligentemente y dentro de los plazos establecidos, debiendo el juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica.

propiedad que alegan tener, tanto el demandante como el demandado en el proceso de reivindicación.

De no reconocerse la posibilidad de compulsar los títulos de propiedad<sup>4</sup> al interior de la acción reivindicatoria, se obligaría al demandante de la pretensión reivindicatoria a acudir a un nuevo proceso de mejor derecho de propiedad y someterse a un nuevo litigio de tantos o más años de los que ya había venido litigando (como ya ha sucedido en inexplicables jurisprudencias casatorias),<sup>5</sup> vulnerando de esta manera su derecho a obtener, en tiempo razonable, una decisión judicial que ponga fin al conflicto de intereses con relevancia jurídica (vulnerándose además la finalidad concreta y la abstracta del proceso civil: artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

---

4 En este caso se declararía improcedente la demanda y se dejaría a salvo el derecho del propietario para acudir nuevamente al Poder Judicial, a través de la vía de acción (para plantear la demanda de mejor derecho de propiedad).

5 Inicialmente, la jurisprudencia casatoria estableció en los expedientes n.ºs 1349-2000-Ju-nín y 1298-2003-Tacna (y otros), que la acción reivindicatoria tenía que estar dirigida contra el poseedor no propietario o contra el que no tiene título para poseer el bien. Así, ante la concurrencia de varios derechos subjetivos cuyo objeto sea un bien jurídico idéntico (un inmueble), el conflicto de tales derechos no puede resolverse a rigor de la pretensión reivindicatoria, por lo que su prevalencia, el uno respecto del otro, debe determinarse en otra vía; sea la declaración del mejor derecho de propiedad o alegando las normas de solución de derechos reales.

En sentido contrario, y alternando con posterioridad, la Corte Suprema ha señalado, en las Jurisprudencias Casatorias n.ºs 2376-2001-Loreto, 729-2006-Lima y 500-2010-Cajamarca (y otros) que teniendo en cuenta que la acción reivindicatoria tiene como uno de sus efectos que se reconozca el derecho del frente al demandado y que dicha acción constituye el medio por excelencia para la defensa de la propiedad, dentro de ella se puede discutir el mejor derecho de propiedad o la oponibilidad de derechos que existen entre las partes respecto del mismo bien, a efectos de determinar la ausencia del derecho del demandado para poseer el citado bien.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema estableció primero, en el año 2000, que dentro de la acción reivindicatoria no se podía discutir el mejor derecho de propiedad; luego, en el año 2001, estableció que sí era posible discutir el mejor derecho de propiedad dentro de la acción reivindicatoria. El 2003, lindando con lo que algún autor ha denominado la esquizofrenia jurídica, la Corte Suprema reafirmó su criterio inicial haciendo incompatibles la acción reivindicatoria y la de mejor derecho de propiedad; finalmente, el 2006, el mismo Tribunal Supremo retomó el criterio respecto a que sí era posible discutir el mejor derecho de propiedad dentro de la acción reivindicatoria, para determinar si el demandante o el demandado tienen preferencia en el derecho real sobre el bien.

Ahora, el reconocimiento de esta situación, en beneficio de las partes del proceso de reivindicación, no es óbice para desnaturalizar la acción declarativa de dominio y hacerla dependiente de la reivindicatoria, o volverla una mera cuestión probatoria de ella, pues en esencia ambas tienen finalidades distintas.

La reivindicatoria busca, en todos los casos, recuperar la posesión del bien por el propietario, pudiendo dentro de ella declarar el derecho de propiedad de la parte que lo acredite, siempre y cuando el debate probatorio lo exija (porque ambas partes se reclaman propietarios del bien de la *litis*). Además, ésta acción no la puede plantear el poseedor del bien.

La acción declarativa de dominio busca, en todos los casos, que el demandante sea declarado y reconocido judicialmente como propietario, sin que ello implique —de estimarse la demanda— recuperar la posesión del bien; salvo que se acumule accesoriamente una pretensión de condena o restitución.

Reconocer sólo la necesidad y existencia independiente de la acción reivindicatoria, y negar lo propio respecto de la declarativa de dominio, llevaría a casos en los cuales el propietario poseedor del bien necesite el reconocimiento judicial de su derecho de propiedad, pero al no existir ya la declarativa de dominio, sino como un apéndice o cuestión probatoria de la reivindicatoria, éste no vería solución a su conflicto de intereses jamás.

Felizmente, y para regocijo de quien escribe y quienes leen estas líneas, éste no es más que un debate doctrinario y académico, pues en materia procesal rige la cláusula *numerus apertus*, por lo que seguiremos escuchando de pretensiones diversas de declaración judicial.

## V. BIBLIOGRAFÍA

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, tomo II.

BORDA, Guillermo. *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: Perrot, 1994, 4.<sup>a</sup> edición.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 2001, 7.<sup>a</sup> edición, vol. III.

GONZALES BARRÓN, Günther. *Curso de Derechos Reales*. Lima: Jurista Editores, 2003.



# Crítica a la cosificación de los derechos reales sobre inmuebles

## Análisis del inciso 10 del artículo 885 del Código Civil

Mario Solís Córdova\*

**SUMARIO:** 1. *Introducción.* – 2. *Antecedentes en la legislación y doctrina comparada.* – 3. *Las referencias nacionales.* – 4. *Razones del proceso de conversión de derechos reales a bienes.* – a) *La herencia de Gayo.* – b) *Desconocimiento de los conceptos de titularidad y poder de disposición.* – 5. *Conclusión.*

### 1. INTRODUCCIÓN

El concepto de «bien» («cosa» para algunos ordenamientos) y su clasificación en determinadas categorías es, sin duda, uno de los temas capitales de la teoría general de los derechos reales. El bien es el referente objetivo de todo derecho real y puede, como ya sabemos, tener una naturaleza corpórea e incorpórea. Lo importante es que éste se configure como una entidad única, independiente de las relaciones o derechos que a partir de él se generen. Por esta razón es que la separación entre los bienes y los derechos ha sido tan efectiva para el aprendizaje de esta parcela del

---

\* Abogado por la PUCP. Egresado de la Maestría en Derecho Civil de la Escuela de Graduados de la PUCP. Postgrado en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca-España. Profesor de Derecho Civil en las universidades. USMP, Unife y USMP. Miembro de la Comisión de Derechos Reales del Ilustre Colegio de Abogados de Lima.

conocimiento jurídico y, en general, para su aplicación por parte de los operadores en la realidad.

Sin embargo, nuestro Código Civil en el artículo 885 inciso 10, contiene una disposición que, a nuestro entender, altera la claridad del concepto de bien y genera una confusión que, particularmente, nos persigue desde épocas universitarias: el considerar como bienes inmuebles, es decir tan igual como una casa, un departamento o un predio, a los derechos que precisamente tienen como objeto bienes inmuebles, siempre que sean registrables.<sup>1</sup>

Esto constituye el reconocimiento positivo de un fenómeno jurídico denominado por la doctrina *cosificación*, *objetivación* o *propietización* de un derecho. Por este fenómeno, un derecho subjetivo, independientemente de su naturaleza, al formar parte de situaciones jurídicas reales, pasa a convertirse en cosa o bien, con los mismos efectos legales que los objetos u entidades materiales o inmateriales considerados bienes.

La norma antes mencionada permite considerar varios supuestos al respecto: a) son bienes inmuebles los derechos reales sobre inmuebles ya inscritos o los aún no inscritos, pero susceptibles de inscripción, b) son bienes inmuebles los derechos de crédito que recaen sobre bienes inmuebles ya inscritos o que sean susceptibles de inscripción como el arrendamiento y d) son bienes inmuebles otros derechos subjetivos de naturaleza distinta a la real u obligatoria pero que recaigan sobre bienes inmuebles y que sean inscribibles, como, por ejemplo, la opción que es un derecho potestativo. Como vemos, esta disposición abre, en la práctica, un nuevo y confuso mundo de bienes, ligados conceptualmente a los diversos tipos de derechos involucrados.<sup>2</sup>

Así, bajo esta particular norma, sería bien o cosa, por ejemplo, un derecho real de usufructo, por lo tanto su titular podría otorgar éste también en usufructo; y, a su vez, este usufructo constituir objeto de otro

---

1 «Artículo 885.- Son inmuebles:

[...]

10. Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro».

2 Otras legislaciones, al menos, se refieren sólo a derechos reales. Así el Código Civil del Distrito Federal de México, en su artículo 750 establece: «Son bienes inmuebles: [...] XII Los derechos reales sobre inmuebles».

usufructo, al considerarse el derecho real un bien inmueble según la ley; incluso, podría ser transmitido en propiedad; es decir, estaríamos ante una cadena propia de un trabalenguas interminable que anima una danza de derechos sobre derechos.

Otro ejemplo, un derecho de uso podría cosificarse y luego ser objeto de una transferencia onerosa o de una hipoteca, contraviniendo la intención de la norma plasmada en el artículo 1029 del Código Civil, ya que dejaría de ser un derecho para pasar a ser bien. Incluso, desde otra perspectiva, podría darse el absurdo de ser «propietario de la propiedad de la propiedad».

Inicialmente, la norma analizada no guarda mayor justificación en los antecedentes legislativos, tampoco en nuestra doctrina y jurisprudencia. En la exposición de motivos del Código Civil de 1984 no se explican las razones por las cuales se considera bienes a este tipo de derechos, y sólo repite lo ya establecido en el artículo 812 del Código Civil de 1936. Por esta razón, consideramos necesario revisar sucintamente las referencias de esta figura en la legislación y doctrina comparadas.

## **2. ANTECEDENTES EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA COMPARADA**

Antecedentes legislativos similares a la norma nacional pueden ser apreciados en las legislaciones de España y Francia.

En efecto, el Código Civil español en el inciso 10 del artículo 334, dispone que son bienes inmuebles las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y «demás derechos reales sobre bienes inmuebles». Esta norma, por ejemplo, resulta mucho más abierta que la nuestra, pues no exige la potencialidad de ser inscrito al derecho que recae sobre bien inmueble, sólo exige, precisamente, y salvando la redundancia, el hecho de que recaiga sobre bien inmueble. La consecuencia de ello es que muchos derechos de crédito atípicos que recaen sobre inmuebles podrían considerarse bienes, lo cual complica, aún más, el panorama, y genera, sin duda, una notoria incertidumbre jurídica.

El artículo 526 del CODE francés establece que son inmuebles por el objeto al que se aplican (bienes inmuebles): el usufructo de bienes inmuebles, las servidumbres o servicios prediales y las acciones que sirven para reivindicar un inmueble.

Esta posición es desarrollada extensamente por Planiol y Ripert<sup>3</sup> quienes sostienen que los derechos no son muebles e inmuebles de *prima face* dado su carácter incorpóreo, por lo que cuando se les ha querido aplicar una distinción propia de los bienes corpóreos se ha tenido que tomar como base una característica distinta y alejada de su naturaleza propia, es decir, se han clasificado para efectos prácticos de acuerdo a la naturaleza de su objeto.

De esta manera, todos los derechos reales, incluido el derecho de propiedad, son inmuebles cuando recaen sobre bienes inmuebles por naturaleza o por destino. Nótese aquí que el tema va más allá, pues incluso los bienes inmuebles por objeto; es decir, los derechos recaídos sobre un bien inmueble, también pueden ser considerados como bienes, lo cual origina una cadena de derechos sobre derechos interminable que difumina cualquier entendimiento sobre la naturaleza y concepto de los bienes.

Pero, además, la objetivación de los derechos se extiende a los créditos con obligaciones de dar, de hacer o de no hacer e incluso a algún tipo de acciones judiciales que tienen como objeto de *litis* un bien inmueble.

En cambio, el rígido derecho alemán y su regulación sobre derechos reales, no acepta este mecanismo de conversión. Y es que, en Alemania, como bien apunta Hedemann,<sup>4</sup> gracias a la elaboración académica del derecho de las cosas, no han quedado dentro de su órbita todos los bienes, sino sólo las cosas en sentido estricto (*sachen*), como las comprende el BGB en su rigurosa terminología; esto es, sólo los objetos corpóreos. Es decir, las cosas corporalmente tangibles son las reconocidas legalmente, por lo que quedan fuera de la concepción de bienes los créditos e incluso los llamados bienes incorporales (aunque esto último se ha flexibilizado posteriormente) y sin duda los derechos reales considerados como bienes.

Un caso particular y cercano para nosotros es Chile. En el vecino del sur el asunto ha terminado siendo muy complicado, pues el análisis de este tema parte de una supuesta consagración constitucional de la cosificación o propietización de los derechos reales y de crédito. En efecto, de

---

3 PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT. *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Puebla: José Cajica, vol v, 1955, pp. 70-74.

4 HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 8-10.



forma expresa el texto de la Constitución de 1980 garantiza «el derecho de propiedad en sus diversas especies y sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales».

A esto se suma el Código Civil chileno que en el artículo 565 señala que:

Los bienes consisten en cosas corporales incorporeales», para luego precisar que incorporeales son «las (cosas) que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas», agregándose por el artículo 583 la especial característica de que «sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad. Así, el usufructuario tiene la propiedad del usufructo.

De este modo, se concluye que por la vía de la propiedad es posible abarcar y dar protección a toda abstracción jurídica, incluidos los derechos de crédito y otros, siendo en la actualidad una práctica común en la doctrina y jurisprudencia chilena cosificar los derechos, incluso los de la personalidad, como en el emblemático caso confirmado por la Corte Suprema, que estimó violentada la garantía constitucional de la propiedad ante la asignación laboral de un médico en un centro de salud que no correspondía a su prestigio y preparación. Sobre el prestigio y calidad profesional, alega la corte: «el recurrente tiene una especie de propiedad». (12 de diciembre de 1994, rol n.º 2244-94).

Por esta razón el profesor Corral<sup>5</sup> sostiene con acierto:

De esta forma, a la ya vieja cuestión de la duplicidad de derechos en la propiedad [...] se añade el problema de poner fronteras a la aparentemente incontenible extensión del derecho de dominio, que parece adecuado, así entendido, para cubrir con su sombra frondosa toda facultad o expectativa humana. Mas de alguien podría pensar que esta extensión indiscriminada no puede ser sino beneficiosa, pero en derecho la oscuridad nunca ha sido buena y este crecimiento hipertrofiado puede llegar a atentar contra la misma protección de los derechos de propiedad y de los derechos más fundamentales de la persona. Los conceptos se devalúan cuando pierden especificidad.

---

5 CORRAL TALCIANI, Hernán. «Propiedad y cosas incorporeales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito». En *Revista Chilena de Derecho*, vol. 23, n.º 1, 1996, p. 15.

### 3. LAS REFERENCIAS NACIONALES

No es extenso el tratamiento que el tema ha recibido de nuestros juristas. Muchos de ellos, incluso, han optado por eludirlo en su análisis de la categoría de bienes inmuebles y citan solo el texto de la norma. Pese a ello, hemos encontrado algunas referencias que nos parece importante mencionar.

Arias-Schreiber,<sup>6</sup> repitiendo el concepto francés de inmuebles por objeto, sostiene respecto a lo establecido en el artículo 885, inciso 10, que en un primer acercamiento podrían ser bienes inmuebles una serie de derechos reales y personales descritos en el artículo 2019<sup>7</sup> del Código Civil como el arrendamiento, la promesa de venta y el pacto de retroventa; e incluso actos procesales como los embargos o demandas.

Sin embargo, el autor sostiene posteriormente y racionalizando el sentido de la norma, que para la calificación inmobiliaria de los derechos se considere única y exclusivamente a los derechos reales sobre inmuebles y no los de crédito u obligacionales, ya que los contratos descritos en el artículo 2019 del Código Civil, si bien son inscribibles, no inciden inmediatamente sobre inmuebles, sino principalmente sobre las personas, por lo que son, en realidad, derechos personales. Por tanto, «[...] no tienen ni podrían tener la calidad inmobiliaria, porque ésta presupone la existencia de derechos reales. Sostener lo contrario significaría violar la estructura misma de estos derechos».

6 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica, 2011, tomo III, 2.ª edición, pp. 65-66.

7 Artículo 2019.- Son inscribibles en el registro del departamento o provincia donde esté ubicado cada inmueble:

Los actos y contratos que constituyen, declaren, trasmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.

Los contratos de opción.

Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.

El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.

Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.

Los contratos de arrendamiento.

Los embargos y demandas verosimilmente acreditados.

Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.

Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.

En este sentido, para este autor, serán bienes inmuebles por objeto los derechos reales de posesión usufructo, superficie, servidumbre, anticresis, hipoteca y retención más no la propiedad pues esta se confundiría con el dominio mismo.

Contrariamente, Ramírez<sup>8</sup> mantiene una posición abierta y radical respecto a la objetivación de los derechos, pues propone que se incluyan dentro del concepto de bienes inmuebles, todo tipo de derechos reales o personales sobre inmuebles. Así sostiene:

Las hipótesis del inciso 10 del artículo 885 comprenden así los derechos reales como los crediticios que tengan por finalidad un inmueble a la luz de lo establecido en el mencionado artículo 2019.

Pero este autor va más allá, pues considera, de forma contraria a la ley, que incluso los derechos no inscribibles, si tienen como objeto final un bien inmueble, también son bienes inmuebles. De esta manera, la norma cosificaría todo derecho real u obligacional, inscribible o no y sin dinstingo, siempre que recaiga sobre bienes inmuebles. Incluso, extiende estas consideraciones a los bienes muebles, sosteniendo que serán muebles los derechos reales y crediticios que recaigan sobre bienes muebles.

Finalmente, creemos que la posición del profesor Gonzales Barrón, es la más apropiada a la luz de la realidad de nuestro sistema jurídico y de la verificación del derecho en la práctica.

Gonzales Barron,<sup>9</sup> califica de «curiosa» esta norma y sostiene con acierto que el interés de la misma es «objetivar» el derecho, a fin de que sobre este nuevo objeto puedan constituirse nuevos derechos reales que sean compatibles con su naturaleza o de alcance limitado. Así, en el primer supuesto, tendremos la hipoteca del usufructo; y, en el segundo, el uso sobre usufructo (no podría existir, según el autor, usufructo sobre usufructo).

El autor hace hincapié en que la solución planteada por el legislador es, evidentemente, pragmática, y en ningún caso ampara la doctrina de los derechos sobre derechos (como, por ejemplo, el usufructo de un crédito) que no es más que limitaciones a un derecho principal que impiden su completo desarrollo.

---

8 RAMÍREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Rhodas, 2004, tomo 1, p. 144.

9 GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, p. 83.

Por estas razones, debe evitarse mayor conceptualismo jurídico sobre este tema, ya que su aplicación en la práctica es limitada, y reducida a ejemplos de hipoteca sobre derechos reales y algunos campos más.

Concluye el autor diciendo:

Para las hipótesis atípicas de derechos reales montados sobre sí mismos (usufructo sobre usufructo), en nuestra opinión, estamos en presencia de actos de transferencia de derecho real o cesión del derecho de crédito del titular primigenio a favor del (nuevo) titular adquirente, por lo que no es necesario acudir a la figura aquí estudiada.

#### 4. RAZONES DEL PROCESO DE CONVERSIÓN DE DERECHOS REALES A BIENES

Si bien el fenómeno de la cosificación es reconocido por diversas legislaciones y analizado por distintos juristas en sus efectos, muy poco se ha escrito sobre las razones pragmáticas que fundamentan su surgimiento y el porqué de su permanencia en el derecho civil contemporáneo. Nosotros apuntamos a dos razones, una de carácter histórico y otra teórico-dogmática, a saber:

##### a) *La herencia de Gayo*

Como respuesta a los que piensan que la cosificación de un derecho es un fenómeno propio de los tiempos actuales, en los que resulta más importante la circulación de la riqueza que las etiquetas legales, la concordancia de conceptos jurídicos o el *nomen iuris* de los mismos, cabe precisar que este fenómeno y las confusiones que causa, tienen en realidad un origen romano.

En efecto, basta leer un pasaje del *Digesto* atribuido al notable jurista Gayo (D.1,8,1), en el que éste menciona la división de las cosas en corporales e incorporales para darse cuenta de ello, pues incluso dentro de estas últimas, incluye a las «obligaciones de cualquier modo contraídas».

Sin duda, Gayo incorpora una clasificación proveniente de la retórica y de la filosofía. Las cosas corporales son las materiales, las que se pueden tocar como un fundo, un esclavo, un vestido, el oro y la plata; las incorporales en cambio, son las inmateriales que no se pueden tocar, sólo se pueden entender con la inteligencia y se construyen a partir de nociones jurídicas, como la herencia, el usufructo, el uso, las obligaciones, etc.

Esta controvertida distinción es inapropiada bajo el criterio de quienes opinan que carece de utilidad y sólo ha creado confusiones, pues es impracticable en la realidad. Así, el reconocido profesor de derecho romano, Bonfante sostiene:

En cuanto a la distinción romana de la *res corporales* e *incorporales*, es una categoría híbrida en la que se confunden cosas y derechos. El uso de nombrar la cosa en vez del derecho de propiedad que la invite toda, de afirmar que un patrimonio abraza cosas y derechos, se justifica, pero la cosa no indica, entonces, sino, precisamente, el derecho de propiedad, es decir, que es siempre *nuc res incorporalis*.<sup>10</sup>

En opinión de Gonzales Barrón, Gayo no tuvo en cuenta las precisiones dogmáticas actuales, y su modesto fin era hacerse entender entre los concedores y neófitos del derecho, sin mucha preocupación por las cuestiones teóricas.

Sostiene el destacado jurista nacional que:

En realidad el rechazo de esta tesis es muy simple y obedece a cuestiones de pura lógica: si la referencia objetiva es el «término de referencia» de una tutela jurídica otorgada por un derecho subjetivo, entonces, ese objeto no puede ser, a su vez, un derecho, pues en este caso la conexión entre uno y otro, podría llegar perfectamente hasta el infinito (derecho sobre derechos). A ello debe añadirse que esta postura lleva a incongruencias insalvables, en cuanto permitiría la existencia de un derecho de propiedad sobre un crédito, con lo cual quedaría desdibujada la diferencia entre derechos reales y los de obligación.<sup>11</sup>

Esta crítica a la cosificación del crédito se extiende a los derechos reales sobre inmuebles, pues existen otras figuras jurídicas actuales que permiten fácilmente cumplir los objetivos que este fenómeno busca.

A nuestro entender, la codificación francesa y las que la han seguido sin analizar convenientemente o con espíritu crítico el tema (como la española, chilena y peruana), son herederas de un concepto romano sumamente débil y realizado para otros fines, pero que a la luz del desarrollo actual del derecho civil patrimonial, resulta impropio.

---

10 BONFANTE, Pedro. *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus, 1965, p. 238.

11 GONZALES BARRÓN, Gunther. *Tratado de Derechos Reales*. Lima: Jurista, 2013, p. 188.

Es por esto que en la doctrina casi nunca se responde a la pregunta del porqué se cosifica, sólo se explica, en cierta forma, el procedimiento para hacerlo o que este proceso se lleva a cabo con el fin de que los derechos reciban un tratamiento normativo igual a los bienes.

Mientras tanto, la pregunta sigue flotando en el aire: ¿para qué? Y es que lo importante, en el fondo, sería verificar la utilidad de la objetivación que a nuestro entender ya no se remite a razones teóricas, sino a la necesidad de facilitar el tráfico de los derechos, para lo cual la figura igual resulta innecesaria, como veremos a continuación

b) *Desconocimiento de los conceptos de titularidad y poder de disposición*

¿Cuál es el espíritu de la norma analizada? o agotando la precisión, ¿para qué sirve convertir derechos sobre inmuebles en bienes inmuebles?

Más allá de las referencias históricas antes señaladas, hoy entendemos que el «espíritu de la norma» descansaría en la necesidad de otorgarle, facilidad y dinamismo a la transferencia de los derechos reales, por lo que resulta más simple para estos efectos el cosificarlos y propietizarlos. Después de todo, como bien dice el profesor Gambano:

La regulación de los derechos reales se ha formado y diseñado como un conjunto de normas coherentes para gobernar la circulación y la protección de los derechos sobre las cosas corporales.<sup>12</sup>

Ésa es la única razón que actualmente encontramos justificable para que los derechos fuesen protegidos con los alcances civiles y constitucionales de los bienes. De esta forma, un derecho de usufructo, superficie o habitación, podría ser transferido en propiedad a otra persona como si fuese una cosa, idea que se condice, además, con el común entendimiento de gran parte de nuestra doctrina y jurisprudencia: que la facultad de disponer es inherente y exclusiva del derecho de propiedad.

Sin embargo, a nuestro entender, esta concepción es errónea y se basa en un desconocimiento de dos conceptos importantes en el derecho civil contemporáneo, como la titularidad y el poder de disposición.

De acuerdo a la teoría general de los derechos reales, «el poder», en sentido lato, que implica un derecho real sobre un determinado bien, puede consistir en un número diverso de facultades.

---

12 GAMBANO, Antonio. *Laproprietà. Beni, proprietà, comunione*. Milán: Giuffrè, 1990, p. 38.

En este sentido Morales sostiene con propiedad:

Las facultades son los específicos poderes jurídicamente correspondientes al sujeto para realizar determinadas actividades de hecho o comportamientos. Las facultades forman parte del contenido de derechos subjetivos. [...] Todas las facultades, o sea las posibilidades de comportamiento ofrecidas al sujeto, constituyen el contenido del derecho subjetivo.<sup>13</sup>

Los derechos reales son derechos subjetivos complejos que están compuestos por diversas facultades. Estas facultades, a su vez, delimitan los diferentes tipos de derechos reales al conformar su contenido.

Así, por ejemplo, el usufructo lo es porque otorga la facultad de usar y disfrutar el bien o la habitación y se constituye como tal porque otorga al beneficiario la facultad de utilizar un bien como vivienda y para su exclusivo provecho. Estas facultades, a su vez, sólo pueden ser ejercidas en la medida en que un sujeto sea titular del respectivo derecho.

Como antes mencionamos, ser titular es «tener» un derecho a manera de un vínculo de pertenencia entre el sujeto y el objeto del mismo.<sup>14</sup> La titularidad implica, además, el ingreso de un derecho en el patrimonio de una persona. Así puedo ser titular de un usufructo, de una servidumbre o de la propiedad sobre un bien, determinando y ejerciendo facultades y poderes distintos de acuerdo a la naturaleza de cada derecho.

En este sentido, Escobar manifiesta con claridad que:

La titularidad o pertenencia es predicable respecto de cada derecho subjetivo, sin que interese la condición (público o privado; patrimonial

---

13 MORALES HERVIAS, Rómulo. «Las patologías y remedios del contrato». Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Lima, Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 57.

14 Dicho vínculo de pertenencia de un sujeto frente a un objeto, en sus diferentes modalidades: titularidad del derecho de propiedad, del derecho de usufructo, de las garantías, entre otros; evita la confusión de por ejemplo «propietarizar» los derechos: «de la misma forma que se dice que un hombre tiene un derecho sobre su propiedad, también puede decirse que tiene una propiedad sobre sus derechos». Por tanto, no existe propiedad sobre la concesión, ni sobre el arrendamiento, ni sobre cualquier otro derecho. MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. «La fe pública registral y la falsificación de documentos». En *De-recho y Cambio Social*. [http://www.derechocambiosocial.com/revista033/FE\\_PUBLICA\\_REGISTRAL\\_Y\\_FALSIFICACION.pdf](http://www.derechocambiosocial.com/revista033/FE_PUBLICA_REGISTRAL_Y_FALSIFICACION.pdf), p. 20.

o extrapatrimonial; transferible o intransferible, etc.) del mismo. De este modo, se es titular tanto de un derecho real (propiedad, usufructo, uso, servidumbre, superficie, etc.) como de un derecho personal (crédito, potestad, etc.).<sup>15</sup>

El concepto de titularidad es muy importante para entender los derechos subjetivos en su real dimensión. Precisamente, el *Law and Economics* ha difundido con énfasis la necesidad de reconocerlo como esencial en las relaciones patrimoniales.

Calabresi y Malamed, autores clásicos de esta corriente, nos dicen:

El primer asunto que cualquier sistema jurídico debe encarar es aquel que llamamos el problema de la «titularidad de los derechos». Cada vez que un Estado enfrenta un conflicto de intereses entre dos o más personas, o entre dos o más grupos de personas, debe decidir a cuál de las partes favorecer. En ausencia de esta decisión, el acceso a los bienes, servicios y a la vida misma será decidido sobre la base de que “el poder hace el Derecho” (*might makes right*), de modo que quien sea más fuerte o más hábil ganará. De aquí que la cuestión fundamental que hace el Derecho es decidir cuál de las partes en conflicto tendrá el derecho a prevalecer. El derecho a hacer ruido *versus* el derecho a tener silencio, el derecho a contaminar *versus* el derecho a respirar aire puro, el derecho a tener hijos *versus* el derecho a prohibirlos; esto constituye el primer orden de las decisiones jurídicas.<sup>16</sup>

Toda titularidad, aparte del tipo de derecho subjetivo sobre el que recaiga, permite ejercer el poder de disposición, el cual consiste en la potestad que otorga la autonomía de la voluntad a los sujetos de poder transferir a otro la titularidad que ostentan sobre un derecho.

El poder de disposición tiene como una de sus manifestaciones más importantes al artículo 822 del Código Civil, que establece:

No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

---

15 ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 116.

16 CALABRESI, Guido y A. Douglas MELAMED. «Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad y de inalienabilidad: una vista de la catedral». En *Estudios Públicos*. Revista del CEP. Santiago de Chile, 1996, n.º 63, p. 349.



Sobre este tema, Escobar nos dice:

La facultad de disponer y la de gravar son manifestaciones concretas del poder jurídico, que constituye una situación jurídica subjetiva distinta del derecho subjetivo. El poder de disponer y de gravar deriva de la relación de titularidad que une a un sujeto de derechos con un derecho subjetivo [...].<sup>17</sup>

Es común en la dogmática nacional, que muchos entiendan el poder dispositivo como un atributo exclusivo del derecho de propiedad, en el sentido de que sólo el propietario puede disponer de éste. Esto constituye un error, pues cualquier persona tiene el poder de disponer, cuando así lo requiera, de los derechos reales y personales que formen parte de su patrimonio, mediante cualquier negocio jurídico que permita la transferencia de su titularidad a un tercero.<sup>18</sup>

Díez-Picazo<sup>19</sup> sostiene que el poder dispositivo es la posibilidad jurídica que tiene el titular de un derecho, de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o a la subsistencia de dicho derecho.

El poder dispositivo, además, forma parte del contenido del derecho subjetivo y se inserta a él cualquiera sea su naturaleza; por tanto, no resulta un concepto exclusivo de los derechos reales, sino que es algo transversal a todo tipo de derechos. En este sentido, su estudio debería corresponder a la parte general del derecho civil.

---

17 ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 117.

18 El maestro Jorge Avendaño, por ejemplo, ha desligado la reivindicación como atributo del derecho de propiedad al sostener: «La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real», pero cuando se refiere al atributo dispositivo no lo desliga de la propiedad: “Disponer es prescindir del bien (mejor aún, del derecho), deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente. Un acto de disposición es la enajenación del bien; otro es hipotecario; otro, finalmente, es abandonarlo o destruirlo”. Ver: *Código Civil comentado por los mejores 100 especialistas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, vol. v, 2003, p. 173. Al respecto Escobar sostiene: “De lo expuesto se deduce claramente que la propiedad no puede ser identificada con la titularidad o pertenencia: mientras la primera es una herramienta que permite desplegar un conjunto de comportamientos (sobre una cosa) para satisfacer determinadas necesidades (patrimoniales) del sujeto de derechos, la segunda es una herramienta que permite identificar a quién le corresponde la posibilidad de desplegar el referido conjunto de comportamientos». ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p. 116.

19 DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Thomson-Civitas, 2007, pp. 837-839.

Describe el autor como aplicaciones de este poder a:

1. El enajenar o transmitir el derecho a otra persona. Aquí el derecho pasa entero a otro titular;
2. El desglosar del contenido de un derecho un haz o conjunto de facultades, quedando el titular privado de ellas; y
3. El extinguir un derecho sin atribuírselo a nadie a manera de una renuncia.

Por tanto, no era necesario generar esta confusión de derechos sobre derechos. Si alguien desea transferir un derecho real, no requiere cosificarlo o convertirlo en objeto de un derecho de propiedad, basta con entender que las titularidades pueden ser transmitidas, tomando en cuenta las limitaciones de su contenido. De esta forma podré transferir mi titularidad sobre derechos reales como el usufructo o la superficie a título oneroso o gratuito, sin necesidad de venderlos o de transferir la propiedad sobre ellos porque mi titularidad no corresponde a ese tipo de derecho real. Simplemente, a partir de un negocio jurídico causal, esta situación jurídica que tenía frente al bien, pasará de una persona a otra, sin necesidad de haber sufrido un proceso ficticio de materialización.<sup>20</sup>

Tal vez la excepción que demostraría que el proceso de cosificación de un derecho real sí puede ser positivo o adecuado para nuestro ordenamiento, sería el derecho real de hipoteca cuyo objeto, de acuerdo a casi la totalidad de la doctrina y a la misma legislación, es un bien inmueble.

De esta forma y con la finalidad de dinamizar nuestro sistema de garantías, y en respeto a la autonomía negocial de las partes, resultaría apropiado que los derechos reales se convirtieran en inmuebles para que así pudieran ser objeto de una garantía hipotecaria. Algo que no es extraño, a la luz de nuestra legislación, que permite, de acuerdo al artículo 1002 del Código Civil, el gravamen del usufructo.

---

20 El poder de disposición no se acaba con la transferencia de la titularidad de un bien, pues podré ejercerlo respecto a cualquier derecho que forme parte de mi patrimonio. En este sentido Mendoza del Maestro dice: «Si bien es cierto cuando uno dispone de una titularidad sobre un bien, ésta (titularidad) desaparece sobre este bien, mas no así sobre los otros, dado que podré disponer de otros bienes del cual sea titular». MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto. *Op. cit.*, p. 20.

Sin embargo, cabe preguntarse si, efectivamente, el derecho real de hipoteca tiene como objeto inmediato un bien inmueble (razón que justifica cosificar los derechos sobre ellos).

La respuesta, a nuestro entender, no es concluyente, más aún si recurrimos a la instancia última de este derecho: el proceso de ejecución.

En efecto, el proceso de ejecución culmina en un remate en el que ocurre una transferencia de propiedad por mandato judicial. Es decir, en la ejecución hipotecaria se remata un derecho y no un bien al mejor postor, pues el ofertante ganador se adjudica el derecho de propiedad sobre un determinado inmueble, no el bien, el mismo que puede ser objeto de varias titularidades.

Por tanto, en el derecho real de hipoteca existe un objeto inmediato que es el derecho real, cuyo valor garantiza la obligación principal y cuya transferencia onerosa cumple con el denominado *ius distrahendi* o derecho del acreedor hipotecario a la realización de valor, con el cual pueda honrarse la obligación garantizada, luego de verificarse el incumplimiento. El bien, en este caso, sería el objeto mediato de la garantía hipotecaria, pues como todo derecho real, la hipoteca necesita de una referencia objetiva.

Bajo esta argumentación no habría necesidad de convertir a los derechos sobre inmuebles en bienes para hipotecarlos, pues lo que la hipoteca requiere como objetos inmediatos, son, precisamente, los derechos sobre inmuebles y no los inmuebles mismos.

Son estos derechos los que tienen una valoración económica en el mercado, la misma que asegura el cumplimiento de una obligación y la realización de su valor al momento de la ejecución.

En este supuesto, el poder de disposición se despliega de la mejor manera, pues, así como las personas tienen la capacidad de transferir sus derechos patrimoniales a terceros, también pueden gravarlos sin necesidad de convertirlos en cosas.

De esta forma, resulta lógico que un derecho de superficie; por ejemplo, pueda ser objeto de una hipoteca, pues lo que se adjudicara el postor que gane el remate en ejecución de la garantía, será este derecho que tiene, a su vez, como objeto a un inmueble, con todas las facultades establecidas

por la ley, quedando claro que no se convertirá en titular de la propiedad, sino en titular de un derecho de superficie.<sup>21</sup>

#### 4. CONCLUSIÓN

- A nuestro parecer, no existe necesidad de transformar derechos reales en bienes para que cumplan un mejor destino en el mercado. Pues, para ello basta con entender los alcances del poder de disposición y de las maneras en que las titularidades se desenvuelven. El camino contrario lleva a supuestos realmente extraños, limítrofes e inútiles y a confusiones en los diversos operadores del derecho.
- La norma recogida en el inciso 10 del artículo 855, es innecesaria y genera confusión, por lo que debe interpretarse de la forma más restrictiva posible.
- Para nosotros lo realmente dinámico es el juego de las titularidades claras en el mercado, pues son ellas y no las cosas las que circulan y las que necesitan normas permisivas que conlleven a la creación de riqueza.

---

21 En los artículos 1874 y 106 de la Ley Hipotecaria española se reconoce la existencia de dos objetos del derecho real de hipoteca. Según estas normas, el derecho de hipoteca puede recaer sobre bienes inmuebles o sobre derechos reales inmobiliarios.

# El vencimiento del plazo en el contrato de arrendamiento y la continuación en el uso del bien arrendado\*

*Alfredo F. Soria Aguilar\*\**

**SUMARIO:** 1. Introducción. – 2. El contrato de arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo estipulado. – 3. El contrato de arrendamiento no continúa después de su vencimiento: una necesaria interpretación distinta del artículo 1700 del Código Civil. – 4. ¿Desde cuándo se puede aplicar la penalidad por la falta de devolución del bien arrendado? – 5. Al vencimiento del plazo del contrato de duración determinada, éste no se convierte en uno de duración indeterminada. – 6. ¿Desde cuándo se puede considerar al arrendatario como poseedor precario? – 7. A manera de conclusión.

---

\* El presente artículo se elaboró sobre la base de los comentarios de jurisprudencia que realicé hace un tiempo atrás, para la siguiente edición de la Revista *RAE Jurisprudencia*: «El vencimiento del plazo en el contrato de arrendamiento y la continuación en el uso del bien arrendado». Artículo publicado en la Revista *RAE Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011, tomo 40, año 3.

Dicho artículo fue realizado con la colaboración de la señorita Ibonne Kattyushka Moscoso Cabrera, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

\*\* Docente de Contratos en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Unmsm) y la Universidad del Pacífico (UP). Egresado de la Maestría en Derecho de la Empresa PUCP. Estudios de Postgrado en la Universidad de Buenos Aires.

## 1. INTRODUCCIÓN

El contrato de arrendamiento puede ser de duración indeterminada o de duración determinada.

Cuando el contrato de arrendamiento es de duración indeterminada, no existe plazo obligatorio que cumplir y cualquiera de las partes puede concluir la relación contractual cuando lo estime conveniente. Precisamente, la particularidad del contrato de arrendamiento de duración indeterminada es que cualquiera de las partes podría desistirse unilateralmente<sup>1</sup> del contrato, en cualquier momento y sin necesidad de expresión de causa, bastando para ello un aviso previo a la otra parte, con una anticipación no menor de treinta días calendario, conforme lo dispone el artículo 1365 del Código Civil.<sup>2</sup>

Por el contrario, en el supuesto del contrato de arrendamiento de duración determinada, las partes están obligadas recíprocamente a respetar el plazo que hayan establecido. Es decir, ambas partes se han obligado a cumplir recíprocamente obligaciones, las mismas que deberán ejecutarse durante el plazo que haya sido convenido por las partes. En el contrato de duración determinada, ninguna de las partes puede dejar sin efecto el contrato de manera unilateral antes de la fecha pactada, salvo que cuente con una justificación legal o contractual para ello.<sup>3</sup>

---

1 Manuel de la Puente señala que «el desistimiento unilateral [...] es el poder conferido a cada una de las partes para disolver la relación nacida del contrato, por la sola voluntad e iniciativa de una de ellas [...]. Tiene, pues, las mismas consecuencias que la resolución de un contrato, pues deja sin efecto la relación jurídica por causal sobreviniente a la celebración del contrato». En DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, primera parte, vol. XI, tomo II, pp. 140-141.

2 Artículo 1365 del Código Civil.- «En los contratos de ejecución continuada que no tengan plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días. Transcurrido el plazo correspondiente, el contrato queda resuelto de pleno derecho».

3 Nos referimos a los supuestos como las causales de resolución por incumplimiento previstas en la ley o en el contrato, a los supuestos de imposibilidad sobreviniente, etc.

## 2. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE DURACIÓN DETERMINADA CONCLUYE AL VENCIMIENTO DEL PLAZO ESTIPULADO

Según el artículo 1699 del Código Civil «el arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas».

El citado artículo es sumamente claro al señalar que, al vencimiento del plazo, el contrato de arrendamiento de duración determinada se extingue, de manera automática, sin necesidad de intimación alguna. Es decir, no resulta necesario que alguna de las partes invoque el vencimiento del plazo para dar por concluido el referido contrato y tampoco será necesario que se requiera la devolución del bien arrendado para que concluya el contrato.

En palabras de Eric Palacios, «la terminación del vínculo es automática, inmediata, cuando se verifica el plazo, por lo que es coherente que no se requiera por ello aviso previo de ninguna de las partes; y, de haberlo, éste sería jurídicamente irrelevante».<sup>4</sup>

Como es evidente, este artículo dispone, sin ambigüedades, que la conclusión del arrendamiento de duración determinada operará automáticamente con el vencimiento del plazo porque se trata de un plazo resolutorio establecido por la ley.<sup>5</sup> En tal sentido, al igual que Castillo, consideramos que «el plazo resolutorio implica que, al vencer su término final, el contrato deja de surtir efectos. Si un contrato deja de surtir efectos, las partes ya no se encuentran obligadas a continuar cumpliendo ninguna obligación, ya que las mismas han dejado de tener la condición de tales».<sup>6</sup>

---

4 PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. «Comentario artículo 1699 del Código Civil». En *Código Civil comentado. Contratos nominados*. Lima: Gaceta Jurídica, primera parte, tomo VIII, p. 731.

5 Según Mario Castillo «los plazos resolutorios determinados no vencen en virtud de ningún aviso, sino del simple transcurso del tiempo». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Mutuo-Arrendamiento*. «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, vol. XIX, tomo II, p. 432.

6 CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los contratos típicos. Mutuo-arrendamiento*. «Biblioteca Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, vol. XIX, tomo II, p. 431.

Por lo anotado, al vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento de duración determinada, el contrato concluye; se extingue, de manera automática, porque así lo señala la ley. La conclusión automática del contrato implica la extinción del mismo; por ello, no resulta indispensable ni relevante que se comuniquen la culminación del contrato para que el contrato se extinga, porque el contrato concluye automáticamente por mandato de la propia ley. En consecuencia, de ninguna manera puede considerarse que, tras el vencimiento del plazo pactado, el aviso de devolución del bien implica la conclusión del contrato de arrendamiento, dado que ello resultaría contradictorio con el artículo 1699 del Código Civil.

En efecto, si conforme al artículo 1699 del Código Civil, el contrato de arrendamiento concluye automáticamente en la fecha de vencimiento, sería contradictorio señalar que el contrato de arrendamiento no vence hasta que se solicite la devolución del bien. Señalar que el contrato continúa hasta la fecha en la que se solicite la devolución, implicaría inaplicar lo expresamente dispuesto por el artículo 1699 del Código Civil.

La solicitud de devolución del bien arrendado, no determina la culminación del contrato de arrendamiento, pues el contrato concluye automáticamente. Es decir, el contrato de arrendamiento de duración determinada concluye automáticamente al vencimiento del plazo, con o sin aviso de devolución, conforme lo dispone el artículo 1699 del Código Civil.

### **3. EL CONTRATO DE ARRENDAMIENTO NO CONTINÚA DESPUÉS DE SU VENCIMIENTO: UNA NECESARIA INTERPRETACIÓN DISTINTA DEL ARTÍCULO 1700 DEL CÓDIGO CIVIL**

Para algunos autores, el artículo 1700 del Código Civil debe interpretarse literalmente.<sup>7</sup> Dicha interpretación literal implicaría una supuesta extensión del contrato de arrendamiento después de vencido el plazo pactado, pues dicho artículo textualmente indica lo siguiente:

---

7 «El procedimiento de interpretación (literal) consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producida la norma [...]. Es decir, el método literal trabaja con la gramática y el diccionario». En RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 258.



Vencido el plazo del contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no se entiende que hay renovación tácita, sino la continuación del arrendamiento, bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución, la cual puede pedir en cualquier momento.<sup>8</sup>

Si como consecuencia del artículo 1699 del Código Civil, el simple transcurso del tiempo importa automáticamente la conclusión del contrato de arrendamiento de duración determinada, bajo ninguna circunstancia podría interpretarse que el contrato continúa después de la fecha de vencimiento del plazo pactado.

Pese a que cuentan con un sustento distinto, la mayoría de autores nacionales considera que el artículo 1700 del Código Civil se refiere a la «continuación del contrato»; es decir, interpretan que el contrato de arrendamiento continúa o se extiende en su vigencia, más allá de la fecha de vencimiento. Así por ejemplo:

Fernando Cantuarias<sup>9</sup> sostiene que:

[...] el contrato concluye al vencimiento del plazo establecido, pero mientras el arrendatario permanezca en el uso del bien y el arrendador no solicite su devolución, el contrato continuará, bajo sus mismas condiciones [...].

En similar sentido, Aníbal Torres<sup>10</sup> señala que:

El arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes, sin que sea necesario aviso previo de ninguna de ellas (art. 1699), pero si el arrendatario permanece en el uso del bien arrendado, no concluye (no fenece) el contrato de arrendamiento sino continúa.

Asimismo, Manuel Alberto Torres<sup>11</sup> establece que:

---

8 El subrayado es nuestro.

9 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Conclusión del contrato de arrendamiento de duración determinada». En *Thénis*, 1988, n.º 11, p. 81.

10 TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. «Posesión precaria». En [http://www.ettorresvasquez.com.pe/pocesion\\_precaria.html](http://www.ettorresvasquez.com.pe/pocesion_precaria.html).

11 TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. «¿Qué han hecho con la conclusión del arrendamiento?». En *Cuadernos jurisprudenciales. Diálogo con la Jurisprudencia*, 2003, n.º 25.

[...] pese a que nuestro Código no adopta la teoría de la tácita reconducción, como lo establecía el artículo 1532, del Código Civil de 1936, sí considera que el arrendamiento continúa con todas sus estipulaciones, salvo el de duración del contrato.

Del mismo modo, en diversas sentencias judiciales, consideran también la interpretación de la continuación del contrato de arrendamiento después del vencimiento del plazo pactado. En ese sentido, por ejemplo, la Casación n.º 896-98-Amazonas, objeto del presente comentario, señala lo siguiente:

[...] si bien el artículo 1700 del Código Civil es claro en señalar que, una vez vencido el contrato, si el arrendatario permanece en el uso del bien, no se entiende que exista renovación tácita sino la continuación del arrendamiento.

No compartimos ninguna de estas posiciones que interpretan literalmente el artículo 1700 del Código Civil, el cual señala expresamente la «continuación del arrendamiento». Entendemos que interpretar literalmente el artículo 1700 del Código Civil; y, por ende, considerar que el contrato de duración determinada continúa vigente después de la fecha de vencimiento, es desconocer, contravenir e inaplicar lo establecido en el artículo 1699 del Código Civil, el cual expresa que el «arrendamiento de duración determinada concluye al vencimiento del plazo establecido por las partes».

Es evidente que resulta totalmente contradictorio considerar, por un lado, que al vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento de duración determinada, el contrato concluya automáticamente, pero que, a su vez, se entienda también, que el contrato de arrendamiento continúa. Es decir, resulta carente de sentido que se considere que el contrato se extinga y que, a su vez, siga existiendo y surta efectos.

Entender que el contrato continúa, es desconocer el plazo de vigencia que pactaron las partes. Es más, si se interpreta que el contrato continúa después de su vencimiento, es como premiar a la parte infiel en el contrato. De ninguna manera el legislador podría asumir que, una vez vencido el plazo pactado en el contrato de arrendamiento, la ocupación del bien por el arrendatario y la no solicitud de devolución del bien por el arrendador, son hechos que permitan inducir alguna manifestación de voluntad de las partes para continuar con el contrato.

La complejidad es que ambas normas existen. No se trata de una norma posterior que deroga una anterior, ni de una norma especial respecto de una norma general. Se trata de dos normas que fueron promulgadas al mismo tiempo, se encuentran en el mismo cuerpo normativo, inclusive en el mismo capítulo relativo a la conclusión del arrendamiento y que, por ende, deben ser interpretadas de manera coherente, en el sentido de que ambas normas produzcan algún efecto y no en el que, arbitrariamente, se privilegie una norma y se inaplique la otra.

Por lo explicado, consideramos que el artículo 1700 del Código Civil, en realidad trata de cubrir normativamente una situación jurídica de hecho, que suele ocurrir en la realidad.

Aunque no debería ser así, resulta recurrente que el arrendatario continúe usando el bien arrendado con posterioridad a la conclusión del contrato de duración determinada. Por ello, si solamente existiera el artículo 1699 del Código Civil, el arrendador no tendría derecho a reclamar conceptos de un contrato que ha concluido (fenecido) y únicamente le quedaría expedito el camino de reclamar y acreditar, en un largo proceso judicial, una eventual indemnización por el uso del bien arrendado después de la conclusión del arrendamiento.

Precisamente, esto es lo que busca evitar el legislador, estableciendo en el artículo 1700 del Código Civil, las consecuencias jurídicas aplicables a aquella situación jurídica de hecho, en la que no existe contrato, dado que el contrato de arrendamiento concluyó a la fecha de vencimiento, conforme lo dispone el artículo 1699 del Código Civil. El gran inconveniente es que el artículo 1700 del Código Civil, tiene una redacción que colisiona con el artículo 1699 del Código Civil y que ha motivado que los distintos operadores, arriben a posiciones o conclusiones inexactas respecto de sus alcances e interpretación.

Consideramos que, como lo establece el artículo 1699 del Código Civil, el contrato de arrendamiento culmina (fenece) automáticamente al vencimiento del plazo pactado. En consecuencia, con posterioridad al vencimiento del plazo, ha concluido el contrato de arrendamiento y se genera una situación jurídica de hecho, en la que no existe contrato, la cual se va a regir con las estipulaciones y reglas del contrato de arrendamiento que ha concluido. Es decir, la interpretación del artículo 1700 del Código Civil, no debe llevarnos a la conclusión de que el contrato de arrendamiento continúa; por el contrario, el contrato concluyó: se extinguió.

En consecuencia, el contrato de arrendamiento no continúa; sin embargo, la situación jurídica posterior a la conclusión del contrato de arrendamiento, se va a regir por las mismas reglas o estipulaciones del contrato que ha concluido.

Precisamente, a través del artículo 1700 del Código Civil, el legislador ha buscado establecer las reglas que se aplicarán a esa situación posesoria, en un contexto en el que el contrato de arrendamiento ha concluido. A falta de contrato vigente, el legislador optó por aplicar, a ese período posterior al vencimiento del plazo pactado, las mismas estipulaciones y reglas que venían rigiendo la relación de las partes, sin considerar que el contrato continúe, en modo alguno.

Esas reglas del contrato concluido continuarán aplicándose, desde el día siguiente del vencimiento del plazo pactado hasta que el arrendador solicite la devolución del bien arrendado. En efecto, después del vencimiento del plazo, el exarrendador y el exarrendatario continuarán rigiéndose «bajo sus mismas estipulaciones, hasta que el arrendador solicite su devolución; la cual puede pedir en cualquier momento» como lo expresa el artículo 1700 del Código Civil *in fine*.

En conclusión, el legislador no extiende el contrato de arrendamiento de duración determinada, sólo establece cuáles serán las reglas que aplicarán en el período de tiempo que abarca desde la culminación del contrato de arrendamiento y la solicitud de devolución del bien por parte del arrendador. Por eso, consideramos que no se debe interpretar literalmente el artículo 1700 del Código Civil; sino por el contrario, se debe buscar una interpretación que sea coherente y que permita armonizar los distintos artículos aplicables.<sup>12</sup>

Esto evitaría que se inapliquen arbitrariamente artículos vigentes del Código Civil; y además, evitar también que se arribe a posiciones contradictorias, como aquéllas que indican que el contrato de arrendamiento concluye, pero que, a la vez, subsiste o continúa.

#### **4. ¿DESDE CUÁNDO SE PUEDE APLICAR LA PENALIDAD POR LA FALTA DE DEVOLUCIÓN DEL BIEN ARRENDADO?**

Conforme lo hemos planteado, como consecuencia de la aplicación del artículo 1700 del Código Civil, la situación jurídica posterior al venci-

---

12 Nos referimos a los artículos 1699, 1700 y 1704 del Código Civil.

miento del plazo; y, por ende, de la conclusión del mismo, se regulará con las estipulaciones del contrato que ha concluido. Como hemos adelantado, las estipulaciones y reglas del contrato concluido serán de aplicación desde el día siguiente del vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento hasta el momento en el que se solicite la devolución del bien. Justamente, el artículo 1704 del Código Civil, determina la oportunidad en la que se podrá exigir la penalidad convenida, al expresar lo siguiente:

Vencido el plazo del contrato o cursado el aviso de conclusión del arrendamiento, si el arrendatario no restituye el bien, el arrendador tiene derecho a exigir su devolución y a cobrar la penalidad convenida o, en su defecto, una prestación igual a la renta del período precedente, hasta su devolución efectiva. El cobro de cualquiera de ellas no importará la continuación del arrendamiento.<sup>13</sup>

El mencionado artículo no se refiere a que el contrato de arrendamiento termina en el momento que el arrendador solicita la devolución del bien; en realidad, señala que una vez hecha la solicitud de devolución del bien arrendado, se tendrá derecho a cobrar la penalidad convenida y, en el supuesto de que no haya sido pactada, corresponderá abonar una «prestación igual a la renta del período precedente». Por tanto, el aviso de devolución del bien, será el supuesto de hecho que permitirá aplicar las consecuencias jurídicas previstas en el artículo 1704 del Código Civil.

## **5. AL VENCIMIENTO DEL PLAZO DEL CONTRATO DE DURACIÓN DETERMINADA, ÉSTE NO SE CONVIERTE EN UNO DE DURACIÓN INDETERMINADA**

Algunos autores sostienen que, al vencimiento del plazo del contrato de duración determinada, éste se convierte en uno de duración indeterminada. Es decir, para dichos autores, el contrato de arrendamiento de duración determinada no culmina a su vencimiento, sino que, por el contrario, el contrato continúa como un contrato de duración indeterminada. Entre quienes sostienen esta posición podemos citar a Max Arias-Schreiber, quien, comentando el artículo 1700 del Código Civil, afirma que una vez vencido el plazo del contrato de duración determinada: «el arrendamiento

---

13 El énfasis es nuestro.

**continuará como uno de duración indeterminada** al que se le pone fin dando aviso judicial o extrajudicial al otro contratante».<sup>14</sup>

Obligatoriamente, esta posición es la que asume la Casación n.º 896-98-Amazonas, objeto del presente comentario, dado que establece que:

El artículo 1700 del código acotado es claro al señalar que una vez vencido el contrato y si el arrendatario permanece en el uso del bien, no se entiende que hay renovación tácita sino «la continuación del arrendamiento»; es decir, **el contrato de arrendamiento no fenece, sólo se convierte en uno de duración indeterminada**, bajo sus mismas estipulaciones, **hasta que el arrendador ponga fin a dicho contrato dando aviso judicial o extrajudicial al arrendatario**, de conformidad con lo establecido por el artículo 1703 del Código Civil, concordando con el artículo 1365 del mismo código.<sup>15</sup>

Al respecto, de ninguna manera, el contrato de arrendamiento de duración determinada, se convierte en uno de duración indeterminada. El artículo 1700 del Código Civil, no expresa, en modo alguno, que el contrato de arrendamiento de duración determinada se convierta en uno de duración indeterminada.

No puede sostenerse que el artículo 1700 del Código Civil propone la conversión del contrato de arrendamiento de duración determinada, a un contrato de duración indeterminada, porque si ésa hubiera sido la intención del legislador hubiera, utilizado una redacción que no dejara dudas al respecto, como lo hizo el legislador del Código Civil precedente.

Efectivamente, el legislador del Código Civil anterior, propuso sin ambigüedades y de manera clara, que el contrato de arrendamiento de duración determinada, se convertía en un contrato de duración indeter-

---

14 ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica, 1996, tomo II, p. 412. El énfasis es nuestro.

15 Cuarto Considerando de la Casación n.º 896-98-Amazonas. El énfasis es nuestro. En similar sentido, el expediente n.º 1657-86-Lima, Sala Civil de la Corte Suprema señala que: «si el arrendatario prosigue en uso del bien inmueble, no se trata de una nueva relación contractual, sino de la continuación del arrendamiento motivado por tal hecho, esto es, por la aludida permanencia, creándose así la figura del arrendamiento de duración indeterminada». En HINOSTROZA MINGUES, Alberto. «Jurisprudencia Civil», tomo IV, p. 450.

minada. Específicamente, el artículo 1532 del Código Civil de 1936, señalaba lo siguiente:

Concluida la locación por haberse **vencido el término**, si pasan quince días sin que el locador solicite la cosa, ni el conductor la devuelva, **se renueva el contrato, pero queda sujeto a las reglas de los de duración indeterminada.**

Si el legislador del Código Civil de 1984 hubiera querido mantener el mismo criterio del Código Civil de 1936, sin duda, habría planteado una redacción similar a la expresada en el Código Civil precedente o, en todo caso, lo hubiera expresado con suma claridad.

Basta una simple lectura del artículo 1700 del Código Civil de 1984 para concluir que este artículo no expresa directa ni indirectamente que, al vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento de duración determinada, el contrato se convierta en un contrato de duración indeterminada. El citado artículo sólo establece la supuesta continuación del arrendamiento, la cual —como ya explicamos— no debe interpretarse literalmente.

El legislador no estableció que el contrato de arrendamiento de duración determinada, a su vencimiento, continúe como un contrato de duración indeterminada. No cabe llegar a dicha conclusión y la razón es sencilla.

Si se afirmara que el contrato de arrendamiento continúa como un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, se estaría expresando que el contrato se extiende más allá del plazo pactado, lo cual es contradictorio con el artículo 1699 del Código Civil, que señala expresamente que el contrato concluye automáticamente al vencimiento del plazo pactado.

Como resulta obvio, si el contrato concluye automáticamente a la fecha de vencimiento, no podría continuar bajo la forma de un contrato de duración indeterminada. Por ende, resulta equivocado considerar que, vencido el plazo del contrato de arrendamiento de duración determinada, el contrato continúa como un contrato de duración indeterminada, dado que ello implicaría desconocer e inaplicar el artículo 1699 del Código Civil, que señala que el contrato concluye automáticamente a la fecha de su vencimiento.

Por otro lado, como consecuencia de la errada hipótesis de que el contrato se convierta en un contrato de duración indeterminada, se llegaría al absurdo de considerar que, pese a que las partes establecieron el plazo de duración de su respectivo contrato de arrendamiento, tengan que someterse a un plazo adicional, no menor de treinta días para que el contrato quede sin efecto.

Efectivamente, si se considera que el contrato se convirtió en un contrato de duración indeterminada, resultará de aplicación el artículo 1365 del Código Civil.<sup>16</sup> Como es evidente, un criterio en tal sentido, debilita la obligatoriedad de los contratos.

Bajo esta errada concepción, no se respetaría la fecha negociada por las partes, pues en tal circunstancia, se tendría que esperar un aviso para la culminación del contrato y, adicionalmente, treinta días calendario, para recién considerar como terminado el contrato.

En resumen, si el arrendatario continúa utilizando el bien y el arrendador no solicita la devolución del mismo, el contrato de arrendamiento de duración determinada no se convierte en un contrato de arrendamiento de duración indeterminada, puesto que la norma no lo establece directa ni indirectamente.

Entender la conversión del contrato sujeto a plazo, en un contrato de duración indeterminada, implica una interpretación equivocada del artículo 1700, que resulta incoherente con lo establecido en el artículo 1699 del Código Civil sobre la culminación del contrato de arrendamiento de duración determinada; y, por último, desconoce la obligatoriedad de los contratos.

## **6. ¿DESDE CUÁNDO SE PUEDE CONSIDERAR AL ARRENDATARIO COMO POSEEDOR PRECARIO?**

Conforme con lo expresado por el artículo 911 del Código Civil, «la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el que se tenía ha fenecido». Se entiende por título «al acto jurídico del que deriva

---

16 El artículo 1365 del Código Civil dispone lo siguiente: «En los contratos de ejecución continuada que no tenga plazo convencional o legal determinado, cualquiera de las partes puede ponerle fin mediante aviso previo remitido por la vía notarial con una anticipación no menor de treinta días, transcurrido el plazo correspondiente, el contrato queda resuelto de pleno derecho».



la posesión, es decir, [...] vendría a ser la causa de la adquisición del derecho».<sup>17</sup>

En consecuencia, el arrendatario será considerado como poseedor precario cuando fenece o concluye el contrato de arrendamiento, que es el título que respalda su posesión. Por ello, cuando vence el plazo de vigencia del contrato de arrendamiento de duración determinada, conforme lo expresa el artículo 1699 del Código Civil, el contrato concluye automáticamente, sin necesidad de comunicación o de requerimiento alguno, feneciendo en dicha oportunidad, el título que ostentaba el arrendatario para poseer.

Al fenecer el título que respalda la posesión del arrendatario; es decir, al vencer el plazo y, por ende, concluir automáticamente el contrato de arrendamiento, el arrendatario será considerado como precario.

Por ello, la Casación n.º 896-98-Amazonas, objeto del presente comentario, se equivoca al señalar que **«es obvio que a la demandada recurrente no se le puede considerar como ocupante precaria; por el contrario, tiene la calidad de arrendataria, ya que ocupa el inmueble en virtud de un contrato de duración indeterminada»**.<sup>18</sup>

No compartimos esta posición, debido a que el arrendatario se convierte en poseedor precario, desde el momento en que concluye el contrato de arrendamiento de duración determinada, lo cual ocurre al vencimiento del plazo pactado.

Para que el arrendatario (o mejor dicho, exarrendatario) sea considerado precario, no resultará necesario comunicación o solicitud de devolución del bien, por ello sería contradictorio con el artículo 1699 del Código Civil que dispone que la conclusión es automática a la fecha del vencimiento del plazo pactado. Por ello, discrepamos de autores como Manuel Torres<sup>19</sup> que señalan que:

---

17 ÁLAMO HIDALGO, Pedro. «Comentario al artículo 911 del Código Civil». En *Código Civil comentado. Derechos Reales*. Lima: Gaceta Jurídica, tomo v, p. 97.

18 Quinto considerando de la Casación n.º 896-98-Amazonas. El énfasis es nuestro.

19 TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. «¿Qué han hecho con la conclusión del arrendamiento?». En *Cuadernos jurisprudenciales. Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 25, p. 14.

Una vez comunicado del vencimiento del contrato y de que deberá desocupar el bien, el «arrendatario» que prosiga en su uso y disfrute perderá dicha condición, convirtiéndose en ocupante precario, ya que el título que justificaba la posesión que detenta sobre el bien, habrá fenecido.

El título que ostentaba el arrendatario no fenecce con la solicitud de devolución del bien, sino por el contrario, el contrato concluye o fenecce, con el vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento de duración determinada.

## 7. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El contrato de arrendamiento de duración determinada culmina al vencer el plazo, sin necesidad de previo aviso, según el artículo 1699 del Código Civil.

Dado que el contrato de arrendamiento ha concluido en la fecha de vencimiento pactada, el artículo 1700 del Código Civil no podría establecer que el contrato continúa porque ello sería contradictorio con el artículo 1699 del Código Civil. Por ello, consideramos que lo que busca el artículo 1700 del Código Civil, es establecer las consecuencias jurídicas aplicables a aquella situación jurídica posterior al vencimiento del plazo. Vencido el plazo pactado, a la situación de hecho que implica la continuación en el uso del bien, se le aplicarán las mismas estipulaciones y reglas del contrato que ha concluido, hasta que se solicite la devolución del bien arrendado.

Por otro lado, el artículo 1700 del Código Civil no implica que el contrato de arrendamiento de duración determinada continúe convertido en un contrato de duración indeterminada. Esa interpretación es errada, sobre todo porque contraviene e inaplica lo dispuesto en el artículo 1699 del Código Civil, que señala expresamente que el contrato concluye automáticamente en la fecha de vencimiento. Es evidente que si el contrato de arrendamiento concluye a la fecha de vencimiento del plazo pactado, no puede continuar convertido en uno de duración indeterminada.

Finalmente, tras el vencimiento del plazo pactado, las penalidades serán exigibles a partir del momento en que se solicite la devolución del bien arrendado. La penalidad se computará desde el pedido de devolución hasta la fecha en que se devuelva efectivamente el bien. En caso, no se hubiera pactado una penalidad por la falta de devolución del bien,

conforme lo expresa el artículo 1704 del Código Civil, el arrendador podrá cobrar una prestación igual a la renta del período precedente; es decir, podrá cobrar un importe igual a la renta vigente al momento de la conclusión del contrato de arrendamiento, hasta que se cumpla con la devolución del bien arrendado.

A modo de palabras finales, resulta necesario contar con una lectura que armoniza las normas vigentes, dado que viabiliza la aplicación coherente de los tres artículos que regulan esta situación que se presenta recurrentemente en la realidad y que, en la actualidad, lamentablemente, no cuenta con pronunciamientos judiciales coherentes o uniformes, y lo que es peor, establecen interpretaciones que contravienen e inaplican las normas del Código Civil vigentes.



# Deberes accesorios de diligencia en las relaciones contractuales

Guillermo Andrés Chang Hernández\*

**SUMARIO:** i. Prefacio. – ii. Análisis de los aportes de la Ley n.º 30403. – 2.1. Artículo 1 de la Ley n.º 30403. – 2.2. Artículo 2 de la Ley n.º 30403. – 2.2.1. El castigo físico. – 2.2.2. El castigo humillante. – 3.1. Análisis de la primera disposición. – 3.2. Análisis de la segunda disposición. – iii. Disposiciones complementarias y modificatorias y su efecto en el Código Civil y en el Código de los Niños y Adolescentes. – iv. Conclusiones. – v. Bibliografía.

## I. PREFACIO

Hoy, en las relaciones contractuales<sup>1</sup> y debido a la proliferación de contratos en masa o predispuestos, las posibilidades de las partes que intervienen (fundamentalmente, el acreedor o aquél que se adhiere), no tienen mayor capacidad de negociación que les permita incorporar determinadas prestaciones a su favor, que le generen confianza en que

---

\* Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica. Post-Grado por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo-España). Docente de las Universidades San Juan Bautista y Alas Peruanas de Ica.

1 Entendiendo por éstas, aquellas relaciones generadas por el contrato, no obstante, conforme a la técnica del Código Civil peruano, lo más apropiado sería hablar de «relación obligacional», pues al fin, el contrato no es más que sólo el acuerdo de las partes generador de la obligación.

su interés quedará enteramente satisfecho con la ejecución de la prestación de su contraparte; de igual forma, hoy por hoy también (aunque con desarrollo incipiente) el consumidor recibe un tratamiento protector de su posición de desventaja.

Esto último se desprende de lo dispuesto por el Código de Protección al Consumidor (Ley n.º 29571), que permite establecer en estos casos, una interpretación sistémica de los alcances de las obligaciones contractuales. Asimismo, en este contexto no podemos dejar de preguntarnos ¿si en las relaciones contractuales ajenas a una relación de consumo encontramos una protección que permita satisfacer el interés de las partes contractuales, a través de deberes accesorios a la prestación principal?

Estos deberes accesorios en otra parte son conocidos como «deberes de protección». Yo profiero hablar de «deberes accesorios de diligencia en las relaciones contractuales», siguiendo al maestro Gastón Fernández Cruz.

Pero, ¿qué son los deberes accesorios de diligencia? Quizá con un ejemplo nos ubicaremos mejor en el caso que se plantea.

Piense en los casos en donde se acude a una empresa de transporte interprovincial (puntualmente, una que domina la ruta de sur chico de país) y compramos un pasaje Ica-Lima; y, como es lógico, llevamos un equipaje de mano y lo colocamos en el guardabultos de la parte superior del asiento. Sin embargo, al llegar a mi destino me doy con la ingrata sorpresa de que mi equipaje de mano no está, o de tener algo de suerte, sólo me han sustraído algunas cosas de su interior. Y sucede que al querer reclamar por lo sucedido, la empresa se exime de responsabilidad, señalando que no es responsable, pues dicho equipaje viaja a mi entera responsabilidad, y además advirtió con un aviso colocado en el bus que, en efecto, existen tanto en la entrada del mismo como en el propio terminal, un letrero donde se señala que «No se hace responsable de las pérdidas de equipajes, pidiendo a los usuarios cuidar sus objetos personales, ya que hay personas inescrupulosas que sustraen sus pertenencias al menor descuido».

Otro ejemplo que podemos mencionar, es el caso en donde el bus es asaltado por pseudo pasajeros que subieron al bus, ya sea en el terminal —o lo que es peor aún— en un paradero informal, portando armas de fuego.

Los casos descritos y otros similares son los que nos llevan a preguntarnos, ¿hasta dónde alcanza la responsabilidad, en este caso, del deudor de la obligación, por el incumplimiento de su prestación? ¿Sólo le basta al deudor el cumplimiento literal de la prestación debida, según el contrato?

Ante ello, como se verá más adelante, los deberes accesorios constituyen una herramienta complementaria de ejecución e interpretación contractual que permite lograr la satisfacción íntegra del interés acreedor.

Es decir, los deberes accesorios de diligencia, no una especie de labor eficiente de la ejecución de la prestación obligacional que permita asegurar la satisfacción del interés del acreedor.

Por lo anterior, es pertinente, entonces, empezar a reconocer a la causa como un elemento fundamental, no sólo en la formación del contrato sino también en sus efectos. Claro, esto último siempre desde la posición que la causa, es entendida como «la razón que justifica el contrato; es su *ratio*, es decir el elemento que lo explica racionalmente, que la da un sentido racional».<sup>2</sup>

En consecuencia, la causa así entendida será de vital relevancia a la hora de identificar los deberes accesorios de diligencia, pues, como ya vamos esbozando, todo contrato nace por un interés individual de cada contratante y se concreta con un interés común de los intervinientes en la relación contractual.

Una causa particular de las partes que intervienen y, evidentemente, es ésta la finalidad que debe ser satisfecha, no sólo con el cumplimiento de la prestación principal, sino que a veces se hace necesario también realizar otros actos que permitan un cumplimiento óptimo de la prestación; esto es lo que llamamos «deberes accesorios de diligencia contractual».

Llegando a este punto y a la sazón de la protección que persiguen los deberes accesorios de diligencia, es legítimo preguntarnos: ¿existe la posibilidad de que la ejecución puntual y literal de la prestación debida sea insatisfactoria para el acreedor? y ¿puede darse por no cumplida la obligación, a pesar de que el deudor ha cumplido con la prestación debida?

Nosotros respondemos que si a ambas cuestiones, pues, por ejemplo, piénsese en el cantante, conocido por su excelente voz y forma de

---

2 ROPPO, Vincenzo. «El Contrato». Lima: Gaceta Jurídica, 2009, 1.ª edición, p. 341.

animar sus espectáculos, que es contratado para hacerlo en un establecimiento determinado; y, en efecto, lo hace; canta, pero no lo hace como suele hacerlo, genera una insatisfacción del acreedor.

Por lo anterior, en el presente trabajo destacaremos la importancia de los deberes accesorios de diligencia en la ejecución contractual.

Asimismo y si bien, en algún momento, ha existido la duda de si los llamados «deberes de protección» o lo que yo llamo «deberes accesorios de diligencia», se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico de nuestro país, el profesor Rómulo Morales Hervías,<sup>3</sup> reconociendo su presencia en nuestro Código Civil, ha dicho, que:

El derecho privado y, en particular, el derecho civil, ha desarrollado la categoría de los deberes de protección que se aplican a los contratos. En particular, las partes no sólo están obligadas a ejecutar sus prestaciones, sino que deben ejecutar prestaciones de protección entre ellas, teniendo en cuenta la naturaleza del contrato. Igualmente, los terceros son titulares activos de obligaciones de protección en atención a su exposición (fáctica o típica) a los riesgos de daños personales o patrimoniales provenientes de la ejecución de un determinado contrato.

Asimismo, también agrega el profesor Morales Hervías que:

El Código Civil peruano de 1984 sí tiene dicha cláusula; y, por lo tanto, se podría deducir que es innecesario promover la aplicación de la concepción de las obligaciones de protección.<sup>4</sup>

En consecuencia, es tarea de este trabajo determinar, por un lado, los alcances de los deberes accesorios de diligencia e identificar la presencia de normas en el ordenamiento jurídico peruano que los amparen.

## II. SUPUESTO DE ALCANCES DE LOS «DEBERES ACCESORIOS DE DILIGENCIA CONTRACTUAL»

Antes de continuar, como ya hemos planteado, cabe preguntarnos ¿en qué casos se podrían invocar o exigir la aplicación de los deberes ac-

---

3 MORALES HERVIAS, Rómulo. «Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil». En *Revista Derecho PUCP*, 2013, n.º 171, p. 54.

4 *Idem*.



cesorios de diligencia? y ¿cuáles son los alcances de los deberes accesorios de diligencia?

En relación a la primera cuestión se tiene que, como sabemos, los contratos como fuente de obligaciones se deben cumplir según lo que se haya expresado en él, conforme lo establece el artículo 1361 del Código Civil que, señala: «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ello»; en consecuencia, según esta norma el deudor cumplirá con su obligación si cumple con la ejecución de su prestación, conforme a lo establecido en el contrato, esto es, bastaría que el deudor ejecute su prestación tal e igual como está establecido en el contrato.

Esta primera afirmación nos lleva a absolver la segunda cuestión planteada, es decir, los alcances de los deberes accesorios de diligencia, pues aquéllos están constituidos por todos aquellos actos o conductas que complementariamente a la prestación principal, aseguren la satisfacción del interés del acreedor.

En efecto, no es extraño encontrar casos en donde no basta con el cumplimiento de la prestación pactada, cuando con ello no se satisface el interés del acreedor; por ejemplo, el caso de la empresa de transporte que cumple con su prestación de transportar a una persona de un lugar a otro, pero lo hace sin tener en cuenta los deberes accesorios de diligencia razonable, pues, generalmente, éstos no son normas o pactos escritos, sino que son identificables conforme y según la naturaleza de cada contrato y conforme a la finalidad perseguida por las partes.

En tal sentido, podemos afirmar que los deberes accesorios de diligencia son aquellos deberes accesorios a una prestación principal, que permiten la obtención del fin querido por las partes contractuales. Asimismo, es fácil advertir que no es posible encontrar una definición de los deberes accesorios de diligencia razonable, pues en otras latitudes recibe otra definición, así se habla en Alemania de «deberes de protección», razón por la cual describiremos los alcances de tales deberes de protección contractual.

Los deberes accesorios de diligencia razonable, en consecuencia, alcanzan todo acto o conducta que contribuyan a que la ejecución de la prestación a cargo del deudor satisfaga íntegramente el interés del acreedor, así esas conductas no se hayan pactado en el contrato, pero se desprenden de la naturaleza, costumbre e incluso de las circunstancias particulares de cada caso concreto.

Claro, si se trata de la naturaleza de la prestación, los deberes complementarios de diligencia razonable, serán todos aquellos actos que sean imprescindibles para la ejecución de la prestación, piénsese, por ejemplo, en el mecánico que se compromete a efectuar el cambio de los neumáticos del vehículo. La naturaleza de la prestación implica que el deudor deberá cambiar los neumáticos, pero además deberá abastecer de aire a los mismos, pues por su propia naturaleza, los neumáticos deben ser entregados inflados y sólo así sirven al vehículo para su marcha.

En el caso de la costumbre, los deberes accesorios de diligencia razonable estarán constituidos por aquellos actos que no se pactasen en el contrato, pero que la costumbre de ese tipo de contrato obliga a realizar determinada conducta al deudor para satisfacer el interés del acreedor, piénsese en el caso de vendedor de licor en un bar, quien se obliga a proporcionar licor a los visitantes, a cambio del precio pagado; pero serán deberes accesorios de diligencia razonable, que le proporcionen además, vasos en los cuales se pueda beber el licor.

Por último, en relación a las circunstancias particulares en cada caso concreto, se tiene el caso del deudor que tiene que entregar por ejemplo cien litros de pisco y los entrega envasándolos en botellas de plástico, con lo cual cumple con entregar los cien litros de pisco prometidos, pero sería parte del deber complementario de diligencia razonable, que el pisco sea entregado en botellas de vidrio, pues por la naturaleza del producto, se requiere envasar y conservar en botellas de vidrio, pues de lo contrario, pierde su aroma, cuerpo y sabor.

### III. DEBERES DE PROTECCIÓN EN LA RELACIÓN CONTRACTUAL

Es la doctrina alemana que introduce la noción de deberes de protección y, por ende, es en ese país donde este concepto ha encontrado mayor desarrollo, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

En nuestro medio el profesor Rómulo Morales Hervias, sobre los deberes de protección, nos dice que son aquéllos que «tienden a preservar la incolumidad de las partes contratantes ante posibles daños su persona o bienes». Y, diferenciándolos de las obligaciones de seguridad, agrega que éstas «sólo protegen la integridad física de una de las partes; el acreedor».<sup>5</sup>

---

5 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*, p. 55.

De igual forma, el mismo profesor Morales Hervías, citando a Prévôt, agrega:

Los deberes de protección «abarcan recíprocamente a ambas partes del vínculo obligatorio, a diferencia de la obligación, que solamente recae por sobre el acreedor». Los deberes de protección «comportan al menos en su mayor parte verdaderas obligaciones de prudencia y diligencia, a diferencia de las obligaciones de seguridad, que siempre, en su correcta acepción, son obligaciones de resultado.<sup>6</sup>

Por su parte, Vladimir Contreras,<sup>7</sup> sobre los deberes de protección afirma que:

Se adopta la noción de deberes de protección que no tienen fuente normativa y que, por ende, debe acudirse a nociones como «contacto social» o «buena fe», esto es, se acude a la noción de deber de protección como deber autónomo del deber de prestación.

Mientras que, sobre lo mismo, más adelante nos dice que:

Este deber de protección «autónomo» no implica la ejecución de una prestación. La prestación constituye ejecución del deber central a cargo de una de las partes en su condición de deudor. La ejecución del deber de protección no implica la ejecución de una prestación. Implica, en realidad, realizar una actividad impeditiva de daños, esto es, evitar que la ejecución del deber primario de prestación afecte la esfera personal o patrimonial del acreedor.<sup>8</sup>

Por lo descrito, podemos concluir que los deberes de protección o lo que nosotros llamamos deberes accesorios de diligencia, no es más que parte de la relación obligatoria, entendiendo esta última como una relación jurídica completa, distanciándose, por ello, de aquella concesión clásica de obligación, entendida solamente como el vínculo entre el acreedor y el deudor.

---

6 *Idem.*

7 CONTRERAS Vladimir. «¿Resolver un contrato por incumplimiento de deberes de protección?». Versión digital consultable en: <http://enfoquederecho.com/civil/resolver-un-contrato-por-incumplimiento-de-deberes-de-proteccion/>.

8 *Idem.*

#### IV. LA OBLIGACIÓN COMO RELACIÓN JURÍDICA COMPLEJA

Conforme hemos venido anotando, hoy en día ya no se habla de obligación solamente como el vínculo jurídico entre deudor y acreedor o simplemente como el vínculo jurídico entre dos o más partes, sino que hoy se entiende en un sentido estrictamente jurídico, como aquella que constituye una relación jurídica compleja que va más allá de un simple vínculo con obligaciones o prestaciones predefinidas, a cargo de cada una de las partes intervinientes.

En doctrina nacional, ya ha dicho también que:

Un sector de la doctrina civil sostiene que el vínculo obligacional se caracteriza por la complejidad. Así, la obligación se entiende como un organismo, como una estructura y como un proceso.<sup>9</sup>

Luigi Mengoni nos ilustra acertadamente, en cuanto a la aceptación y recepción del concepto de obligación como una relación jurídica compleja, manifestando que:

La obligación es reconstruida como una estructura compleja, en la cual el núcleo primario constituido por el deber de prestación es integrado por una serie de deberes accesorios coordinados en un nexo funcional unitario.<sup>10</sup>

Y luego el mismo autor complementa agregando que:

El aspecto más interesante de esta evolución está representada por la teoría de los «deberes de protección», que ha extendido la tutela de la relación obligatoria; y, consiguientemente, el régimen de la responsabilidad contractual, al interés de ambas partes en preservar su propia persona y sus propios bienes del riesgo específico del daño creado por la particular relación que se ha instaurado entre los dos sujetos.<sup>11</sup>

De igual forma, en relación al alcance de las obligaciones complejas, tenemos lo expuesto por el profesor portugués Joao de Matos Antunes Varela, cuando enfatiza que:

---

9 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Op. cit.*, p. 57.

10 MENGONI, Luigi. «La parte generale delle obbligazioni». En *Revista critica del diritto privato*, año II, n.º 3, 1984, pp. 508-513.

11 *Idem.*

Hay que hacer notar, finalmente, que la doctrina moderna de las obligaciones ha subrayado, con razón, la complejidad de las propias obligaciones únicas o simples. Esta complejidad se refleja en el vínculo obligatorio en general, y se traduce en una serie de deberes secundarios y de deberes accesorios de conducta, los cuales gravitan, las más de las veces, en torno del deber principal de prestación y del derecho a la prestación (principal).<sup>12</sup>

En suma, hoy por hoy se acepta, en primer término a nivel doctrinario, que la noción de obligación esbozada en época romana es insuficiente a las relaciones sociales y comerciales actuales o, por lo menos, ha sido superada por aquélla que la entiende como un conjunto de actos, conductas y condiciones que deben ser desarrolladas, tanto por el acreedor como por el deudor con la finalidad de lograr una satisfacción íntegra de los intereses de ambos, conforme a las expectativas depositadas en los efectos que el contrato celebrado deba generar.

#### **IV. IDENTIFICACIÓN DEL SUSTENTO NORMATIVO DE LA RECEPCIÓN DE LOS DEBERES ACCESORIOS DE DILIGENCIA CONTRACTUAL EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

Al inicio de este trabajo se informó del superado debate — al menos por nuestra parte — de determinar si en el ordenamiento jurídico peruano existe una base normativa que permita invocar el respeto de los deberes accesorios de diligencia, y como tal, permita su exigibilidad y la producción de los efectos jurídicos que ameriten.

La doctrina nacional encuentra un primer sustento normativo de los deberes accesorios de diligencia en el obrar de buena fe de los contratantes, y que el derecho contractual peruano recoge en el artículo 1362 del CC.

En efecto, la doctrina nacional no duda en reconocer la presencia de los deberes accesorios de diligencia en el derecho peruano, así uno de los profesores más destacados del derecho civil peruano, y a quien le guardamos profunda admiración, el profesor Gastón Fernández Cruz, con acostumbrada claridad, reconoce la presencia de los deberes accesorios de diligencia, precisando que:

---

12 ANTUNES VARELA, João de Matos. «Das obrigações em geral». Almendina: Ed. Coimbra, 2005, 10.ª edición, pp. 64-68.

La diligencia, entonces, es sólo una manifestación más del deber asumido por el deudor en la obligación. El concepto de deuda, como situación jurídica compleja, comprende los deberes accesorios de diligencia.<sup>13</sup>

Por ende, a nosotros sólo nos resta identificar la base normativa de los deberes accesorios de diligencia. Esto es fundamental, más aún en un sistema judicial como el nuestro, en donde el apego a la ley es casi sacrosanto, sin tolerar o autotolerarse una labor creativa, mas no infractora, de la ley para solucionar conflictos sociales. Por nuestra parte, hemos identificado una serie de normas que nos informan de la presencia de los deberes accesorios de diligencia y que, por ende, los hacen exigibles, a la vez que complementariamente con el cumplimiento de la prestación principal, se necesita de aquellos deberes para satisfacer el interés del acreedor.

En efecto, a nuestro juicio, en nuestro derecho los deberes de diligencia accesorios, encuentran respaldo normativo, no sólo en el artículo 1362 del CC, sino que se complementa con lo dispuesto por los artículos 1314, 1315 y 1329, 1316 (segundo párrafo), 1321 (segundo párrafo), artículos 1327 y 140, inciso 3.

En tal sentido, tenemos entre las normas citadas que el artículo 1362 es la disposición básica de los deberes accesorios de diligencia, ya que la citada norma señala:

Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

Esto implica que las partes se deben entre sí un recto accionar, una conducta leal y, de acuerdo a lo que en promedio realiza el buen padre de familia (como se habla en Alemania) o el ciudadano promedio (como lo hacen en Francia o Italia), es evidente que la realización de una serie de actos que permitan o coadyuven a que la prestación principal debida, alcance la satisfacción plena del interés del acreedor, indican un comportar de buena fe.

Sin embargo, a pesar de que esos actos o conductas no se encuentren establecidos en el contrato, conforme a la teoría que venimos siguien-

---

13 FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias». En *Negocio jurídico y responsabilidad civil*. Lima: Grijley, 2004, 1.<sup>a</sup> edición, p. 616.

do, forman parte de un comportamiento de buena fe, pues esta forma de obrar es exigible en todas las etapas del contrato, tanto en su formación como en su ejecución.

Por otro lado, es oportuno señalar, también, que los artículos 1314, 1315 y 1329 del CC nos informan que, para que se genere la inejecución de la obligación, siempre debe sustentarse de un incumplimiento imputable en término de falta de diligencia.

En efecto, el artículo 1314 nos precisa:

Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

En vista de lo anteriormente señalado, podemos afirmar que quien actúa diligentemente, pero a pesar de ello no cumple con la prestación debida, no será responsable de la inejecución. Pero, a la sazón de lo que hemos venido exponiendo, cabe preguntarnos, ¿a qué tipo de diligencia se refiere la norma? O, ¿qué grado de diligencia es necesaria para exonerarte de responsabilidad por la inejecución?

Para tratar de llegar a una respuesta, debemos revisar lo dispuesto por los artículos 1316 (primer párrafo), 1317, 1329 y el inciso 3 del 140 del CC, ya que de una lectura sistemática de tales normas, se concluye que en el Derecho peruano se tiene a la causa del acto, en este caso del contrato, como un elemento determinante para establecer el cumplimiento o no de la prestación debida, y todo ello a la luz de la satisfacción del acreedor o del deudor, en su caso.

En efecto, los artículos 1314, 1315, 1316 (primer párrafo) y 1317, respectivamente, señalan:

Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.

El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inexecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación.

De dichas normas es evidente que solamente se responde por un incumplimiento imputable por un obrar ausente de diligencia, entendiéndose esta última como aquella diligencia promedio ordinaria, siempre que dicha conducta haya sido suficiente para alcanzar el interés de la contraparte, conforme a los efectos normales del contrato. Esto, conforme a los alcances de los artículos 1316 (segundo párrafo), 1327, 1362 y 140, inciso 3.

En efecto, el artículo 1316 nos señala:

La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. Si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure. Sin embargo, la obligación se extingue si la causa que determina la inexecución persiste hasta que al deudor, de acuerdo al título de la obligación o a la naturaleza de la prestación, ya no se le pueda considerar obligado a ejecutarla; o hasta que el acreedor justificadamente pierda interés en su cumplimiento o ya no le sea útil. (El subrayado y resaltado es nuestro).

El artículo 1327, precisa:

El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario.

El inciso 3 del artículo 140 concluye:

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere [...] fin lícito.

Fin lícito a lo le agregamos el deber y obligación de obrar de buena fe, contenido en el artículo 1362 ya citado.

De las normas últimas referidas se determina que nuestro derecho no sólo exige un obrar diligente para dar por satisfecha la prestación, sino que ésta debe apuntar a obtener la satisfacción del interés de las partes,



que lógicamente es el resultado; o, por lo menos, expectativas que ellas esperan alcanzar con los efectos del contrato.<sup>14</sup>

Aquí merece nuestra atención la noción de causa del contrato que, aunque con ciertos vaivenes se ha logrado reconocer su presencia dentro el sistema contractual peruano, conforme lo sostiene autorizada doctrina nacional.

Así, se tiene que el profesor Rómulo Morales afirma:

La causa es un elemento del contrato e implica la finalidad concreta programada del contrato, en particular. Conforme a este concepto, el Código Civil peruano de 1984, ha recogido indirectamente esta concepción, a diferencia del Código Civil de Brasil, aprobado por Ley n.º 10.406 de fecha 10 de enero de 2002, y vigente a partir del 2003, que admite el concepto de causa como función económico social.<sup>15</sup>

En suma, queda claro que los contratos se celebran buscando un fin último, la satisfacción del interés de los intervinientes, y sólo podría darse por satisfecha la prestación cuando tal finalidad se alcanza, por lo que ambas partes de la relación obligacional, deben desplazar actos y comportamientos diligentes que aseguren la obtención de tal fin.

## VI. CONCLUSIONES

- 6.1. El contrato hoy es generador de una relación jurídica compleja, esto es de una obligación compleja, que implica no solo el cumplimiento de la prestación principal sino de otros deberes accesorios a la prestación principal.
- 6.2. Los deberes accesorios de diligencia están conformados por conductas y comportamientos que coadyuvaran, conjuntamente con la ejecución de la prestación principal, a la satisfacción íntegra del interés del acreedor.
- 6.3. Los deberes accesorios de diligencia contractual encuentran respaldo normativo, específicamente, en los artículos 1316 (segundo párrafo), 1327, 1362 y 140, inciso 3 del Código Civil.

---

14 Lo cual se evidencia claramente en lo dispuesto por los artículos 140, incisos 3 y 1326 del CC, ya comentados.

15 MORALES HERVIAS, Rómulo. *Estudios sobre Teoría General del Contrato*. Lima: Grijley, 2006, p. 302.

6.4. Las partes intervinientes en la relación contractual están obligadas a cumplir no sólo la prestación principal, sino además los deberes accesorios de diligencia, los cuales deben ser según el tipo de contrato, la costumbre, naturaleza e interés de las partes.

# Teoría de la inexistencia del negocio jurídico y su necesaria aplicación en el Perú hoy

*Héctor Josué Verástegui Huaynate\**

**SUMARIO:** 1. *Prolegómenos de la ineficacia en el Perú.* – 2. *La teoría de la inexistencia.* – 2.1. *Antecedentes de la teoría de la inexistencia.* – 2.2. *Conceptualizando la inexistencia del negocio jurídico.* – 2.3. *Aplicabilidad y utilidad de la inexistencia en el Perú.* – 3. *A modo de conclusión.* – 4. *Bibliografía.*

## 1. PROLEGÓMENOS DE LA INEFICACIA EN EL PERÚ

En el Perú, actualmente, una persona puede vender un predio del cual no es propietario, ya sea engañando al propietario o engañando al comprador, o sorprendiendo en muchos casos a los notarios, y este nuevo propietario vende el predio a un tercero (posiblemente de buena fe), configurándose un hecho legal, pero que el derecho no debería tutelar, por ser fraudulento.

Sin embargo, el drama ocurre cuando esta compraventa es inscrita en Registros Públicos. Ahora, ¿quién podrá

---

\* Bachiller en Derecho por la Universidad Privada de Tacna. Miembro fundador y Presidente del Círculo de Estudios Jurídicos Iusnova. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil.

ayudar al propietario legítimo? Pues, en pro del principio de buena fe registral, no es posible que recupere la titularidad del derecho de propiedad, entendiendo que ello tiene su razón de ser en salvaguardar la seguridad jurídica que proporciona la inscripción registral, la misma que prima sobre documentos privados o públicos no inscritos; y, obviamente, porque de la revisión de los asientos registrales y o títulos archivados, no te puedes dar cuenta de la falsificación.

No obstante, consideramos que esta situación es totalmente injusta, pues, legitima a un nuevo titular sin que el propietario primigenio o verdadero propietario, haya transferido su derecho de propiedad. Entonces, ¿de qué seguridad jurídica estamos hablando?

En otras palabras, «X» puede vender a «Z» un inmueble cuyo propietario es «Y» y «Z», a su vez, puede enajenar o hipotecar el bien, desahaciéndose del mismo; y, lamentablemente, «Y» tiene muy pocas esperanzas de recuperar la propiedad del predio porque éste se encuentra en proceso de ejecución o en manos de un aparente tercero de buena fe.

El supuesto de hecho mencionado anteriormente no es una cuestión pedagógica, no es un ejemplo extraído del mundo de las ideas, sino más bien, describe el actuar de una organización que hace poco saltó a los medios de comunicación conocida como la «Red Orellana».

Al respecto, se sabe que son ochentíun (81) personas naturales,<sup>1</sup> cincuentidós (52) personas jurídicas,<sup>2</sup> setentisiete (77) notarios<sup>3</sup> y cuatro (4) trabajadores de Sunarp. Si bien es cierto, que todas estas personas están siendo investigadas por presuntos ilícitos penales, debemos preguntarnos qué podemos hacer por las víctimas desde el derecho civil, es decir, qué podemos hacer con aquella persona que por el actuar de estos sujetos, perdieron la titularidad de su propiedad.

La lógica nos lleva a hacernos las siguientes preguntas, si el propie-

---

1 Diario *La República*, 14 de agosto de 2014. Disponible en línea en: <http://larepublica.pe/11-08-2014/comision-del-caso-rodolfo-orellana-resolvio-investigar-a-81-personas>. [Revisado el 10 de abril del 2015].

2 *Idem*.

3 Diario *La República*, 2 de octubre de 2014. Artículo en línea disponible en: <http://larepublica.pe/02-10-2014/mas-de-una-decena-de-notarios-son-investigados-por-presuntos-nexos-con-la-red-orellana>. [Revisado el 10 de abril de 2015].

tario del predio no declaró su voluntad de vender ni enajenar el predio, entonces, ¿cómo es posible que se pueda transferir el derecho de propiedad? En este caso, ¿estaríamos frente a un negocio inválido o válido?, ¿qué implicancias tiene un negocio inválido?; deberíamos tomar en cuenta que solicitar la nulidad de ese negocio jurídico, significa que fue válido por un tiempo, por lo menos, antes de la declaración judicial, y además es posible que se pueda enajenar el inmueble una vez más, a partir del documento que acredite el traslado de dominio, el mismo que puede ser declarado nulo.

Por otro lado, deberíamos preguntarnos si en realidad se han dado los efectos del contrato, y cuestionarnos dónde queda esa máxima del derecho que señala que «nadie puede vender lo que no le pertenece, ni comprar lo que le pertenece».

En términos generales, se ha enseñado usualmente que la ineficacia es lo que no produce efectos jurídicos, la misma que se clasifica en: ineficacia estructural, e ineficacia funcional. La primera, no produce efectos jurídicos por un defecto en la construcción del negocio jurídico, dentro del cual tenemos la categoría de la nulidad y anulabilidad. La segunda se aplica cuando el negocio jurídico está bien construido con elementos, presupuestos y requisitos, pero tiene problemas en el funcionamiento posterior a su celebración. Dentro de ella tenemos la rescisión, resolución, caducidad, reversión, revocación e inoponibilidad.

Esta forma de clasificar o diferenciar la ineficacia es predominante en la doctrina y jurisprudencia de nuestro país – esto es evidente en el Quinto Pleno Casatorio Civil –; sin embargo, en la actualidad se encuentra sumamente criticada, por la doctrina actual, puesto que, ya no es posible mantener esa diferenciación ante un análisis sesudo y reflexivo.

Al respecto, Cifuentes Santos señala:

Es por ello que se ha hablado de ineficacia estructural e ineficacia funcional, de ineficacia sustancial e ineficacia operativa; de ineficacia inicial o intrínseca e ineficacia posterior o extrínseca e ineficacia posterior o extrínseca; de ineficacia relativa e ineficacia absoluta, de ineficacia estática e ineficacia dinámica. Sin el adjetivo, sin argumentos que le den sentido y alcance, y aun sin una ubicación en las especies, las ideas quedarán en el aire. Luego, en mi opinión, hay que volver, para entenderse al primer vistazo y sin otros aderezos, a los clásicos términos como los de

nulidad, inoponibilidad, resolución, revocación, etcétera. Son estas figuras las que nos muestran el perfil singular, el qué de la cuestión, no solamente por el problema de los efectos perdidos, sino por la índole que les corresponde, sin perjuicio de explicar también complementariamente qué clase de ineficacia padecen. Es decir, la ineficacia no es una definición; un concepto, sino una consecuencia de aquellos tipos de irregularidades o anomalías del negocio jurídico.<sup>4</sup>

El profesor Rómulo Morales Hervias, afirma que «las categorías de ineficacias estructurales y funcionales no valoran hipótesis de causales estructurales que son, a su vez, funcionales como la inoponibilidad donde un sujeto carece de legitimidad (ineficacia estructural); sin embargo, el negocio jurídico será válido, pero ineficaz (ineficacia funcional).

Tampoco toman en cuenta que existen negocios jurídicos lesivos donde una parte se aprovecha de una específica situación de la contraparte (ineficacia estructural) causando un desequilibrio económico (ineficacia funcional). Ante estas críticas, las categorías de ineficacias estructurales y funcionales son incompletas porque no toman en consideración que hay hipótesis de negocios jurídicos con causales estructurales que al mismo tiempo tienen causales funcionales.<sup>5</sup>

Ahora bien, según Héctor Campos García:

La distinción entre la «ineficacia estructural» y la «ineficacia funcional», desde nuestro punto de vista, debe ser abandonada, toda vez que la misma no permite una cabal comprensión del fenómeno de la «ineficacia», en tanto es confusa e inconsistente, lo cual termina incidiendo en la forma en que se plantean las pretensiones de nulidad del negocio jurídico en nuestro ordenamiento.<sup>6</sup>

Así también, el mismo autor sostiene que:

4 CIFUENTES, Santos. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 2004, 2.<sup>a</sup> edición, p. 709.

5 MORALES HERVIAS, Rómulo. La impugnación de acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2014, n.º 15, p. 24.

6 CAMPOS GARCÍA, Héctor. «Apuntes introductorios a la pretensión de nulidad de negocio jurídico desde la perspectiva civil: análisis crítico de la posición del Quinto Pleno Casatorio Civil, respecto de la impugnación de negocios colegiales asociativos. En *Thémis*, 2014, n.º 66, p. 67.

En primer lugar, la denominación «ineficacia estructural» es confusa e impropia, en tanto no refleja aquello que se quiere explicar.<sup>7</sup>

Todas estas afirmaciones se dan básicamente por cuatro razones:<sup>8</sup>

- a) Es una verdad parcial que en la nulidad (supuesto de ineficacia estructural), los negocios jurídicos nacen muertos, y que no producen efectos jurídicos; sin embargo, la realidad nos demuestra que sí existen efectos jurídicos colaterales, los mismos que pueden ir desde la restitución de lo ejecutado, cancelación de los asientos registrales que publicitan el negocio jurídico, o incluso el resarcimiento de daños causados.<sup>9</sup>
- b) En casos de negocios jurídicos anulables, considera confuso que produciéndose los efectos jurídicos – queridos – se le considere como un escenario de ineficacia estructural.
- c) Considera que la ineficacia funcional es confusa porque se entiende que la única forma de considerar un negocio como válido y eficaz es, si ha mediado un hecho subsecuente a la celebración del negocio jurídico que impida la producción de los efectos jurídicos. Esta afirmación queda demostrada aparentemente cuando se celebran negocios jurídicos con una condición suspensiva voluntaria, cuya estructura es correcta o bien formada; pero, la eficacia del mismo será tardía, o no se daría, no por causa sobrevenida sino originaria; es decir, la ineficacia no se encuentra en un evento extrínseco sino en la voluntad de las partes. Razón por la cual concluye que la ineficacia funcional no es idónea para representar todo aquello que pretende explicar.

---

7 *Ibidem.*

8 *Ibidem.*

9 Respecto de la primera razón que tiene el profesor Héctor Campos García, es necesaria una precisión, el problema radica en que en varios libros, y no pocos profesores, enseñan que la nulidad se diferencia de la anulabilidad en que el primero nace muerto y el segundo nace enfermo de gravedad; sin embargo, el mismo profesor Lizardo Taboada aclaró este punto, señalando que lo correcto es enseñar que «los negocios jurídicos nulos nunca producen los efectos que en abstracto *tenían* que haber producido» – resaltado nuestro – (TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Griley, 2004, 2.<sup>a</sup> edición, p. 351), esto significa, que no niega la producción efectos jurídicos colaterales, sino que el problema, radica en cómo están enseñando esta categoría que en verdad sigue siendo no muy clara.

- d) La distinción entre ineficacia funcional y estructural es inconsistente porque, en realidad, son dos criterios clasificatorios complementarios y no excluyentes que, simplemente, responden a diferentes parámetros de referencia, entonces, no debemos buscar parámetros más estables para diferenciar o estudiar las patologías de los negocios jurídicos, tales como: la ineficacia originaria, la ineficacia sucesiva, la ineficacia intrínseca y la ineficacia extrínseca.

Lamentablemente, en nuestro medio, es usual que muchos abogados no puedan diferenciar un negocio nulo de un negocio anulable, y mucho menos diferenciar la nulidad estructural de la funcional, sin embargo, no debemos olvidar que tenemos consagrado en nuestro Código Civil la figura de la nulidad y la anulabilidad, éstas a su vez, responden a la teoría de la invalidez originada o creada por la dogmática civil.

Para un correcto estudio de la ineficacia, en general, y si realmente quisiéramos apostar por una «Teoría general de la ineficacia del negocio jurídico», debemos empezar por estudiar la existencia o inexistencia – también puede ser entendida en términos de relevancia o irrelevancia jurídica –, porque sólo así es posible pasar al siguiente nivel que sería la validez o invalidez del negocio jurídico, porque sólo debemos declarar inválido o válido aquello que existe o es relevante para el derecho; luego, podemos hablar de su eficacia en sentido estricto, según lo que las partes quieren o quisieron lograr con el negocio jurídico.

Esta clasificación es planteada por Bigliazzi, Breccia y otros,<sup>10</sup> pues, consideran que el negocio jurídico atraviesa por tres tipos de calificaciones; el primero, es el denominado juicio de relevancia, en donde se constata si el hecho fáctico presenta los datos mínimos que permitan identificarlo como negocio jurídico. Sólo si el hecho fáctico ha sido calificado como relevante podrá pasarse a la siguiente calificación, la cual es conocida por nosotros como el «juicio de validez», el mismo que consiste en constatar que el negocio jurídico, sea conforme o no al ordenamiento jurídico; y en

---

10 BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco BUSNELLI y Hugo NATOLI. *Derecho Civil, hechos y actos jurídicos*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, vol. 2, tomo 1, pp. 994-996.



tercer lugar, tenemos el «juicio de ineficacia», en el cual se verificará si el negocio jurídico realmente produce los efectos jurídicos queridos por las partes.

En ese mismo sentido, Héctor Campos García<sup>11</sup> explica que si una actividad humana, como es el negocio jurídico, es valorada por ordenamiento, independientemente de si tal valoración es positiva o negativa, se dirá que dicha actividad es «relevante jurídicamente», con lo que estaremos ante la categoría de la «existencia jurídica».

Ahora bien, si la misma actividad en concreto es del todo indiferente para el ordenamiento jurídico, entonces, se considera que dicha actividad es «irrelevante» jurídicamente, estamos ante la inexistencia.

Posteriormente, si dicha actividad es considerada relevante jurídicamente, debemos pronunciarnos de forma positiva o negativa. Si la calificación es positiva, la razón es porque esta actividad negocial se encuentra conforme a los parámetros valorativos establecidos por el ordenamiento jurídico. Si así fuera, la denominaremos como «válida» y nos encontraremos dentro de la categoría de la «validez».

Sin embargo, si ocurriera lo contrario y tal actividad negocial fuera considerada de forma negativa, estaremos ante la categoría jurídica de la «invalidez».

A nuestro juicio y considerando lo dicho por el jurista italiano Renato Scognamiglio, quien considera que puede ser válido destacar que cuando el discurso tiene por objeto los fenómenos jurídicos, se debe considerar un doble campo de la realidad: el *sein* y el *sollen* (*sein* por «ser» y *sollen* por «deber»).

Así, pues, es posible que tenga sentido hablar de inexistencia jurídica, en contraposición, justamente a la inexistencia material»,<sup>12</sup> el negocio jurídico puede tener el siguiente comportamiento en el mundo real y en el mundo ideal:

---

11 CAMPOS GARCÍA, Héctor. *Invalidez e ineficacia negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil peruano)*. En *El negocio jurídico*. LAZARTE ZABARBURÚ, Marina. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 2014, pp. 149-150.

12 SCONAGMIGLIO, Renato. *Contribución a la teoría del negocio jurídico*. Traducido por Leysser León Hilario. Lima: Grijley, 2004, 1.<sup>a</sup> edición, p. 426.

NJ = SÍ EXISTE = PUEDE SER VÁLIDO = PUEDE SER EFICAZ

NJ = SÍ EXISTE = PUEDE SER VÁLIDO = PUEDE NO SER EFICAZ

NJ = SÍ EXISTE = PUEDE SER INVÁLIDO = PUEDE SER EFICAZ

NJ = SÍ EXISTE = PUEDE SER INVÁLIDO = PUEDE NO SER EFICAZ

NJ = NO EXISTE = NO PUEDE SER VÁLIDO = NO PUEDE SER EFICAZ (IDEAL)

NJ = NO EXISTE = PUEDE SER VÁLIDO = PUEDE SER EFICAZ (EN LA REALIDAD SOCIAL)

NJ = NO EXISTE = NO DEBE SER VÁLIDO = NO DEBE SER EFICAZ

(en el mundo del derecho —plano deontológico del sistema jurídico peruano, y esta realidad jurídica debe imponerse sobre la apariencia jurídica—).

## 2. LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA

### 1.1. *Antecedentes de la teoría de la inexistencia*

Existen varias versiones respecto al origen de la inexistencia, entre las cuales podemos destacar las siguientes:

- a) El profesor español José Luis de los Mozos<sup>13</sup> señala que fue el Primer Cónsul Bonaparte, quien no estaba de acuerdo con la redacción del artículo 4 del proyecto de ley del 27 ventoso del año XI sobre el matrimonio, pues, de la redacción se entendía que cuando no había consentimiento libre, el matrimonio era nulo. Sin embargo, Napoleón, consideraba que si no había consentimiento libre el matrimonio era inexistente; diferente era que hubiera consentimiento, pero éste fuera producido por violencia, en este caso, el matrimonio sí deberá declararse nulo.
- b) El profesor italiano Vincenzo Roppo expresa que la categoría<sup>14</sup> (de la inexistencia) nace históricamente, para impedir los efectos del

13 DE LOS MOZOS, José Luis. *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*. Madrid: Montecorvo, 1987, pp. 100-101.

14 Roppo Vincenzo. "El Contrato". Edit. Gaceta Jurídica, 1ra Ed. 2009, p. 695.

matrimonio entre personas del mismo sexo: en la dificultad de decir que el matrimonio era nulo (ya que ninguna norma contemplaba la identidad del sexo entre la invalidez matrimonial), se pensó en decir que no existía ningún matrimonio.

c) Así también, Francesco Galgano, señala que:

La inexistencia es una categoría cuyo origen es antiguo: los canonistas medievales, a los cuales se debe la primera elaboración del contrato inexistente, consideraban como tal al matrimonio celebrado entre personas del mismo sexo, y lo consideraban inexistente en tanto que contrario al concepto natural de matrimonio, a falta de una norma de derecho que hubiese contemplado esta hipótesis.<sup>15</sup>

c) Para otros<sup>16</sup> la noción de inexistencia fue propuesta por el jurista alemán llamado Zachariae, a quienes algunos sindicaron como el padre de la teoría de la inexistencia.

Lo que es importante destacar aquí, es que la teoría de la inexistencia tiene una utilidad práctica, y para eso sirven las teorías, para ayudar a la solución de problemas o conflictos reales y ayudar a la armonización de las normas, haciéndolas más entendibles y lograr la interpretación de las mismas.

## **1.2. Conceptualizando la inexistencia del negocio jurídico**

Vicenzo Roppo considera que «la invalidez es una categoría predominantemente doctrinal; la inexistencia del contrato es la categoría totalmente doctrinal (y jurisprudencial), sin siquiera un mínimo de enganche en las palabras de la ley, que la invalidez puede jactar»,<sup>17</sup> lo cual, es plenamente válido en nuestro país, pues el desarrollo de la «teoría de la inexistencia del negocio jurídico», se ha llevado a cabo por la doctrina, mencionada en algunas ocasiones en sentencias, y aludida frecuentemente en las demandas de nulidad.

---

15 Galgano, Francesco. *El Negocio Jurídico*. Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 1992, pág. 261

16 Ob. Cit. Sconamiglio Renato, p. 427.

17 *Ibidem*. Roppo Vicenzo. Pág. 695.

Manuel Albaladejo sostiene que la inexistencia se produce cuando:

Falta un negocio o un negocio completo. Aunque exista un hecho exterior o elementos parciales de un negocio, ni a aquél ni a éstos les cuadra la denominación de negocio (total) aunque, a veces, se les dé.<sup>18</sup>

Por tanto, la idea de que para que se aplique la inexistencia no tiene que «existir» absolutamente nada, no es del todo aceptado en la doctrina, puesto que la inexistencia no es física, ni material, sino jurídica (abstracta).

Jimmy Ronquillo Pascual, advierte que el negocio jurídico inexistente se puede conceptualizar como «aquél que carece de algún componente que impide su identificación en un tipo negocial, no produce efectos — sin perjuicio del efecto restitutorio y del posible resarcimiento de daños que no serán efectuados del negocio inexistente sino de la ley —, no puede subsanarse (ni por voluntad de las partes ni por el transcurso del tiempo), no exige declaración judicial, puede ser cuestionado por cualquier tercero con interés y es imprescriptible; siendo sus causales: la ausencia de los presupuestos o elementos del negocio jurídico y la formación incompleta del negocio [...]».<sup>19</sup>

La «teoría de la inexistencia del negocio jurídico» —o acto jurídico según el *nomen iuris* utilizado en nuestro código—; es una operación lógica y funcional; lógica porque no puede declararse nulo lo que no existe, ni puede declararse anulable lo que no existe, ni tampoco puede convalidarse, ratificarse o confirmarse lo que jurídicamente nunca existió. Así también lo plantea el jurista italiano Renato Sconamiglio, al afirmar que «la inexistencia es la forma más radical de ineficacia; y, lógicamente, la primera de ellas, en tanto excluye, de por sí las demás figuras, atendiendo a la irrefutable circunstancia de que el negocio que no existe, no puede ni siquiera ser inválido o ineficaz en sentido estricto».<sup>20</sup> Y decimos que es funcional porque es aplicable a diferentes supuestos, como los señalados

18 Citado por NÚÑEZ MOLINA, Waldo F. En «Ineficacias y nulidades de los actos o negocios jurídicos». Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 2003, 1.ª edición, p. 78.

19 RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. «La impugnación de acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2014, n.º 15, pp. 69 y ss.

20 *Ob. cit.* SCONAGMIGLIO, Renato, p. 427.

por Ronquillo «[...] la ausencia de partes, la ausencia de causa y la ausencia de objeto, la ausencia de manifestación de voluntad [...]».<sup>21</sup>

Así también, los profesores italianos Bigliazzi, Breccia y otros, señalan que «[...] el juicio de irrelevancia no se debe confundir con el de invalidez: el primero opera con referencia a cualquier hecho, que tenga o no naturaleza negocial; en tanto que el segundo opera, sobre todo, con referencia a los negocio jurídicos y presupone que previamente se haya resuelto el problema relativo a la identificación y a la calificación de un supuesto de hecho jurídicamente relevante».<sup>22</sup>

### 1.3. *Aplicabilidad y utilidad de la inexistencia en el Perú*

Hay quienes sostienen que la teoría de la inexistencia como categoría lógica es inútil e innecesaria porque, simplemente, no podemos darle valor a algo que no existe. Por otro lado, algunos consideran que cuando en un ordenamiento jurídico se legisla la nulidad virtual, es inaplicable la figura de la «inexistencia», o peor aún, algunos sostienen que la nulidad absoluta implica la inexistencia.

En el Quinto Pleno Casatorio Civil, se señala textualmente que la inexistencia no puede ser utilizada en el Perú; y se dan dos razones para la no aplicación de la categoría de la inexistencia del negocio jurídico. La primera es que no se encuentra regulada en el Código Civil, y la segunda es que nuestro sistema regula la nulidad virtual.

Al respecto, Jimmy J. Ronquillo considera que «debemos preguntarnos, ¿en alguno de los Códigos Civiles de los países de donde viene esta doctrina (Francia, Alemania, Italia) se regula la categoría de la inexistencia?»

La respuesta, evidentemente, es negativa, y es coherente que así sea, pues, «una norma jurídica, en efecto, no puede sancionar directamente la inexistencia porque la norma, para ser aplicable, presupone que una *fattispecie* que exista, aunque viciada en alguno de sus elementos; si ésta

---

21 RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. La impugnación de acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil. En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2014, n.º 15, p. 71.

22 BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco BUSNELLI y Hugo NATOLI. *Derecho Civil, hechos y actos jurídicos*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, vol. 2, tomo 1, p. 1027.

es, en cambio, inexistente, su aplicación no es posible y los efectos por ella previstos no pueden en modo alguno verificarse».

Redunda a favor de la coherencia de su ausente regulación, el hecho de que se trate de una categoría lógica que como tal no requiere de un reconocimiento legal que explicita su vigencia. Por último, quienes redactaron el Pleno Casatorio, parecen haber olvidado que el silencio de la ley no puede ser obstáculo para el reconocimiento de institutos que pudiesen resultar útiles para proteger intereses relevantes, como lo es la categoría en cuestión — a diferencia de la modalidad más grave de invalidez — impide toda posibilidad de convalidación y es imprescriptible». <sup>23</sup>

Sobre la segunda razón, el mismo autor señala que «la nulidad virtual también aparece normada en el Código Civil italiano (artículo 1418), en el Código Civil francés (artículo 6), en el Código Civil alemán (artículos 134 y 138.1), y ello no ha impedido que la doctrina y la jurisprudencia de dichos sistemas hayan desarrollado profusamente la categoría de la inexistencia, por lo que aquello no es impedimento alguno para la vigencia y aplicabilidad de esta categoría». <sup>24</sup>

García Campos <sup>25</sup> considera que existen cuatro hipótesis en las que cabe hablar de inexistencia del negocio jurídico:

Declaración hecha en broma o carente de seriedad por revestir un fin representativo, didáctico o lúdico.

- a) Declaración emitida mediante violencia física.
- b) Declaración obtenida sobre la base de la falsificación de un documento.
- c) Ausencia de formalidad obligatoria prescrita legalmente.
- d) Asimismo, al igual que Shoschana Zusman, considera que la ausencia de manifestación de voluntad también es un supuesto de inexistencia, postura que no comparto, puesto que teóricamente

---

23 RONQUILLO PASCUAL, Jimmy. «La impugnación de acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2014, n.º 15, pp. 64-65.

24 MORALES HERVIAS, Rómulo. «La impugnación de acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil». *Idem*, p. 65.

25 *Ob. cit.* «Invalidez e ineficacia negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil Peruano)», pp. 163-164.

podría encontrarse diferencias entre la falta de manifestación de voluntad y la ausencia de declaración de voluntad –la inexistencia implica la ausencia total de declaración de voluntad del titular del derecho de propiedad–.

Por otro lado, hace más de 20 años Shoschana Zusman Timman, sostuvo “no obstante hoy, en consideración a que el principio de que no hay nulidad sin texto ha sido recogido por muchos códigos, incluyendo al Código Civil peruano, un sector de la doctrina viene postulando la autonomía y vigencia de la figura de la inexistencia, oponiéndose a quienes, a partir de una óptica formalista del Derecho (declaracionismo radical) y en consideración a la “seguridad jurídica” consideran peligroso dejar en manos de los jueces una herramienta tan poco precisa como la inexistencia. Tal tendencia a la formalización del Derecho, fuerza al legislador a inmunizar al contrato de la posibilidad de ser destruido (e incluso interpretado) sin norma legal explícita. En esos contextos, figuras como la de la inexistencia son vistas como “subversivas” de un orden supuestamente establecido a partir de la letra de la ley, sin considerar que la formalización llevada al extremo, termina propiciando situaciones de abuso del fuerte sobre el débil”<sup>26</sup>.

En la actualidad, se sobreprotege al tercero de buena fe que adquiere un predio, sin importar, los medios por los cuales adquirió; el sistema registral y judicial avalan, ratifican o convalidan –aunque no quieran– las inscripciones realizadas en base escrituras públicas realizadas mediante la falsificación o suplantación del titular registral y subsecuentes compras ventas.

Por tal razón, resulta necesario aplicar la categoría de la inexistencia para frenar el actuar de mafias que se apropian de propiedades y crean una apariencia de legalidad, y construir una verdadera seguridad jurídica en el país.

Así también, García Campos señala que respecto de aquellos negocios jurídicos productos de la falsificación “(...) se tendrá que considerar que no generan ningún efecto jurídico, solución que se impone, más allá

---

26 ZUSMAN TIMMAN, Shoschana. «Teoría de la invalidez y de la ineficacia». En *Ius et Veritas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, año IV, n.º 7, p. 161.

de las consideraciones jurídicas expuestas, por una necesidad de brindar una solución concreta al problema de la falsificación de documentos que, en un medio como el nuestro, es un mecanismo usual con el que se priva de propiedad a sus verdaderos titulares<sup>27</sup>.

### 3. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA REFLEXIÓN

Ante el actuar de diversos grupos u organizaciones delincuenciales, que forman o crean a un aparente tercero de buena fe, y ante la dificultad de probar ese nexo entre el tercero aparente y la «mafia», es necesario que en el Perú se considere una sanción –remedio que pueda ser capaz de declarar sin efectos jurídicos, aquello que jurídicamente nunca existió; es decir, una transferencia de propiedad–.

En tal sentido, la teoría de la inexistencia del negocio jurídico, es una categoría lógica y funcional, que no necesariamente debe estar legislada, como en el caso de Italia y otros países, para su utilización, y cuya aplicación se puede dar al margen de que se encuentre legislada la nulidad virtual, pues, son supuestos diferentes.

Es difícil ir contra la corriente, todos quieren proteger el comercio, todos quieren proteger el mercado, la mayoría quiere proteger la circulación de la riqueza, en pro de una seguridad jurídica aparente. Estamos sacrificando a los que realmente merecen tener seguridad jurídica, esto es, al propietario víctima de la falsificación, o suplantación.

¿Cómo es posible aceptar que una forma de perder la propiedad es por la falsificación o suplantación del propietario? ¿A quién protege el sistema registral? ¿Protegemos a los compradores o a los propietarios?

Consideramos que si no protegemos a los propietarios verdaderos, al que adquirió correctamente sin lesionar el derecho de nadie; no podremos proteger a los adquirentes, quienes son los futuros propietarios.

Por último, cuando un juez va a dirimir sobre la nulidad o ineficacia de una compraventa, debería, en primer lugar, preguntarse si ésta existe jurídicamente o si es relevante jurídicamente.

Posteriormente a ello, debe realizar el juicio de validez, con el que

---

27 *Ob. cit.* «Invalidéz e ineficacia negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil peruano)», p. 164.



verifica si se han cumplido los requisitos predeterminados por norma para la validez del negocio jurídico; y, por último, debe realizar el juicio de eficacia, si realmente se han cumplido los efectos queridos por las partes, o de no ser así, encontrar la razón por la cual no ha tenido efectos jurídicos.

Asimismo, se deberá considerar que su función es administrar justicia, y que la mala redacción de las normas o lagunas normativas, no deben ser óbice para que cumpla esa función.

Necesitamos aplicar la teoría de la inexistencia en el Perú hoy, por ello, es necesario estudiar un poco más acerca de la teoría de la ineficacia; redefinir nuestros conceptos e interpretar el Código Civil según las necesidades actuales, y no esperar una modificación normativa para una correcta administración de justicia, que no permita ni convalide injusticias.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA**

- BIGLIAZZI GERI, Lina, Umberto BRECCIA, Francesco BUSNELLI y Hugo NATOLI. *Derecho Civil, hechos y actos jurídicos*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, vol. 2, tomo I.
- CAMPOS GARCÍA, Héctor. «Apuntes introductorios a la pretensión de nulidad de negocio jurídico desde la perspectiva civil: análisis crítico de la posición del Quinto Pleno Casatorio Civil, respecto de la impugnación de negocios colegiales asociativos». En *Themis*, 2014, n.º 66.
- CAMPOS GARCÍA, Héctor. «Invalidez e ineficacia negocial (apuntes introductorios para su estudio en el Código Civil peruano)». En *El negocio jurídico*. Obra colectiva. LAZARTE ZABARBURÚ, Marina. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 2014.
- DE LOS MOZOS, José Luis. *El negocio jurídico (Estudios de Derecho Civil)*. Madrid: Montecorvo, 1987.
- GALGANO, Francesco. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo Blanch, 1992.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. «La impugnación de acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2014, n.º 15.

- ROPPO, VICENZO. «El contrato». Lima: Gaceta Jurídica. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Traducción a cura de Eugenia Ariano Deho, 2009.
- CIFUENTES, SANTOS. *El negocio jurídico*. Buenos Aires: Depalma, 2004, 2.<sup>a</sup> edición.
- SCONAGMIGLIO RENATO. Contribución a la teoría del negocio jurídico. Traducción de Leysser León Hilario. Lima: Grijley, 2004, 1.<sup>a</sup> edición.
- TABOADA CÓRDOVA, LIZARDO. *Acto jurídico, negocio jurídico y contratos*. Lima: Grijley, 2002, 2.<sup>a</sup> edición, 2013.
- NÚÑEZ MOLINA, WALDO F. *Ineficacias y nulidades de los actos o negocios jurídicos*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 2003, 1.<sup>a</sup> edición.
- RONQUILLO PASCUAL, JIMMY. «La impugnación de acuerdos en el Quinto Pleno Casatorio Civil». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, 2014, n.º 15.
- ZUSMAN TINMAN, SHOSCHANA. «Teoría de la invalidez y de la ineficacia». En *Ius et Veritas*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, año IV, n.º 7.



Se terminó de imprimir en los talleres  
gráficos del **Grupo Editorial Lex & Iuris**  
en la ciudad de Lima,  
en el mes de Junio del 2016.