



Presentación
JORGE AVENDAÑO VALDEZ

DICCIONARIO CIVIL

Presentación
JORGE AVENDAÑO VALDEZ

DICCIONARIO CIVIL

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 • TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

GACETA JURIDICA

DICCIONARIO CIVIL

PRIMERA EDICIÓN
ENERO 2013
4,640 ejemplares

© **Gaceta Jurídica S.A.**

PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN
TOTAL O PARCIAL
DERECHOS RESERVADOS
D.LEG. N° 822

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
2012-11390

LEY N° 26905 / D.S. N° 017-98-ED
ISBN: 9786124113994

REGISTRO DE PROYECTO EDITORIAL
31501221200682

DIAGRAMACIÓN DE CARÁTULA
Martha Hidalgo Rivero

DIAGRAMACIÓN DE INTERIORES
Erick Saravia Pacaya

GACETA JURÍDICA S.A.

ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES
LIMA 18 - PERÚ

CENTRAL TELEFÓNICA: (01)710-8900
FAX: 241-2323

E-mail: ventas@gacetajuridica.com.pe

Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L.
San Alberto 201 - Surquillo
Lima 34 - Perú

AUTORES

JUAN CARLOS ESQUIVEL OVIEDO
DAVID JONATAN GARCÍA SÁNCHEZ
RICARDO ANGEL GELDRES CAMPOS
JOE NAVARRETE PÉREZ
ALAN PASCO ARAUCO
ORESTE GHERSON ROCA MENDOZA
MIRIAM MABEL TOMAYLLA ROJAS
MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO
MARCO ANDREI TORRES MALDONADO

DIRECTOR

MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

COORDINADOR

LUIS CÁRDENAS RODRÍGUEZ

Presentación

La codificación civil fue un fenómeno que tuvo como propósito regular de modo comprensivo, sistemático y ordenado los aspectos más importantes de la vida de todo ciudadano. Así, el nacimiento, el matrimonio, las relaciones patrimoniales y extrapatrimoniales con otras personas, la sucesión de sus bienes, su actuar individual y de manera asociada, todos estos actos pasaron a estar regulados en un cuerpo normativo, el Código Civil.

Hubo un tiempo en que el radio de acción de dicho Código se extendía incluso a la regulación de las sociedades y las relaciones laborales, lo que no ocurre en la actualidad, ante el surgimiento de disciplinas autónomas. Esto ha dado pie a que se vislumbre un fenómeno inverso, denominado desregulación; sin embargo, el Código Civil ha sabido mantener su rol estelar junto a la Constitución. Así lo demuestra la copiosa jurisprudencia y la proficua labor doctrinaria que se ha desarrollado a su alrededor.

Este influjo de la legislación y las instituciones civiles ha determinado que su estudio y conocimiento sea la base sobre la cual se sustenta el buen manejo y conocimiento de todas las disciplinas jurídicas. En efecto, el profesional del Derecho en su ejercicio cotidiano, cualquiera sea su especialidad, se vincula necesariamente con la legislación civil, pues esta no solo suele ser objeto de remisión de otras normativas, como la penal, administrativa, laboral o constitucional, sino que es de necesaria y obligatoria cita tanto en los tribunales como en el ámbito de la consultoría.

De ahí que los diccionarios jurídicos resulten de importancia para un manejo rápido y asequible de las principales instituciones civiles, a los que los abogados y operadores jurídicos en general acuden cuando analizan los casos que les son presentados o llegan a su conocimiento. Más allá de la experiencia y los conocimientos de los cuales disponga todo abogado, siempre resulta recomendable que pueda tenerse a la mano un texto que proporcione información rápida y precisa sobre la multiplicidad de conceptos y temas de nuestra materia.

Por ello, es importante la iniciativa de Gaceta Jurídica de publicar –como parte de la suscripción 2013 de su producto “Gaceta Jurídica - Actualidad Jurídica”–, el volumen titulado *Diccionario Civil*, obra que se constituirá en fuente de consulta completa y fiable de los conceptos e instituciones fundamentales que gobiernan esta disciplina.

Los temas abordados en las 430 voces que forman parte de esta obra abarcan la más amplia gama de conceptos no solo del Derecho Civil, sino también del Derecho Registral, con el objetivo de cubrir todas las nociones presentes en el Código Civil y, a la vez, tratar aspectos contemplados en la legislación especial y en la jurisprudencia tomando debida nota de las reglas establecidas con calidad de precedentes vinculantes, de los pronunciamientos en materia civil emitidos por el Tribunal Constitucional, además de otras resoluciones relevantes.

Al reunir en un solo volumen dichas definiciones se habilita un instrumento de suma utilidad práctica para el profesional del Derecho, quien contará con una exposición clara, suficiente y concisa de la voz buscada a fin de despejar rápidamente cualquier interrogante y conocer de manera inmediata las delimitaciones y diferencias con otras nociones.

La utilidad práctica de esta obra se revela en que no solo se detiene en la clásica definición doctrinaria, sino que acoge, asimismo, las definiciones presentes en la normativa civil, tanto en el propio Código como en las normas de desarrollo y complementarias y, sobre todo, en los reglamentos registrales. Las voces han sido descritas de tal modo que permiten al lector un conocimiento lo suficientemente claro y completo de las instituciones involucradas.

Además, y como ya se ha puesto de relieve, se ha prestado una especial atención al llamado Derecho vivo, es decir, al desarrollo jurisprudencial en aplicación e interpretación de la legislación, por lo que las definiciones incluidas en este diccionario reflejan en gran cantidad la evolución operada en los conceptos a través de las orientaciones provenientes de los innumerables pronunciamientos de nuestra judicatura.

Con seguridad esta nueva publicación de Gaceta Jurídica será de gran utilidad para los profesionales vinculados al ejercicio del Derecho Civil en sus distintos ámbitos.

Jorge Avendaño Valdez

Índice por letras

■ A	9	■ M	287
■ B	55	■ N	309
■ C	67	■ O	317
■ D	133	■ P	341
■ E	177	■ R	399
■ F	201	■ S	451
■ G	221	■ T	489
■ H	225	■ U	511
■ I	239	■ V	521
■ J	273		
■ L	277		

A

■ ABANDONO

Por abandono, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua entiende: “Renuncia, sin beneficiario determinado, con pérdida del dominio o posesión sobre cosas que recobran su condición de bienes *nullius* o adquieren la de mostrencos”. El abandono no es sino una específica modalidad de renuncia. Entendida esta como causa de extinción de los derechos reales, aquella es suficiente para extinguir los derechos reales limitativos del dominio, en cambio, no basta con ella sola para extinguir la propiedad: es imprescindible la renuncia seguida del abandono o desposesión de la cosa para que la renuncia de la propiedad sea eficaz. En consecuencia, el abandono no es sino un plus o elemento añadido a la renuncia, necesario para que por esta causa pueda extinguirse válidamente el derecho real de propiedad.

De este modo, cuando se habla de renuncia se hace referencia a una de las varias causas de extinción de los derechos reales, y cuando se habla

de abandono se hace referencia a la eficaz renuncia del derecho de propiedad.

Conforme ya se indicó, el abandono no es más que un elemento añadido para el caso de la renuncia sobre el derecho de propiedad. Mientras en los demás derechos reales basta la renuncia (es decir, la mera declaración de voluntad no recepticia) para su extinción, en cambio en la propiedad, es imprescindible el abandono o desposesión para que se produzca la pérdida del derecho.

En el Derecho romano, la pérdida de la propiedad por abandono tenía lugar por un negocio jurídico que se llamaba "derelictio", término que permitía a su vez fijar los dos requisitos que se venían exigiendo comúnmente para su validez: *animus derelinquendi* (voluntad o intención de abandonar) y *corpus derelictionis* (abandono de la posesión o desposesión). Aunque en un plano teórico no es fácil comprender por qué dar un tratamiento distinto al dominio y al resto de derechos reales en orden a su extinción por renuncia de

su titular, ello sí tiene sentido en la práctica, ya que, en el supuesto de que el dueño renunciara, sin llegar a despojarse de la cosa, le bastaría la voluntad de ocuparla para volver a ser su dueño, siendo así que tendría en todo caso la decisión de extinguir el derecho en sus propias manos. Es preferible esperar por lo tanto a que se desposea para que la renuncia a la propiedad cobre eficacia. Por el contrario, en los derechos reales limitativos de la propiedad o sobre cosa ajena —como la renuncia revierte su contenido en el dueño—, las facultades que se desgajaron del dominio para integrar el *ius in re aliena* pasan, con la renuncia sobre este, de nuevo al propietario.

ABUSO DE AUTORIDAD

El abuso de autoridad constituye un delito tipificado en el artículo 376 del Código Penal, que asume relevancia jurídica en el ámbito civil en virtud de lo establecido en el artículo 414 del Código Civil:

“En los casos del artículo 402, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por este y por el embarazo. También tiene derecho a ser indemnizado por el daño moral en los casos de abuso de autoridad

o promesa de matrimonio, si esta última consta de modo indubitable, de cohabitación delictuosa o de minoridad al tiempo de la concepción.

Estas acciones son personales, deben ser interpuestas antes del nacimiento del hijo o dentro del año siguiente; se dirigen contra el padre o sus herederos y pueden ejercitarse ante el juez del domicilio del demandado o del demandante”.

Al parecer, lo que la norma regula es el resarcimiento del daño moral a favor de la madre que se ve afectada como consecuencia de haber mantenido relaciones sexuales con determinada persona con ocasión de la comisión del delito de abuso de autoridad; y cuando producto del mantenimiento de estas relaciones nace un menor.

Conforme el ya citado artículo 376 del Código Penal, el delito de abuso de autoridad se encuentra regulado del siguiente modo:

“El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena un acto arbitrario que cause perjuicio a alguien será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años.

Si los hechos derivan de un procedimiento de cobranza coactiva, la pena privativa de libertad será no menor de dos ni mayor de cuatro años”.

Para que se configure un caso de abuso de autoridad, la conducta ilícita debe guardar relación con el cargo asumido, esto es, presupone el ejercicio de la función pública dentro de las facultades conferidas por el ordenamiento jurídico vigente, por lo que en estos casos, dicho precepto debe ser integrado con las normas de otras ramas del Derecho Público que fijan las funciones de los órganos de la Administración Pública y, consiguientemente, determinan la forma y los límites dentro de los cuales puede el funcionario ejercitarlas lícitamente.

Por su parte, el artículo 376-A establece un tipo penal derivado, donde el abuso de autoridad constituye el elemento central. Así, la referida norma consagra el delito de abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios:

“El que, valiéndose de su condición de funcionario o servidor público, condiciona la distribución de bienes o la prestación de servicios correspondientes a programas públicos de apoyo o desarrollo social, con la finalidad de obtener ventaja política y/o electoral de cualquier tipo a favor propio o de terceros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal”.

ABUSO DEL DERECHO (EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO)

El abuso del derecho, o mejor dicho el ejercicio u omisión abusiva del derecho [subjeto], es un principio general del derecho que atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y otro patológico. En el primero, el abuso del derecho es un límite impuesto al ejercicio del derecho subjetivo. A diferencia del segundo, en donde el abuso del derecho se asimila a los principios generales de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva).

En efecto, el abuso del derecho surge como una reacción jurisprudencial frente a la dogmatización del derecho subjetivo, convertido hoy, si lo analizamos en su momento fisiológico, en un Principio General del Derecho. De igual modo, estamos en el escenario del abuso del derecho, cuando se realizan actos o se omiten que exceden los límites previstos de la norma que reconoce determinados derechos; este exceso se traduce en un mal uso del derecho que el ordenamiento jurídico reconoce, ocasionando un desamparo de parte del sistema jurídico en general. Afecta también a las normas generales de

convivencia social creando, por ende, una situación de injusticia.

El ser titular de una prerrogativa significa que el derecho subjetivo atribuido está condicionado a ciertos deberes. Entonces, el abuso constituye una inobservancia de tales deberes que tiñen el acto o la omisión de una ilicitud muy particular, ya que con el comportamiento defectuoso se lesiona un interés no tutelado por la norma jurídica específica.

Además del incumplimiento de los deberes que van aparejados a los derechos en cada situación jurídica, el acto abusivo desconoce la estructura bidimensional del ser humano. Se orienta, sin más, a satisfacer los apetitos personales que lesionan la confianza de los terceros; por ende, es contrario al valor solidaridad.

No importa que se tenga o no una intención dolosa o deliberada de causar daño con el acto irregular. El abuso debe apreciarse objetivamente; el juez debe indagar el acatamiento o no de los deberes que correspondían al titular de los derechos.

Cabe anotar que el acto que se califica como abuso del derecho es un acto en principio lícito, es decir, que formalmente constituye ejercicio de un derecho subjetivo dentro del sistema jurídico de que se trate. Sin embargo, este acto lícito contraría el espíritu o los principios del Derecho en el transcurso de su ejecución, por lo que el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para

ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia social, nada menos que un principio general del derecho dentro del que se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del no uso de un derecho patrimonial. Se trata, por cierto, de una ilicitud sui géneris, lo que permite considerar al abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría General del Derecho.

Cuando se determina que se ha producido un abuso en el ejercicio de los derechos, las consecuencias son: que el Derecho no ampara tal circunstancia; que se puede exigir la adopción de medidas destinadas a evitar o suprimir el abuso. Estas son las consecuencias propias del ejercicio abusivo de los derechos. Además se podrá pedir una indemnización que no es consecuencia propia del abuso, sino de la responsabilidad civil (artículo 1969 y siguientes del Código Civil), cuando se demuestre que, además del abuso, hubo un daño que debe ser resarcido. Pero no es necesario que haya una indemnización para que la figura del abuso funcione, pues sus dos consecuencias propias son válidas en sí mismas.

Finalmente, hay que recordar que el artículo 103 de la Constitución, en su parte final, establece: “La Constitución no ampara el abuso del derecho”.

■ ACCESIÓN

La accesión es un modo de adquirir la propiedad consistente en la unión o adhesión material de un bien en otro bien. A dichos efectos, se deberá tomar en cuenta la imposibilidad de poder separar los bienes unidos o adheridos. La propiedad del bien unido o adherido es adquirida por aquel propietario del bien al que se une o adhiere el primero, aunque existen excepciones, como se verá luego. En concordancia con aquello, el Código establece las siguientes reglas:

1. Uniones de tierra:

- a) Las uniones de tierra y los incrementos que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a lo largo de los ríos o torrentes, pertenecen al propietario del fundo.
- b) Las uniones producidas por la fuerza del río que arranca una porción considerable y reconocible en un campo ribereño y lo lleva al de otro propietario ribereño. En dicho caso, el primer propietario puede reclamar su propiedad, debiendo hacerlo dentro de dos años del acaecimiento. Vencido este plazo perderá su derecho de propiedad, salvo que el propietario del campo al que se unió la porción arrancada no haya tomado aún posesión de ella.

2. Edificaciones:

En el caso de edificaciones sobre terreno ajeno deberá atenderse

a la buena o mala fe del sujeto que construye. Así tenemos lo siguiente:

- a) Cuando se edifique de buena fe en terreno ajeno, el dueño del suelo puede optar entre hacer suyo lo edificado u obligar al invasor a que le pague el terreno. En el primer caso, el dueño del suelo debe pagar el valor de la edificación, cuyo monto será el promedio entre el costo y el valor actual de la obra. En el segundo caso, el invasor debe pagar el valor comercial actual del terreno.
- b) En cambio, si el propietario del suelo obra de mala fe, el invasor de buena fe puede exigir que se le pague el valor actual de la edificación o pagar el valor comercial actual del terreno.
- c) Por otro lado, cuando se edifique de mala fe en terreno ajeno, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso, la demolición es de cargo del invasor.
- d) Un supuesto especial es el de la construcción en terreno colindante, así cuando con una edificación se ha invadido parcialmente y de buena fe el suelo de la propiedad vecina, sin que el dueño de esta se haya opuesto, el

propietario del edificio adquiere el terreno ocupado, pagando su valor, salvo que destruya lo construido. Sin embargo, si la porción ocupada hiciere insuficiente el resto del terreno para utilizarlo en una construcción normal, puede exigirse al invasor que lo adquiera totalmente. El Código establece también que si la invasión hubiera sido de mala fe, el dueño puede exigir la demolición de lo edificado si le causare perjuicio, más el pago de la indemnización correspondiente o hacer suyo lo edificado sin obligación de pagar su valor. En el primer caso la demolición es de cargo del invasor.

3. **Accesión en el caso de siembra:**

- a) El Código establece que el que de buena fe edifica con materiales ajenos o siembra plantas o semillas ajenas adquiere lo construido o sembrado, pero debe pagar el valor de los materiales, plantas o semillas y la indemnización por los daños y perjuicios causados.
- b) Por su parte, si la edificación o siembra es hecha de mala fe se aplica lo señalado en el literal anterior, pero quien construye o siembra debe pagar el doble del valor de los materiales, plantas o semillas y la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

4. **Accesión natural:**

El artículo 946 del Código Civil establece que el propietario

de animal hembra adquiere la cría, salvo pacto en contrario. Asimismo, se aclara que (i) para que los animales se consideren frutos, basta que estén en el vientre de la madre, aunque no hayan nacido y que (ii) en los casos de inseminación artificial realizada con elementos reproductivos procedentes de animal ajeno, el propietario de la hembra adquiere la cría pagando el valor del elemento reproductor, si obra de buena fe, y el triple de dicho valor, si lo hace de mala fe.

■ ACCESORIOS

Un bien se considera “accesorio” cuando está “permanentemente afectado” a otro bien denominado “principal”. La referida afectación permanente puede ser de tipo económica u ornamental. En el primer caso, el bien accesorio proporciona una mejora en el uso económico o utilidad del bien principal. En el segundo caso, la afectación proporciona una estimación estética superior al bien principal.

El carácter de la afectación deberá ser permanente, ya que si dicha afectación o aprovechamiento fuera pasajera el referido bien no ostentaría la calidad de accesorio. Teniendo en cuenta aquello, el Código Civil establece en el artículo 888 que la referida afectación “solo puede realizarla el propietario del bien principal o quien tenga derecho

a disponer de él (...). Además, cabe señalar que el carácter de permanencia no se verá afectado por una separación provisional del bien accesorio para servir a la finalidad económica de otro bien. A pesar de aquello, el bien seguirá considerándose accesorio.

Adicionalmente a lo anterior, el bien accesorio no debe perder su individualidad al momento de ser afectado permanentemente al bien principal, de modo tal que el mismo pueda ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien principal. El hecho de mantener la individualidad del bien accesorio trae aparejadas las siguientes consecuencias:

- a) Los bienes accesorios “pueden ser materia de derechos singulares”, tal como lo señala el artículo 889 del Código Civil. Es decir, es posible afectar estos sin necesidad de afectar al bien principal.
- b) Existe un principio en el Derecho reflejado en el brocardo jurídico *accessorium cedit principali*, es decir, lo accesorio sigue lo principal. En tal sentido, tal como lo señala el artículo 889, los accesorios de un bien “siguen la condición de este, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación o separación”. No pasa lo mismo en el caso contrario, es decir, si el bien accesorio hubiera sido afectado jurídicamente de alguna manera aquello no traerá como

consecuencia la afectación del bien principal.

Finalmente, la calificación de determinados bienes como accesorios tiene importancia en materia de obligaciones. Así, el artículo 1134 del Código Civil, establece que en los casos de obligaciones con prestación de dar bien cierto, este “debe entregarse con sus accesorios, salvo que lo contrario resulte de la ley, del título de la obligación o de las circunstancias del caso”.

ACCIÓN OBLICUA (SUBROGATORIA)

Uno de los medios de tutela del acreedor es la acción subrogatoria, por la cual el acreedor ejercita los derechos del deudor, que no sean de carácter personalísimo y no hayan sido utilizados por él mismo, cuando no haya otro medio de hacer efectivo el crédito.

El acreedor se encuentra facultado a “ejercer los derechos de su deudor en vía de acción”, siempre que estos no sean inherentes a la persona del deudor o en los casos en los que prohiba la ley.

El acreedor que ejercita la acción subrogatoria debe demostrar que a su deudor le pertenecía el derecho de actuar y que él mismo está unido a su deudor por una relación obligatoria que justifica la sustitución. Debe existir en este supuesto un interés

para actuar justificado por la situación de hecho en que se encuentra la relación de la que él pretende y afirma ser titular.

Requisitos:

Exigibilidad del derecho de crédito.- Es preciso que quien intente valerse de la acción subrogatoria ostente la cualidad de acreedor de aquel en cuyo nombre se quiere ejercitar.

Relaciones jurídicas que pueden hacerse valer por el acreedor.- Existen diversas excepciones, el acreedor no podrá sustituir al deudor en las facultades jurídicas de administración y disposición del patrimonio de este último, ni podrá usar ni gozar de los bienes del deudor que descuide hacerlo.

El acreedor no podrá sustituir al deudor en la aceptación de una oferta de un contrato, ya que tal acto implicaría el ejercicio de una apreciación personal que pertenece al deudor, que no admite el ejercicio en vía subrogatoria; no podrá aceptar una oferta de una donación ya que no le pertenece a él la oportuna apreciación sobre la conveniencia. Por lo tanto, hay ciertos derechos patrimoniales que requieren imprescindiblemente una apreciación de la que solo es capaz el titular, por lo que no pueden ser objeto de ejercicio por los acreedores.

Se excluye el ejercicio de acciones fundadas en la violación de un

derecho no patrimonial, dirigidas a conseguir un resarcimiento, porque el bien protegido tiene carácter estrictamente personal, como lo son también los derechos intelectuales.

Las acciones de nulidad, anulabilidad e ineficacia, pueden ser ejercitadas por el acreedor, salvo cuando de la causa en que se funden se deduzca que son inherentes a la persona del legitimado, es decir, solo aquellas que aun versando sobre un bien susceptible de dinero, se hallan de tal modo vinculadas a él que sería inmorale confiar otro la decisión sobre la conveniencia de intentarlas o no, no en este caso –por ejemplo– la nulidad por incapacidad.

No puede investirse a una persona del título de heredero contra su voluntad, los acreedores no pueden subrogarse al llamado que permanece en la inercia para ejercitar la acción de petición de herencia que supone la aceptación de la cualidad de heredero.

Efectos:

En relación con el acreedor que ejercita la acción, puede ejercitar las acciones de su deudor no solo hasta el límite y cuantía de lo que a él se le debe, sino en su totalidad, sin perjuicio de la obligación de devolver al deudor lo que sobre, una vez que haya hecho pago de crédito y los daños y perjuicios sobrevenidos.

En relación con el deudor demandado (deudor del deudor).- este no

puede ser perjudicado por el ejercicio de la acción subrogatoria, por lo que podrá oponer al demandante las mismas excepciones que podía oponer a su acreedor.

En relación con el propio deudor.- este no pierde la disposición de su derecho, por lo que se le reconoce tomar las riendas de sus derechos y ser él quien siga con la exigencia.

En relación con los restantes acreedores del propio deudor.- lo que se obtenga aprovechará a todos los acreedores según sus respectivos créditos.

ACCIÓN PAULIANA O REVOCATORIA ORDINARIA

La acción pauliana es una figura eminentemente relacionada con la tutela de derechos, que debería obrar en un título aparte, o al menos como efectos de las obligaciones; sin embargo, lo colocaron en la supuesta “parte general del Código Civil”, siendo una *fattispecie* muy específica y que no tiene un alcance general, sino todo lo contrario, restrictivo aplicable solo en una vulneración o posible lesión de los derechos, de un sujeto dentro de una relación jurídica patrimonial.

La acción pauliana se invoca cuando ha ocurrido un detrimento patrimonial por parte del deudor (no necesariamente disminución patrimonial, término ligado al carácter

cuantitativo) que conlleve que el acreedor o la parte contractual perjudicada no pueda realizar su crédito o ser satisfecho su interés, por lo que la acción pauliana elimina el impedimento o dificultad de satisfacción de la parte perjudicada. Lo que se protege son las legítimas expectativas del acreedor a la satisfacción de su derecho de crédito en sede ejecutiva. La acción pauliana tiene como características ser ineficaz, personal, conservativa, mas no subsidiaria.

Como presupuesto, encontramos a la relación jurídica patrimonial entre el sujeto impugnante y el sujeto que realizó el acto de detrimento patrimonial, vinculada a un derecho subjetivo de crédito, situación de expectativa (de derecho).

Como elemento tenemos la situación que es materia de impugnación: el acto, cuyos efectos serán el objeto de la acción pauliana, la cual puede ser hecha por negocios jurídicos o incluso por actos jurídicos en sentido estricto; es decir, cualquier acto de autonomía privada, consistente en un acto de disposición; es decir, actos que tengan consecuencias patrimoniales, en detrimento, cuantitativo o cualitativo, del patrimonio del deudor o de la parte contractual. En dicho sentido, estos actos pueden referirse a disminuir el número de bienes (en sentido amplio; es decir, cosas, derechos, etc.) que el acreedor puede ejecutar, o aquellos que, sin implicar disminución de bienes, comporta detrimento del valor de estos.

En actos a título gratuito pueden ser impugnados no importando si lo fueron antes o después del compromiso contractual asumido (p. ej. obligación), bastando solo la existencia del perjuicio pauliano, y no la presencia de fraude o aún la mala fe. Cuando se trata de actos a título oneroso, se hace la distinción entre créditos antes y después del acto de detrimento patrimonial sean cuantitativa o cualitativamente, porque les dan una regulación particular a cada uno de ellos, a diferencia de los actos a título gratuito que les da una regulación igual para los dos supuestos.

Respecto al requisito objetivo, Se aprecia que existe *eventus damnis* cuando el acto impugnado ataca a la fructuosidad de la ejecución (o criterio cuantitativo) o la certeza del éxito de la ejecución (o criterios cualitativos) que viene garantizada por la estabilidad del patrimonio del deudor, por mismo grado de facilidad y de costo del proceso ejecutivo. La afectación de la posible ejecución forzada puede apreciarse cuando el acto impugnado la hace más difícil, más dispendiosa o más incierta. Respecto al requisito subjetivo, basta el conocimiento del perjuicio para el ejercicio de la acción pauliana, pero si existe fraude con mucha más razón se tendrá derecho a la ineficacia pauliana del acto perjudicial.

Respecto a los efectos de la acción pauliana, la ineficacia que produce es relativa y limitada: a) Es doblemente relativa: principalmente relativo

porque la realización de la acción pauliana solo beneficia al acreedor que la ha propuesto y no a toda la masa creditoria; relativa, también, porque no se ven afectados los principales efectos del acto, sino solo aquellos que impedirá al acreedor actuar en vía ejecutiva sobre un bien ya extraño a la esfera patrimonial del deudor. b) Su carácter limitado conduce a que la ineficacia en referencia solo alcanza hasta la medida que sea estrictamente necesaria para evitar el perjuicio de la parte bajo interés protegido, que le viene impuesta por su propia naturaleza y finalidad: si el perjuicio es a nivel cuantitativo, alcanza al valor del bien hasta el punto de cubrir el valor de lo exigible, en cambio, si el perjuicio es a nivel cualitativo, abarca todo el valor del bien.

■ ACEPTACIÓN

La aceptación, como acto prenegocial y considerado un acto jurídico en sentido estricto, no solo necesita ser conforme con la oferta para formar el contrato; ello es necesario pero no suficiente porque requiere de la existencia actual de una propuesta para que, complementándose con ella, pueda formarse el consentimiento y, por lo tanto, el contrato.

Características:

- a) Debe ser congruente con la oferta.
- b) Debe ser oportuna.
- c) Debe estar dirigida al oferente.

- d) Debe contener la intención de contratar.
- e) Debe guardar la forma requerida.
- f) Si es oportuna pero no coincide con los términos de la oferta (no es aceptación) equivale a una contraoferta.
- g) Si es tardía (no es aceptación) equivale a una contraoferta.
- h) Debe ser pura y simple (no condicional).
- i) Puede ser expresa o tácita (artículo 141 del Código Civil).

La aceptación no es un acto debido, por lo que todo retardo –independientemente de su causa– impide la formación del contrato. Sin embargo, si el retardo fuera provocado por el destinatario de la aceptación (es decir, por el oferente), debe entenderse que la aceptación fue oportuna.

Aceptación tácita por inicio de la ejecución (artículo 1380 del Código Civil):

- Por solicitud del oferente.
- Por la naturaleza de la operación.
- Por los usos.

No hay duda de que es posible que un contrato se forme por medio de una declaración y una manifestación en sentido estricto, o sea, por medio de signos y señales; por lo tanto, en el caso de la formación del contrato mediante la ejecución de la prestación, existe acuerdo y existe contrato, aun cuando no existe

aceptación, ni siquiera tácita, solo comportamiento concluyente.

Valor del Silencio (artículo 1381 del Código Civil)

- La regla es que el silencio importa un rechazo de la oferta.
- Cabe la excepción, si por la naturaleza de la operación no se acostumbra la aceptación (no hay ejecución) y no se rechaza inmediatamente, el silencio importa aceptación.

El Código Civil peruano ha adoptado la posibilidad de que la oferta sea revocada si el retiro de esta llega antes o simultáneamente con la oferta. Igual criterio se aplica para el caso de la aceptación (artículos 1384 y 1386 del Código Civil).

Teorías que explican el momento y lugar de la celebración del Contrato.

- Teoría de la Declaración (Existe Contrato cuando la aceptación es declarada).
- Teoría de la Expedición (existe Contrato si la aceptación es expedida al domicilio del oferente).
- Teoría de la Cognición (Existe Contrato si el oferente conoce la aceptación).
- Teoría de la Recepción (Existe Contrato cuando la aceptación llega al domicilio del oferente).

El Código Civil peruano ha adoptado la teoría de la recepción como principio (artículo 1374 del Código

Civil) al presumir que la aceptación se conoce al llegar al domicilio del oferente, no obstante se trata de una presunción *iuris tantum*, pues cabe probar que –pese a que llegó– el oferente no la pudo conocer. La importancia de conocer el momento y lugar en que se celebra un contrato resulta relevante para determinar la ley aplicable. Determina el inicio del cómputo de los plazos del contrato.

■ ACTO ILÍCITO

Es, ante todo, el acto que provoca daños a terceros, y que crea una obligación de resarcimiento, acto ilícito es –por lo tanto– diverso del negocio ilícito, que es regulado de distinto modo por el ordenamiento jurídico, y que podría generar un acto ilícito. Se distingue de los actos ilícitos, en que la sanción que prevé el ordenamiento para los primeros no es el resarcimiento, sino, por excelencia, la nulidad.

La expresión “acto ilícito” es una expresión alemana (categoría elaborada por los pandectistas) mientras “hecho ilícito” está más arraigado en el sistema italiano, el cual ha sido criticado terminológicamente. Por ejemplo, si se pretende afirmar que las obligaciones nacen por previsión del ordenamiento, solo si son conformes a este último, y solo si guardan relación con la ley o con la voluntad privada, se debería haber empleado la expresión “acto”, en lugar de la de “hecho”,

para poder comprender en el ámbito de la categoría de los actos con tales efectos al contrato (los actos unilaterales y otros actos) y al ilícito (y los otros hechos).

La expresión “acto ilícito” no debería ser entendida en estricto como “ilicitud” o “antijuridicidad” de la conducta. Se trata, más simplemente, de los “actos que dan lugar a responsabilidad civil”.

En relación con ello, el sistema peruano ha abandonado la categoría del “hecho ilícito” al regular dentro del Libro VII de las Fuentes de las Obligaciones, en la Sección Sexta, las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual justamente bajo este nombre y no bajo el título del “hecho ilícito”; intención corroborada con las modificaciones de los artículos 309 y 458 del Código Civil, introducidas por la Primera Disposición Modificatoria del TUO del Decreto Legislativo N° 768 y por la Ley N° 27184 en los años 1993 y 1999, respectivamente, que eliminaron los últimos vestigios codificados de referencia al “acto ilícito”, como sí sucedía en el Código Civil de 1936 el que hacía referencia al “acto ilícito”.

Por otra parte, la doctrina que defiende la categoría de la “antijuridicidad” entendida como “aquella que implica la violación de los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico”, señala que está conformada por el conjunto de conductas contrarias a los elementos extrínsecos e

intrínsecos del ordenamiento jurídico, donde encontraremos a los hechos antijurídicos que generan supuestos de responsabilidad civil, como son: el hecho ilícito, el hecho abusivo y el hecho excesivo, ya los hechos no antijurídicos que según una perspectiva contemporánea generan también supuestos de responsabilidad civil, como es el hecho nocivo.

En el marco de su ubicación dentro de la teoría de la norma jurídica, el acto ilícito pertenece a la categoría de los actos jurídicos, porque si bien, a diferencia del acto lícito, es reprobado por el derecho (y es, en este sentido, antijurídico), el ordenamiento, de todas formas, al hacer depender [del acto ilícito] consecuencias jurídicas, se basa, como ocurre, en general, para los actos jurídicos, en la voluntariedad y conciencia del comportamiento.

En efecto, entre los actos jurídicos se encuentran los actos contrarios al derecho o actos ilícitos, cuyo efecto jurídico es la generación de una situación desventajosa para su autor, o para otro sujeto determinado por la ley. Esta situación puede ser la responsabilidad civil. Los actos ilícitos pueden consistir en conductas positivas u omisiones, pero siempre opuestos a un mandato del ordenamiento jurídico. Se subclasifican en dos grupos:

a) Violaciones de deberes que tienen origen en relaciones jurídicas ya

existentes entre el autor y la persona afectada, las cuales se ven transformadas. Las relaciones obligatorias nacidas de contrato, por ejemplo, pueden ser el marco en el que surgen intereses por demora en la ejecución de la prestación, o el deber de reparar el daño si se verifica el incumplimiento.

b) Violaciones de deberes de carácter general, en las cuales no hay un contacto previo entre el autor y la persona afectada, en cuyo caso, el resarcimiento hace su aparición como nuevo derecho para la segunda.

ACTO JURÍDICO (NEGOCIO JURÍDICO)

Al igual que el hecho jurídico y el acto jurídico, el negocio jurídico es una categoría creada y —esencialmente— utilizada por los juristas teóricos, por eso no inmediatamente perceptible tanto en el lenguaje del legislador como en la argumentación de los jueces en las sentencias de los tribunales. En tal sentido, se cree que la figura del negocio ha hecho, en el pasado, mucho más que en la actualidad, una función fundamentalmente teórica-sistemática. Se puede decir que el concepto de negocio jurídico ha sido presentado y utilizado por los abogados para mantener unidos los fenómenos de la realidad considerados relevantes por el ordenamiento jurídico. Más particularmente, la

experiencia es inseparable de la concepción misma de la autonomía privada, frecuentemente indicada con la expresión de autonomía negocial. Si así es, no puede maravillar que la génesis y el desarrollo, en la historia de la doctrina jurídica, de la categoría del negocio jurídico se unen fuertemente a la importancia reconocida a la voluntad (tendencialmente soberana) del individuo en el ámbito de las relaciones jurídicas entre los privados. Nos encontramos, pues, en presencia de un concepto típicamente reconducible a un particular desarrollo ochocentista del iusnaturalismo, habiendo los estudiosos destacado con certeza que, diversamente de cuanto sucede por numerosas otras categorías ordenantes del derecho privado, la idea básica del negocio jurídico se encuentra en las fuentes del Derecho romano, o en su elaboración por parte del derecho medieval.

El concepto del poder de voluntad es entendido para determinar una modificación de la realidad jurídica, en tal modo, haciendo conseguir de la realización de un determinado acto específicas consecuencias; es decir, efectos jurídicos queridos por el sujeto agente y, por lo tanto, ser colocado con relación a un movimiento más amplio de ideas, que permita el desarrollo de la doctrina, especialmente la cultura alemana pandectística madurada en el siglo XIX, para acuñar la figura del negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*).

Se realiza con el negocio jurídico una de las síntesis más brillantes del usual proceso de abstracción por los juristas, una vez individualizado aquel común denominador, el anterior poder de la voluntad privada de determinar los efectos jurídicos, en tal modo están unidos en la categoría en cuestión una serie de actos llevados a cabo en contextos distintos y diversos de la vida y de la actividad de los privados (en vía ejemplificativa: el matrimonio, el testamento, el contrato). Sobre esta base, el pensamiento jurídico de la Europa continental, por así decirlo, con un papel de líder académico desempeñado principalmente por la doctrina alemana (y seguido por la italiana, sobre todo en el cambio de dos siglos, y hasta los años sesenta del siglo XX), ha desarrollado más de una “teoría general” del negocio jurídico, jugando un análisis jurídico profundo y sofisticado de las experiencias jurídicas comunes a todas las figuras en hipótesis a la categoría del negocio jurídico, debiéndose, por otro lado, poner constantemente el problema de la especificidad de los contextos en la que las diversas figuras negociales operan, como las bases de las diferencias de la disciplina específica del instituto respecto a las declaraciones (formalizadas o no en precisas reglas de derecho positivo, de normas contenidas en un Código Civil) de la teoría general del negocio jurídico.

Construido el negocio jurídico como declaración de voluntad, expresión del poder de los privados de determinar sus propias reglas vinculantes, la concepción inicial de la plena y absoluta libertad de la voluntad tuvo que ceder poco a poco al valor de la declaración, según la percepción exterior (y no como una manifestación de la voluntad soberana del declarante), o sea, por el destinatario. La reflexión sobre el negocio jurídico no se puede separar de aquella sobre la autonomía privada, siendo a la vez centrado históricamente en la libertad de voluntad del sujeto de derecho y, en consecuencia, la posibilidad del privado de darse reglas vinculantes según el ordenamiento. La doctrina del negocio jurídico propone múltiples conceptos (teoría preceptiva, axiológica, normativa, etc.), y a su vez, los conceptos de elementos y los requisitos dependerán del concepto de negocio jurídico que adoptemos. En la determinación del contenido de los negocios, pueden darse muchos casos en el que un acto normativo, de diverso tipo y rango, incide sobre la determinación del privado, integrándola y sustituyendo cláusulas determinadas por la voluntad privada con prescripción heterónoma. Las hipótesis son tan heterogéneas, así como siempre más numerosas en los distintos ámbitos del ordenamiento, no pudiendo darse una ejemplificación cerrada.

ACTO JURÍDICO (NEGOCIO JURÍDICO) CONSIGO MISMO

Es imposible que una persona, actuando en una sola calidad, pueda celebrar un negocio jurídico con ella misma, porque no se puede ser a la vez deudor y acreedor de sí mismo (en caso se produjese automáticamente opera la consolidación, extinguiendo la obligación), de ahí que mencionar negocio consigo mismo o contrato consigo mismo resulta un contrasentido; sin embargo, es concebible solo cuando una sola persona es parte de un negocio jurídico en dos calidades diferentes, esto es bajo dos centros de imputación de situaciones jurídicas distintas.

Existe un negocio de este tipo cuando alguien, en nombre del representado, celebra un negocio consigo mismo en su propio nombre o como representante de un tercero (representación plural). En este negocio jurídico existe solamente una declaración de voluntad, a la cual le conceden efectos jurídicos.

Es un negocio jurídico que deriva de una sola declaración de voluntad y que surte efectos en dos esferas jurídicas distintas y conceptualmente independientes, pero que actúan a través de esta única declaración que, cuando tiene carácter patrimonial, la relación jurídica que crea (modifica o extingue) es, en lo atinente a sus

consecuencias, como la que nace de un contrato.

Sin embargo, la particularidad del negocio consigo mismo consiste en que el representante lo celebra en beneficio propio transgrediendo el deber de lealtad y de prevalencia de intereses del representado por quien se actúa.

Se sanciona legislativamente con la anulabilidad, porque parte de que el representante lo hace por su propio interés, violando la función de la representación, salvo que la ley lo permita o que el representado lo hubiese autorizado, o que el contenido del negocio jurídico hubiera sido determinado de modo que excluya la posibilidad de un conflicto de intereses

Se pueden presentar las siguientes situaciones:

- a) Un acto celebrado por el representante consigo mismo en nombre propio: es decir una relación entre el poderdante (mediante la actuación del representante) con el representante a título personal (representación simple).
- b) Un acto celebrado por el representante con un tercero representado por el mismo representante: es decir, en ambos casos el representante es la misma persona, en el plano fáctico quien firma el documento contractual (doble representación).

Mientras que en la representación simple hay efectos jurídicos que

directamente recaen o repercuten sobre el representante, en la doble, los efectos se proyectan sobre las esferas jurídicas de los sujetos en cuyo nombre el representante actúa. En la doble, el representante es solo un nexo jurídico.

Estos casos serán inválidos siempre que:

- a) La ley no lo permita.
- b) El representado no lo hubiere autorizado. Para lo cual la autorización debe ser específica, entendemos por ello que debe ser expresa y concreta.
- c) El contenido del acto jurídico celebrado conlleve un conflicto de intereses. Por ejemplo si aludimos a un tutor que adquiere los bienes del pupilo, vemos que en el presente caso existe un conflicto de intereses, complementándose ello con la prohibición expresa de la ley según el artículo 538 del Código Civil que les prohíbe.

La posibilidad de que el representante persiga satisfacer un interés propio o de un tercero que es incompatible con el interés del representado es la razón que impide la formación del negocio consigo mismo, no obstante, no se observa cuál es el supuesto de ineficacia estructural existente en tanto se cumple con las condiciones de validez del artículo 140 del Código Civil, por lo tanto, ante una anomalía por conflicto de intereses

en juego y un abuso de facultades, debería ser considerado como un supuesto de ineficacia funcional.

ACTOS PELIGROSOS PARA LA VIDA O LA INTEGRIDAD FÍSICA

Los actos peligrosos para la vida o integridad física vienen a ser aquellas conductas que de alguna forma implican una exposición de la persona a un riesgo que de concretizarse, conllevaría a la muerte de la persona o a una disminución o afectación de su capacidad físico - psíquica.

Estos actos, en cuanto implican la contingencia de una lesión a derechos personalísimos, no pueden ser exigibles como materia de un contrato. En efecto, el artículo 12 del Código Civil establece claramente que “no son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”.

Esta disposición normativa, si bien se encuentra dentro de las normas referidas a la persona humana, debe ser analizada dentro de las reglas de las obligaciones y de las fuentes de las obligaciones, por cuanto la norma consagra un supuesto de inexigibilidad del contrato. Así, la exigibilidad es la posibilidad de exigir el

cumplimiento de la conducta comprometida por la contraparte. Por regla general, toda conducta comprometida en un contrato es exigible por parte de aquel que recibió el compromiso de actuación; no obstante, existen excepciones cuando de proteger la vida e integridad de las personas se trata.

Por tal razón, si un acuerdo es celebrado estableciendo que uno de los sujetos deberá ejecutar una conducta que conlleve un riesgo a su integridad física o vida, al no haberse tomado las medidas de seguridad correspondientes y sin ser la misma una actividad habitual del sujeto, tal conducta no resulta exigible a la parte que se obligó; es decir, no resulta procedente la ejecución forzosa de la obligación. Sin embargo, el acreedor sí podrá demandar el resarcimiento de los daños de haberse ocasionado algún perjuicio.

Por el contrario, de haberse adoptado las medidas de previsión o de seguridad necesarias para evitar un perjuicio a la integridad física o vida del sujeto contratante y al ser su actividad habitual, se puede concluir que el acto es eficaz y por lo tanto exigible la obligación que resulta como consecuencia jurídica del contrato.

Ejemplos de actividades que pongan en peligro la vida o la integridad son los siguientes: los contratos de servicios de acrobacia (en un circo por ejemplo), el toreo, los contratos de servicios deportivos automovilísticos, el boxeo profesional, etc.

■ *AD PROBATIONEM*

La forma no es más que el mecanismo (socialmente reconocido) de exteriorización de la voluntad o, si se quiere, el “vehículo” a través del cual se manifiesta el querer. Por eso, en realidad todos los negocios jurídicos tienen forma.

Lo que ocurre es que, en algunos casos, el ordenamiento jurídico les otorga a los particulares la posibilidad de optar por la forma que consideren más conveniente, mientras que en otros les impone la necesidad de adoptar determinada forma. En el primer supuesto el negocio tiene forma libre, mientras que en el segundo el negocio tiene forma impuesta.

La clasificación de las formalidades que ha asumido el Código Civil es en función de las denominadas *ad solemnitatem* y *ad probationem*: la primera es un requisito para la validez del negocio jurídico, la segunda sirve a efectos de acreditar su existencia. Tiene formalidad probatoria la donación de bienes muebles cuyo valor no exceda del 25% de una UIT (artículo 1623 del Código Civil).

Cuando el negocio tiene forma impuesta los particulares deben observar la misma a efectos de evitar la aplicación de cierta sanción. Teóricamente, en algunos casos (formalidad *ad probationem*) dicha sanción se traduce en la pérdida de un beneficio de orden probatorio. En otros casos (formalidad *ad solemnitatem*),

en cambio: la sanción en cuestión se traduce en la nulidad del negocio.

Cuando se diga simplemente se harán por escrito o por instrumento público, teniendo en cuenta la libertad de forma, deberá entenderse como *ad probationem*. La formalidad *ad probationem* es la que tiene por única finalidad probar la existencia del acto jurídico, pero sin que el documento sea consustancial al acto. Vale decir, entonces, que el acto y el documento, cuando la forma es *ad probationem*, son dos entidades jurídicas distintas, separables, y que el acto puede existir independientemente del documento, pues si el documento se deteriora y se pierde la prueba de la existencia del acto puede hacerse utilizando cualquier otro medio probatorio.

El artículo 1412 del Código Civil regula la formalidad *ad probationem* en materia contractual ya que consigna una facultad, no una obligación, cuando señala que las partes pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida; por lo tanto, la circunstancia de que las partes no hubieran hecho uso de esta facultad no enerva el derecho que tienen a reclamar el cumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato.

No siempre que la ley prevé una determinada forma, la toma como elemento esencial de un negocio. Antes bien, se trata de exigencias de formalidad solo para los fines

de la prueba, siendo recurrente la expresión latina *ad probationem*, lo cual quiere decir que el negocio es válido, aun cuando no sea estipulado con la formalidad determinada y que por lo mismo, si las partes están acordes con reconocer que celebraron el contrato y ejecutan el acto de autonomía privada, las prestaciones eventualmente cumplidas no son repetibles y se puede demandar el cumplimiento de las prestaciones todavía no satisfechas.

La omisión de la formalidad produce como consecuencia única una limitación de los medios de prueba a lo que se puede acudir para demostrar la existencia y la validez del negocio (por ejemplo, en la hipótesis de que la contraparte no proceda a ejecutar el acto o se oponga en juicio negando haberlo estipulado).

Quien alega un derecho con base en el negocio jurídico estipulado informalmente podrá deferir a la otra contraparte mediante confesión o por medio de interrogatorio, como última alternativa, no pudiéndose recurrir a la prueba testimonial o a la prueba de presunciones.

Desde la entrada en vigencia del Código Procesal Civil, las formalidades *ad probationem* carecen de valor, ya que el artículo 197 de dicho cuerpo legal establece que todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada.

■ AD SOLEMNITATEM

La forma no es más que el mecanismo (socialmente reconocido) de exteriorización de la voluntad o, si se quiere, el “vehículo” a través del cual se manifiesta el querer. Por eso, en realidad todos los negocios jurídicos tienen forma.

Lo que ocurre es que, en algunos casos, el ordenamiento jurídico les otorga a los particulares la posibilidad de optar por la forma que consideren más conveniente, mientras que en otros casos les impone a los mismos la necesidad de adoptar determinada forma. En el primer supuesto el negocio tiene forma libre, mientras que en el segundo el negocio tiene forma impuesta.

La clasificación de las formalidades que ha asumido el Código Civil es en función de las denominadas *ad solemnitatem* y *ad probationem*: la primera es un requisito para la validez del negocio jurídico, la segunda sirve a efectos de acreditar su existencia.

En varios artículos del Código Civil se impone una formalidad que debe contar los actos de autonomía privada efectuada por los privados, so pena de nulidad, convirtiendo dicha formalidad como elemento esencial del negocio jurídico.

Las formas impuestas pueden provenir de la ley o de los particulares, si la norma los faculta convertir la

forma libre que gozan en forma impuesta (formalidad), exigiéndose en tales casos que sea por escrito, por escritura pública, etc. En efecto, las partes también pueden imponer una formalidad determinada aplicable al futuro negocio que celebren. Cuando aquellas no establezcan el carácter de la formalidad prevista, se presumirá, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1411 del Código Civil, que la misma es *ad solemnitatem*. Por lo tanto, salvo que alguna de las partes destruya la presunción indicada, probando que la formalidad pactada no tenía el carácter de *ad solemnitatem*, la inobservancia de esta determinará la nulidad del negocio que celebren.

Las imposiciones de ciertas formas guarda vinculación con el servicio o bien que se está regulando para su transferencia, prestación, etc, que tienen un sustento determinado. Por ejemplo, el formalismo en materia de actos de autonomía privada relativos a bienes inmuebles se inspira en la finalidad política de dotar seguridad pública, mientras que para bienes muebles resulta indispensable reducir al mínimo las formalidades de los intercambios, aunada por la frecuente contratación que se efectúa con ella.

Asimismo, las formas exigidas para el testamento se justifican en razón del carácter personalísimo y solemne del acto y en relación con el empeño del legislador de preservar

íntegramente su conformidad efectiva y libre con la voluntad suprema y última del testador.

La forma *ad solemnitatem* tiene también por única finalidad probar la existencia del negocio jurídico, pero el documento es consustancial al negocio y ambos forman una sola entidad jurídica, inseparable, pues el acto no puede existir sin el documento y si este se deteriora y se pierde, el negocio jurídico se extingue y no puede ser probada su existencia por otro medio probatorio. La prueba exclusiva de la existencia del negocio jurídico está determinada únicamente por el documento prescrito por la ley como arma *ad solemnitatem*.

No obstante, se admiten tres supuestos en los que cualquiera de las partes no podría invocar la nulidad del negocio, respecto a no efectuarse la formalidad:

- a) Cuando la contravención formal se hubiera producido dolosamente, porque una de las partes induce engañosamente a la otra que el negocio no requiere formalidad alguna.
- b) Cuando una de las partes, por culpa imputable a ella, ha dado lugar a la inobservancia de la forma.
- c) Cuando quien invoca la nulidad ha cumplido voluntariamente el contrato conociendo el defecto formal y habiendo recibido a su vez la contraprestación prevista.

ADN (ÁCIDO DESOXIRIBONUCLEICO)

El cuerpo humano tiene, aproximadamente, un billón de **células** cada una de las cuales (salvo los glóbulos rojos de la sangre) contiene un núcleo que encierra **46 cromosomas**. Estos contienen filamentos enrollados que forman el ADN que, a su vez, cuenta con segmentos denominados **genes**. El ADN (Ácido Desoxirribonucleico) constituye el material genético de las células del cuerpo humano. Con un tipo de excepción, el ADN se encuentra exclusivamente en el núcleo de las células.

Los genes son trozos funcionales de ADN compuestos a su vez de 1,000 hasta 200,000 unidades c/u llamadas nucleótidos. Los nucleótidos se encuentran organizados formando un par de cadenas apareadas que toman la forma tridimensional de un doble hélix. Hay más de (3,000'000,000) tres mil millones de pares de bases que constituyen el genoma de una sola célula humana. Cada gen tiene una posición determinada (*locus*) y, aparte de gobernar el crecimiento, controla las características físicas que heredamos y rige la supervivencia del organismo, lleva consigo la información que marca el paso y ritmo de nuestra vida. A la totalidad de los genes que componen el organismo humano (cerca de 30,000) se le conoce como **genoma** (dotación genética integral del individuo).

Cada nucleótido del ADN está compuesto de tres subunidades: una base nitrogenada, una desoxirribosa y un grupo fosfato. Hay cuatro tipo de bases nitrogenadas en los nucleótidos del ADN: timina (T), citosina (C), guanina (G) y adenina (A). Es importante resaltar que así como hay regiones con función conocida o supuesta (los genes), sucede que casi la mitad del ADN del genoma humano consiste de regiones (intrones) con función hasta hoy desconocida y que tienen una secuencia de nucleótidos repetitiva en muchos casos pero con patrones hipervariables en muchas regiones del genoma.

Es precisamente de la hipervariabilidad (polimorfismo) de estas regiones del ADN de lo que se aprovecha para detectar diferencias (o semejanzas) entre un ser humano y otro, estudiando su ADN. Las regiones repetitivas pueden presentarse como tandas repetitivas cortas o largas. A esto se le llama VNTR (*variable number of tandem repeats*) entre los que están los STR (*short tandem repeats*), que son las regiones hipervariables que se analizan para las pruebas modernas de paternidad.

Toda célula nucleada contiene 46 cromosomas [excepto los gametos: los espermatozoides en el hombre y los óvulos en la mujer, que tienen 23 cromosomas cada uno]. Los cromosomas son tan solo la forma como la célula ordena su ADN combinándolo con ciertas proteínas. En el

momento de la concepción, se necesita 46 cromosomas para procrear un nuevo ser humano. En consecuencia, una persona debe recibir exactamente la mitad de su material genético de su madre biológica y exactamente la otra mitad del padre biológico.

En el marco de las pruebas heredo-biológicas, específicamente el ADN, demuestran biológicamente quién es el padre o quién no puede serlo, lo que debe producir una inmediata valoración absoluta del resultado, determinante al momento de expedir sentencia. En este sentido, se ha dicho que la prueba de ADN viene a dar plena certeza respecto del padre biológico, con un nivel de aproximación científica del 99.86%. El carácter científico de esta prueba da valores absolutos que encuadran perfectamente con la *ratio legis* del Código Civil y debe ser admitida por el juez sin reserva ni limitaciones, por que la prueba del ADN está basada en un análisis exacto de los perfiles genéticos de la madre, del niño(a) y del presunto padre. Si se conocen los perfiles genéticos de la madre y de su hijo(a), el perfil genético del padre puede ser deducido con certeza casi total.

Si no se hace la prueba a la madre, los perfiles del ADN del niño(a) serán comparados al perfil del ADN del presunto padre. Las técnicas modernas utilizadas permiten obtener el mismo grado de exactitud (probabilidad de paternidad) en los análisis en que no se examina el ADN de la

madre sino solo del hijo(a) y el ADN del padre presunto. El ADN se puede extraer a partir de una variedad de muestras, como células epiteliales de la mejilla, glóbulos blancos de la sangre, folículos pilosos, células fetales (provenientes de líquido amniótico) en cultivo, semen u otras muestras biológicas (tejidos, etc.).

■ ADOPCIÓN

La institución que hoy conocemos, que tiene por fin dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que la menor edad requiere, nada tiene que ver con la adopción conocida en siglos anteriores, ni con las instituciones precedentes a la adopción y que de algún modo se le vinculan.

Por la adopción, el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea, se produce una ficción legal en tal forma que el adoptado se va a convertir con sus virtudes y defectos en el hijo del adoptante o adoptantes. De esta manera, la ley crea una relación paterno filial plena respecto del adoptante (padre y madre) y el adoptado (hijo), quien deja de pertenecer a su familia biológica y pasa a ser parte de su nueva familia con todos los derechos que como hijo le corresponden, tales como al nombre, alimentos, herencia y los derivados de ellos.

Características:

- Es un negocio jurídico, mas no es un contrato, ya que la voluntad común de las partes no puede crear las condiciones para realizarla, deben sujetarse a lo que disponga la ley y la autoridad competente.
- Es solemne. Debe ser realizada bajo la forma prescrita por la ley, bajo sanción de nulidad. Es bilateral. Resulta importante la manifestación de la voluntad para que la adopción se perfeccione. V.gr.: Si el adoptante es casado, será necesario el asentimiento de su cónyuge; si el menor tiene más de 10 años, también debe prestar su asentimiento.
- Crea una relación de parentesco. El adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante con los efectos que dicho parentesco conlleva: derecho al nombre, vocación hereditaria, derecho y obligación alimentaria, impedimentos matrimoniales, la patria potestad corresponde al adoptante y si fuese adoptado por cónyuges su ejercicio corresponde a ambos.
- Es irrevocable. El adoptante no puede dejar sin efecto la adopción; sin embargo, el adoptado si puede impugnarla, al alcanzar la mayoría de edad, o si es incapaz, cuando cesa su incapacidad.

Requisitos:

Los requisitos se encuentran regulados en el artículo 378 del Código Civil.

- Que el adoptante goce de solvencia moral.
- Que la edad del adoptante sea por lo menos igual a la suma de la mayoría de edad y la del hijo por adoptar.
- Que el cónyuge del adoptante preste su asentimiento, de ser casado.
- Que el adoptado preste su asentimiento, si es mayor de 10 años.
- Que asientan los padres del adoptado, si estuviese bajo su patria potestad o bajo su curatela.
- Que se oiga al tutor o al curador del adoptado y al Consejo de Familia, si el adoptado es incapaz.
- Que sea aprobada por el juez, con excepción de lo que dispongan las leyes especiales.
- Si el adoptante es extranjero y el adoptado menor de edad, que aquel ratifique en forma personal ante la autoridad judicial su voluntad de adoptar. No será necesario este requisito de encontrarse el menor en el extranjero por motivos de salud.

Actualmente existen tres tipos de procesos para lograr una adopción:

- a) Proceso judicial de adopciones, esta adopción se da para niños,

adolescentes y mayores de edad. Para los dos primeros casos no es necesaria la declaración de estado de abandono.

- b) Procedimiento administrativo de adopciones, que se realiza exclusivamente para los casos de los niños o adolescentes declarados en estado de abandono.
- c) Procedimiento notarial, para estos efectos se tramita ante notario las adopciones de personas mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio, esto según el Decreto legislativo N° 1048, Ley del notariado, referida a la competencia notarial en asuntos no contenciosos.

Cabe anotar que la Convención sobre los Derechos del Niño reafirmó la necesidad de asegurar y resguardar el derecho del niño a conocer su identidad biológica, lo cual exige que, aun en los supuestos de adopción plena, la ley garantice tal derecho.

■ ADULTERIO

En términos generales se entiende por adulterio la unión sexual de un hombre o una mujer casados, con quien no es su cónyuge.

Se trata, por ello, de una unión sexual extramatrimonial, en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad (continencia sexual conyugal) recíproco que se deben los cónyuges.

A los efectos de la separación de cuerpos o el divorcio, el adulterio no queda tipificado de modo distinto para la mujer y para el marido. Como todo acto ilícito, el adulterio requiere no solo el elemento material constituido por la unión sexual fuera del lecho conyugal, sino la imputabilidad del cónyuge que determina la atribución de culpabilidad. Por tal razón, no incurriría en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con un hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible –supuesto de violación– o en el singular caso de que tuviera relaciones con quien cree que es su marido sin serlo. De este modo, con la concurrencia de ambos elementos, de naturaleza objetiva uno (cópula sexual) y subjetiva el otro (intencionalidad), que puede configurarse el adulterio.

Asimismo, el adulterio se configura con el simple acto sexual fuera del matrimonio, sea ocasional o permanente. Esta causal requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia acepten la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como ocurre por ejemplo con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de este; la prueba del concubinato público, etc. en todo caso, si ellas tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán

para configurar la causal de injuria grave, si se prueban hechos o actos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal, apreciada de acuerdo con las circunstancias del caso.

Sobre esta causal debe considerarse que es improcedente su invocación si el cónyuge que la imputa provocó, consintió o perdonó el adulterio. La misma consecuencia se produce si media cohabitación entre los cónyuges con posterioridad al conocimiento del adulterio, lo que también impide proseguir con el proceso, según lo establece el artículo 336 del Código Civil.

De otra parte, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge que la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida, como lo establece el artículo 339 del Código Civil.

A este respecto, debe observarse que el plazo máximo de cinco años establece el límite temporal mayor para ejercer la pretensión, dentro del cual debe tomarse conocimiento de la causa por el ofendido. No obstante, la pretensión siempre estará expedida mientras subsista el adulterio (caso del adulterio continuado, como cuando se tiene una vigente y actual relación de convivencia extramatrimonial), por cuanto no han concluido los efectos del mismo para considerarlo un hecho producido.

■ AIRES

Coloquialmente se ha designado al término aires a la facultad que tiene un sujeto para edificar sobre un edificio. Sin embargo el término usado no resulta acorde con una adecuada técnica jurídica utilizada, puesto que los aires no pueden ser objeto de ningún derecho, por ello sería más propio llamarlo derecho de sobreedificar. En tal sentido, la reserva de aires o derecho de sobreedificar permite al titular de esta hacerse propietario de las edificaciones que construya. En consecuencia, no cabe confundir semejante derecho con el derecho de superficie que concede al titular de esta realizar determinadas construcciones para ejercer determinados atributos durante un **tiempo limitado**.

La reserva de aires es una figura jurídica usada –principalmente– en el régimen de propiedad horizontal o de propiedad exclusiva y común. Esta última hace referencia al régimen jurídico que supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones inmobiliarias de dominio exclusivo, pertenecientes a distintos propietarios, y bienes y servicios de dominio común. Cuentan con un reglamento interno y una junta de propietarios.

El derecho de sobreedificar alude al derecho que tienen los copropietarios

para edificar sobre el último piso de la finca sometida al régimen de propiedad horizontal. Sobre el carácter que tiene este derecho cabe mencionar que es uno de naturaleza real, puesto que concede a su titular distintas facultades en forma inmediata y directa sobre el bien. En tanto que según nuestro Código Civil menciona que solo son considerados derechos reales los regulados por esa ley, cabe mencionar que para llegar a semejante conclusión —que el derecho de sobreedificación es un derecho real— debemos mencionar al artículo 955 del Código Civil que menciona que el subsuelo o sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.

Respecto de la transferencia de este derecho debemos mencionar que ella se puede realizar a través de la compraventa, ello se puede advertir de una lectura atenta del artículo mencionado (artículo 955).

En principio el derecho de sobreedificar no pertenece a ninguno de los propietarios. Sin embargo, en virtud de su autonomía privada, estos sujetos podrían acordar en su reglamento interno que este derecho le corresponda exclusivamente a uno de los propietarios.

■ ALBACEA

El albacea es la persona encargada de ejecutar el testamento velando para que se cumplan las disposiciones de última voluntad del testador.

Se puede clasificar a los albaceas según la forma de su nombramiento o por la extensión de sus atribuciones de ejecución.

Según su nombramiento, los albaceas se clasifican en: **albaceas testamentarios**, **albaceas legales** y **albaceas dativos**.

Los albaceas testamentarios, son aquellos nombrados por el mismo testador en el testamento, generalmente la definición general de albacea gira en torno a esta figura.

Los albaceas legales, se constituyen de acuerdo a la voluntad de los propios herederos cuando el testador no ha nombrado un albacea testamentario, o en el caso de que este haya renunciado o esté imposibilitado de cumplir con la ejecución del testamento.

Los albaceas dativos, son aquellos nombrados por el juez, cuando en ausencia o imposibilidad del albacea testamentario, los herederos no llegan a un acuerdo en el nombramiento del albacea legal.

Según la extensión de sus atribuciones, los albaceas se clasifican en **universales** y **particulares**.

Los **albaceas universales** son aquellos que ha sido nombrado para dar ejecución al testamento sin ninguna restricción o limitación.

Los **albaceas particulares** por el contrario, son aquellos que han sido encargados de ejecutar funciones delimitadas por el testador.

■ ALIMENTOS

Por alimentos se entienden todos aquellos medios necesarios para la subsistencia de una persona, y que comprende no solo los relativos a la alimentación propiamente dicha, sino también a todos los aspectos de vida en general, incluidos por supuesto, los de educación.

La prestación de alimentos es, en consecuencia, la satisfacción por una persona, a favor de otra, de los medios necesarios para la subsistencia de esta. Entendiéndose que la deuda alimenticia es la obligación que tiene una persona, bien por ley, por negocio jurídico inter vivos o por testamento, de prestación de alimentos a otra persona.

En cuanto a la naturaleza de la obligación de alimentos entre parientes la misma se encuadra dentro del ámbito familiar, por lo que no se agota por el simple cumplimiento, y aunque efectivamente tiene un contenido económico y su cumplimiento puede consistir en la entrega de una cantidad de dinero, su finalidad prevalente es la protección de la vida de un familiar, lo que comporta que pueda ser calificada como de naturaleza no patrimonial.

La prestación de alimentos se puede cumplir de diferentes formas, las cuales se agotan en:

a) Mediante el cumplimiento del deber personal y recíproco de los cónyuges de socorrerse mutuamente.

b) Mediante el ejercicio de la función de la patria potestad.

c) Mediante un negocio jurídico, bien inter vivos, bien mortis causa, que fije la prestación de alimentos.

d) Mediante el cumplimiento de la obligación legal de los alimentos entre parientes.

La naturaleza jurídica del derecho de alimentos es de obligación, pero eso sí, con unas características peculiares, al formar parte, no del derecho patrimonial, sino del derecho de familia. Dichos caracteres son:

a) Impuesta y regulada por ley, y por lo tanto, con unas normas específicas y concretas.

b) Reciprocidad; el sujeto activo y pasivo son los mismos, y dependerá por lo tanto de la situación económica y de la necesidad de estos.

c) Relatividad, en cuanto que es variable, dependiendo de la fortuna y situación económica del alimentante y de la situación y grado de necesidad del alimentista.

d) Personal e indisponible; la obligación se impone a un concreto alimentante y a favor de un concreto alimentista.

e) Gratuidad; en cuanto que el que recibe los alimentos no se encuentra obligado a realizar ninguna contraprestación a favor del que la otorga.

- f) No es compensable, ni renunciabile, ni transferible a un tercero.
- g) Es imprescriptible.
- h) Es intransigible, por cuanto a la obligación alimentaria no se le pueden aplicar los distintos modos de extinción de obligaciones reguladas en el Código Civil (léase condonación, novación, compensación, mutuo disenso, etc.).

■ ALUVIÓN

El aluvión es un hecho jurídico natural consistente en el depósito de materiales sueltos, gravas, arenas, etc. Acumulados por el agua al disolverse. Otra acepción comúnmente utilizada la define como el traslado realizado por ríos o inundaciones y depositado donde la corriente disminuye, a las cuales se denominan tierras de aluvión.

Normalmente se trata de un fenómeno natural, como por ejemplo la continua acción erosiva de las aguas, el arrastre de tierras, el curso del agua que se desvía, los cuales tienen como consecuencia la acumulación de materiales, como consecuencia del desprendimiento de un bien y su traslación a otro, siendo que el titular de este último predio acrece su extensión al decidirse por mandato legal que sea también propietario de la porción que se le adhiere.

De este modo, la figura del aluvión es uno de los cuatro supuestos que la

denominada accesión de inmuebles, las otras son: avulsión, la mutación del álveo o cambio de cauce de un río y la formación de una isla nueva. Los supuestos de mutación del álveo o cambio de curso del río se encuentran regulados por los artículos 79 y siguientes de la Ley N° 26865, mientras que la formación de una isla nueva es regulada por el artículo 6 inciso f) de la Ley General de Aguas, Ley N° 17752). Por su parte, la avulsión se encuentra regulada en el artículo 939 del Código Civil, en los siguientes términos: “Las uniones de tierra y los incrementos que se forman sucesiva e imperceptiblemente en los fundos situados a lo largo de los ríos o torrentes, pertenecen al propietario del fundo”.

Por su parte, la doctrina estima como necesarias dos características fundamentales para poder decirse que se está frente a un caso de avulsión:

- a) Que se produzca un incremento del terreno ribereño.
- b) Que el aumento de terreno se produzca en forma lenta, sucesiva e imperceptible y que su origen sea la naturaleza.

Finalmente, debe tenerse presente que el solo hecho de la adherencia al suelo de propietario distinto lo hace propietario de la sección adherida, no siendo necesario accionar judicialmente para que se produzca la adquisición de la propiedad. No obstante, por una cuestión de seguridad la persona beneficiado podrá

accionar iniciar la acción correspondiente, a efectos de obtener una sentencia declarativa, por medio de la cual se dé cuenta de aquello que operó con la sola adherencia: la adquisición de la propiedad. Como es natural, esta pretensión declaratoria no tiene un plazo de prescripción ni caducidad, en la medida que estaría encaminada únicamente al reconocimiento de una situación que encontró plena eficacia desde el momento de su acaecimiento.

■ AMPARO FAMILIAR

El hombre está sujeto a un fenómeno inevitable: el de pasar, durante la primera etapa de su vida, por una situación de insuficiencia que lo inhabilita para valerse por sí mismo. A partir de su nacimiento y hasta muchos años después, el ser humano no solamente es incapaz de ejercer sus derechos, de cautelar sus intereses o de asumir responsabilidades, sino que o es hasta para sobrevivir por sus propios medios.

Este fenómeno de insuficiencia se traduciría en tal situación de desamparo que desembocaría en la muerte de cada hombre y, por lo tanto, en la extinción de la especie misma, si es que la propia naturaleza no proveyera a su oportuna solución.

De dos instrumentos se ha valido principalmente la naturaleza para asegurar tal resultado: el de hacer

nacer al hombre en un medio social, la adultez de cuyos miembros puede prestar amparo a la debilidad de aquel; y el de imprimir en ellos instintos y sentimientos que los compentan a brindar la protección que el ser desvalido necesita.

Parecida situación se produce cuando, salido ya el ser humano de aquella primera etapa de su vida, cae, sin embargo, en insuficiencia o desamparo por causa de otros factores —enfermedad, accidente, vejez, desempleo u otros semejantes— menos generales, pero igualmente graves al menos para la supervivencia del ser individual.

Varían, pues, los hechos que origina el desamparo —inmadurez, enfermedad, vejez, desocupación—; varían también los medios sociales en que el ser desvalido vive —familia, clan, tribu, Estado—; y varían igualmente los instintos y sentimientos que impelen a la ayuda —amor maternal o paterno, afecto filial, fraternidad, solidaridad, caridad. Sin embargo, en todos estos casos existe un fenómeno común que subyace y que está presente en todos ellos: la insuficiencia del hombre para sobrellevar por sí mismo la situación en la que se encuentra.

Atento a esta realidad natural, el Derecho se limita, como en otros casos, a precisar los perfiles del fenómeno y a encauzar y disciplinar el movimiento de protección, organizando diversas figuras encaminadas

a convertir en derechos ciertas necesidades y en obligaciones civiles determinados deberes naturales o morales. Surgen, entonces, institutos y figuras jurídicas que responden, mediata o inmediatamente, ostensible o indirectamente, a la misma voluntad de asegurar la supervivencia del individuo y de la especie. Sobre este fundamento construye así el Derecho figuras tan aparentemente distintas entre sí a veces, pero todas pudiendo ser subsumidas bajo la terminología común de amparo familiar: la patria potestad, los alimentos, los bienes de familia, la tutela, la curatela, el consejo familiar, cierto tipo de donaciones, herencias y legados, contratos como los de renta vitalicia y ciertos seguros, y quizá la adopción, la beneficencia pública y la asistencia social.

Todas estas instituciones que conforman el denominado “amparo familiar”, difieren en su naturaleza jurídica, contenido, duración y alcances; no obstante, todas ellas reposan en un mismo fundamento primario, que es un estado de necesidad requerido y urgido de atención.

■ ANALOGÍA

A la ausencia en el ordenamiento jurídico de una norma para regular un caso concreto se le denomina laguna real. También se denomina laguna no a la ausencia de una norma cualquiera, sino a la ausencia de una norma justa (laguna ideológica). Su

existencia en el ordenamiento jurídico puede deberse a cualquier motivo imputable al legislador (laguna subjetiva) o al envejecimiento del Derecho como consecuencia de la evolución social (laguna objetiva).

Por su parte, las lagunas subjetivas pueden deberse a la negligencia o falta de previsión del legislador (lagunas involuntarias). La presencia de las algunas también puede deberse a que las normas son muy concretas (lagunas *praeter legem*) o a que las normas son muy generales y revelan en su interior vacíos que deben ser llenados con la interpretación (laguna *intra legem*)

Una de las formas de colmar las lagunas del ordenamiento jurídico (proceso conocido como integración del derecho) es mediante la analogía.

La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto que aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia. La analogía supone, así, la existencia de defecto o deficiencia en la normativa, y que debe ser solucionada por un procedimiento de integración jurídica, es decir, de elaboración de una norma ad hoc para el caso.

De esta forma, ante la presencia de dos hechos sociales, uno que tiene regulación jurídica y el otro que no está regulado, pero ambos comparten las mismas características

esenciales, al hecho no regulado se le aplica la consecuencia jurídica del hecho regulado, en aplicación del principio que donde existe la misma razón corresponde aplicar la misma respuesta jurídica.

La aplicación analógica de la ley y la interpretación extensiva de la misma se diferencian, porque mientras en esta se comprenden casos no previstos en su texto, pero sí en su espíritu, extendiéndose el significado de la norma, en aquella se extiende la aplicación de la norma a hechos no previstos ni en el texto ni en el espíritu de la norma (falta una norma reguladora, incluso interpretándola extensivamente). Entonces, la analogía tiene un ámbito más restringido que el de la interpretación extensiva, al estar excluida de las normas excepcionales y de las que restringen derechos, conforme lo establece el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil.

De igual forma, se suele distinguir la analogía legis, por la cual la nueva regla para el caso no previsto se obtiene de una ley individual que regula un caso similar, de la analogía iuris, por la que la nueva regla para el caso no previsto se obtiene de todo o de parte del ordenamiento jurídico. Sin embargo, en el fondo la analogía iuris es una técnica de aplicación de los principios generales del Derecho que deben ser aplicados en ausencia de disposiciones legales o consuetudinarias.

En síntesis, la aplicación analógica de una ley requiere los siguientes presupuestos: a) que un hecho específico no esté comprendido ni en la letra ni en el espíritu de una norma; b) que exista una ley que regule un hecho semejante al omitido; c) que exista identidad de razón (*ratio legis*) en el hecho omitido y en el regulado; d) que no se trate de una ley que establezca excepciones o restrinja derechos, por cuanto para estos casos la aplicación analógica está proscrita.

■ ANATOCISMO

El anatocismo consiste en que los intereses vencidos y no pagados se agreguen al capital a efectos de que sobre este nuevo monto se produzcan nuevos intereses. Así, por ejemplo, en caso tenga una deuda de 100 a una tasa de 5% (interés igual a 5), la suma del interés se agregaría al capital ($100 + 5 = 105$), siendo esta nueva suma la base para el cálculo del interés (nuevo interés igual a 5.25). El artículo 1249 del Código Civil establece dicha regla de la prohibición del anatocismo al señalar que “[n]o se puede pactar la capitalización de intereses al momento de contraerse la obligación, salvo que se trate de cuentas mercantiles, bancarias o similares”. Tal como señala el artículo, en dichos casos se podrá pactar la capitalización de los intereses al momento de contraerse la obligación.

■ ANIMUS DOMINI

Cuando el comportamiento posesorio que el sujeto ejerce sobre el bien se realiza de manera exclusiva, es decir, siguiendo un modelo o estándar de comportamiento dominical y que a su vez suscite una apariencia razonable ante los demás que actúa como si fuera un propietario se dice que se ejerce la posesión con *animus domini*. Este implica que el sujeto no reconoce en otro la posesión.

Asimismo cabe agregar que este elemento no se puede circunscribir al fuero interno del sujeto, sino que debe exteriorizarse a través de comportamientos objetivos, manifiestos y notorios. Por consiguiente no se trata de creerse propietario, sino de comportarse como tal. En ese sentido son poseedores con *animus domini* o en concepto de dueño, los propietarios, precarios, usurpadores, etc. De ello se colige que en una relación de mediación posesoria (poseedor mediato e inmediato) el único que ejerce con *animus domini* es el mediato. No son poseedores en concepto de dueño, los arrendatarios, comodatarios, depositarios, etc.

Nuestro Código Civil asume la teoría objetiva en materia posesoria, por cuanto deja de lado el elemento subjetivo como el *animus domini* para configurar la posesión. Así lo menciona el artículo 896 de nuestro Código Civil cuando señala que la posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la

propiedad. Sin embargo, siguiendo al artículo 950 del Código Civil, que creemos es la única norma, se puede sostener que el legislador ha re-
cepcionado este elemento subjetivo como relevante para el ejercicio de la posesión para efectos de adquirir la propiedad. No obstante ello, debemos mencionar que esta es una excepción, pues de una interpretación sistemática de las normas referentes a dicho libro se puede llegar a la conclusión de que la teoría acogida por nuestra normativa es la objetiva.

Una de las funciones más trascendentales que juega este elemento subjetivo se presenta en la prescripción adquisitiva, como uno de sus requisitos esenciales para que se configure esta manera originaria de adquirir la propiedad. En ese sentido, el artículo 950 del Código Civil prescribe que la propiedad inmueble se adquiere mediante la posesión continua, pacífica y pública **como propietario** durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe.

En tal sentido en una relación de mediación posesoria solo puede adquirir mediante prescripción el poseedor mediato. No cabe admitir que los poseedores inmediatos o servidores adquieran la propiedad mediante prescripción sea el tiempo que transcurra. Sin embargo cuando el guardián de la casa (servidor de la posesión) ya no se comporta como tal y desconoce la posesión de quien lo contrato para tenerlo como

uso exclusivo, es decir actúa como propietario, se dice que el sujeto ya no es un simple tenedor, sino un poseedor. En consecuencia podrá adquirir la propiedad del bien mediante prescripción larga si cumple con los otros requisitos que señala la ley (posesión pacífica, pública y continua). Cabe mencionar que estos comportamientos que realiza el sujeto deben ser notorios, manifiestos y públicos.

■ ANTICIPO DE HERENCIA

Figura jurídica consistente en considerar a los actos de liberalidad del causante hechos en vida a sus herederos forzosos, como parte de la masa hereditaria.

El anticipo de herencia se configura frente a un acto de atribución patrimonial a título gratuito (donación o liberalidad) efectuado a favor de los herederos forzosos, para efecto de la colación de bienes al momento de abrirse la sucesión del causante, por lo que el anticipo de herencia efectuado a favor de un determinado heredero forzoso, realizado cuando existen en el momento de la liberalidad otros herederos no incluidos en dicho acto, tiene como finalidad que los bienes materia del anticipo regresen a la masa hereditaria para no perjudicar al resto de herederos forzosos.

Esta figura está íntimamente ligada a la **donación** como acto ínter vivos

entre causante y heredero forzoso y solo adquiere la denominación de anticipo de herencia con el fallecimiento del causante.

■ ANTICRESIS

Figura jurídica que concede al acreedor un derecho de disfrute de un bien inmueble para la satisfacción de su crédito. Derecho real de garantía en el que el deudor entrega al acreedor, como garantía de una deuda, un inmueble al acreedor para que este lo explote hasta que satisfaga la deuda.

El acreedor anticrético también puede hacer suyo los frutos para la satisfacción del pago de intereses, obteniéndolos de acuerdo a una determinada explotación del bien.

La anticresis, como derecho real de garantía, se extingue al satisfacer la explotación del bien toda la deuda garantizada por el deudor frente al acreedor.

■ ANULABILIDAD DEL ACTO JURÍDICO

La anulabilidad es la manifestación menos grave de la invalidez del acto jurídico, pues los defectos que presenta este son subsanables, pues solo afectan a una de las partes, sin afectar a una pluralidad de sujetos ajenos al acto, ni a la propia estructura del ordenamiento jurídico, a diferencia de la nulidad, en cuyo caso el acto

jurídico no tiene ninguna posibilidad de ser subsanado.

El hecho de que el acto jurídico presente una causal de anulabilidad no lo hace ineficaz en sí mismo, sino que el defecto puede ser subsanado, superviviendo su configuración.

En ese sentido, la anulabilidad del acto jurídico presenta una eficacia precaria del acto, dependiente de la subsanación del defecto o de la confirmación del acto por la parte afectada. Si la parte afectada por el defecto decide ejecutar el negocio, este quedará saneado y, en consecuencia, el acto jurídico ya no tendrá condición de precario, sino que quedará perfeccionado. Por el contrario, si la parte afectada decide destruir las consecuencias indicadas, modificará, con efectos retroactivos, la esfera jurídica de la contraparte, al hacerle perder las situaciones jurídicas subjetivas que esta hubiese adquirido en función del negocio^(*).

A diferencia de la nulidad, en los casos de anulabilidad del acto jurídico, los jueces no pueden declararla de oficio, ni tampoco los terceros pueden accionar para que esta sea declarada, correspondiendo esta potestad a la parte afectada por la causal de anulabilidad.

(*) ESCOBAR ROZAS, Freddy. "Causales de anulabilidad". En: *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica. Lima.

El Código Civil peruano prescribe que es anulable el acto jurídico.

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudique el derecho de un tercero.
4. Cuando la ley lo declare nulo.

APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY AL CONTRATO

La autonomía privada (o, para otros, la autonomía de la voluntad) constituye el principio fundamental sobre el cual se asienta el Derecho Privado en general y el Derecho Civil en particular. Mediante la misma los privados pueden regular intereses de la forma en que la consideren pertinente siempre que no contravenzan normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Más allá de aquellos límites son libres de regular sus relaciones como lo prefieran. En tal sentido, será lo que los mismos establezcan lo que deberá primar siempre, salvo que hayan transgredido un límite como los antes señalados. En dicho sentido, el artículo 1356 del Código Civil prescribe que "[l]as disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas". Teniendo en

cuenta aquello, la ley solo entrará a regular las relaciones entre las partes cuando los mismos no hubieran pactado nada de manera expresa o cuando con su regulación se viole una norma imperativa, tal como señala el artículo en mención. En su primera función, se dice que la ley tiene un carácter supletorio respecto de lo pactado en el contrato, al entrar a regular solo en caso de vacío de regulación de los propios privados. Es usual confundir a las normas supletorias, las cuales, como su nombre lo indica, tienen como función principal cubrir los vacíos dejados por los particulares, con las normas dispositivas. Aquello parte del error de no tener en claro que la contraposición entre las normas no es de normas supletorias versus normas imperativas sino que las primeras de las mismas se contraponen a las normas interpretativas, las cuales no sirven para suplir los vacíos del contrato sino para a través de sus propias disposiciones interpretarlo, y las segundas a las normas dispositivas. Una norma dispositiva es aquella que puede ser dejada por las partes al momento de vincularse.

APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL AL CONTRATO

Las normas supletorias son aquellas que ante la ausencia de regulación de los privados se encargan de regular aquellas situaciones no reguladas

por ellos, siempre que nos encontremos ante un negocio jurídico que contenga los elementos esenciales del mismo. En tal sentido, las normas supletorias tienen como función llenar los vacíos contractuales y, en tal sentido, ahorra costos de transacción a los privados al momento de celebrar contratos.

Por ejemplo, en el caso de una compraventa bastará que las partes hayan pactado el precio y el bien para que exista contrato de compraventa quedando los demás aspectos tales como los gastos, por ejemplo, regulados por el Código Civil. Así, el artículo 1530 del Código Civil establece que “[l]os gastos de entrega son de cargo del vendedor y los gastos de transporte a un lugar diferente del de cumplimiento son de cargo del comprador, salvo pacto distinto”. Atendiendo a cada tipo contractual se le aplicarán las normas supletorias establecidas en cada contrato, como en el ejemplo anterior. En el caso de los contratos atípicos de deberá optar por aquel contrato que se asemeje más a aquel.

APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY

La ley o, más en general, la norma jurídica tiene un aspecto temporal en el cual la misma podrá ser aplicada. Aquello junto con los aspectos materiales (la materia regulada), personales (los sujetos a los que se aplica) y espaciales (el lugar donde se aplica).

En tal sentido, dependiendo del momento en el cual la norma jurídica se aplicará podemos señalar los siguientes tipos de aplicación:

1. Aplicación inmediata: En este supuesto la ley se aplica a las situaciones jurídicas y a sus consecuencias existentes al momento de entrada en vigencia de una ley. En dicho sentido, se pronuncia el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, el cual positiviza la teoría de los hechos cumplidos en cuanto a la aplicación temporal de la ley. La teoría de los hechos cumplidos señala que los hechos cumplidos durante la vigencia de la ley derogada se rigen por aquella mientras que los hechos, consecuencias y situaciones que se materialicen después de la entrada en vigencia de la nueva ley se rigen por la misma. Esta teoría se contrapone a la teoría de los derechos adquiridos, la cual establece que al haberse adquirido determinados derechos durante la vigencia de la antigua ley debe ser esta la que siga rigiendo las consecuencias de aquello y no la nueva ley. Esta última teoría no ha sido acogida en nuestro ordenamiento jurídico.

Además de lo anterior, debe dejarse constancia que según lo establecido en el artículo 109 de la Constitución Política del Perú la “ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el

diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte”.

2. Aplicación retroactiva: La ley tendrá efectos retroactivos siempre que se haya determinado que la misma se aplicará, incluso, a hechos y situaciones materializadas o existentes antes de la entrada en vigencia de la nueva ley. El mismo artículo III antes señalado establece que la ley “[n]o tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”. Al respecto como ejemplos de aquello podemos señalar el artículo 103 de la Constitución Política del Perú que establece que “[n]inguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

3. Aplicación ultractiva: Por su parte, estaremos ante una aplicación ultractiva de la ley en aquellos casos en los que a pesar de que la ley hubiera sido derogada la misma sigue rigiendo determinados hechos y situaciones. Al respecto podemos citar el artículo 62 de la Constitución Política que establece que la “libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones

de cualquier clase (...)”. En tal sentido, se ha establecido la aplicación ultractiva de los términos contractuales a fin de resguardar la seguridad jurídica de los contratantes.

■ APROPIACIÓN

Tradicionalmente se entiende que la apropiación es un modo originario de adquisición de la propiedad ya que los bienes que son adquiridos a través de dicho mecanismo no pertenecen a nadie, es decir son bienes sin dueño o *res nullius* (cosa de nadie). Sin embargo, la realidad normativa nos lleva a verificar que podemos encontrarnos ante un supuesto de apropiación, pero sin embargo estar ante un modo derivativo de adquisición de la propiedad. El Código Civil ha regulado dicho modo de adquisición en diversos artículos:

1. **Apropiación en sentido estricto:** El artículo 929 del Código Civil se encarga de encarga de regular la apropiación de determinados bienes que tienen la condición de ser inanimados. Así, se establece que las piedras, conchas u otros análogos que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas, se adquieren por las personas que las aprehenden. En tal sentido, el acto material de la aprehensión traerá como consecuencia jurídica el incremento patrimonial de un sujeto a través de la adquisición de la propiedad

de los bienes aprehendidos. Por otro lado, se establece que aquello se hace sin perjuicio de las previsiones establecidas en otras leyes o reglamentos.

2. **Caza y pesca:** El artículo 930 del Código Civil se encarga de regular la apropiación de determinados bienes animados, tales como los animales de caza y los peces, estableciendo que los mismos se considerarán apropiados si (a) han sido cogidos, (b) han caído en trampas o redes o (c) en caso se haber sido heridos hubieran sido perseguidos sin interrupción.

En estos casos, no debe descuidarse el hecho que a la fecha existe la Ley N° 27308, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, la cual establece que los “recursos forestales y de fauna silvestre mantenidos en su fuente y las tierras del Estado cuya capacidad de uso mayor es forestal, con bosques o sin ellos, integran el Patrimonio Forestal Nacional. No pueden ser utilizados con fines agropecuarios u otras actividades que afecten la cobertura vegetal, el uso sostenible y la conservación del recurso forestal, cualquiera sea su ubicación en el territorio nacional, salvo en los casos que señale la presente Ley y su reglamento”. Asimismo, contamos con el Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, que establece en su

artículo 2 que “[s]on patrimonio de la Nación los recursos hidrobiológicos contenidos en las aguas jurisdiccionales del Perú. En consecuencia, corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos, considerando que la actividad pesquera es de interés nacional”. Dicho lo anterior, no debe quedar duda que en este caso nos encontramos ante supuestos de adquisición derivada de la propiedad.

3. Hallazgo: El hallazgo consiste en el evento mediante el cual un sujeto toma posesión de un bien que ha tenido un propietario previo, pero que ha perdido el bien o lo ha abandonado. Sea cual fuere el supuesto, el que ha hallado el bien no lo adquiere en propiedad como en el caso de la apropiación debido a que nos encontramos ante un bien que tiene propietario y no ante una *res nullius* (cosa de nadie) como en el caso de la apropiación en sentido estricto.
4. Búsqueda de tesoro: El Código Civil también regula la búsqueda de tesoro en propiedad ajena, estableciendo en el primer párrafo del artículo 934 que “[n]o está permitido buscar tesoro en terreno ajeno cercado, sembrado o edificado, salvo autorización expresa del propietario. El tesoro hallado en contravención de este artículo pertenece íntegramente al dueño del suelo”.

En tal sentido, a pesar de que un sujeto hubiera realizado todos los esfuerzos para obtener el tesoro, el propietario del mismo seguirá siendo el propietario del terreno. No se dice nada respecto de la autorización previa del propietario, por lo que no se deberá presumir una regla sino atender a los acuerdos expresos o aquello que se pueda deducir de las circunstancias. Adicionalmente, se establece que “[e]l tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto”. Luego, en resguardo del interés público, el artículo 936 del Código Civil, refiriéndose a lo aselado con anterioridad establece que aquello solo será “cuando no sean opuestos a las normas que regulan el patrimonio cultural de la Nación”.

■ ARBITRIO

El arbitrio está vinculado con la determinación de la obligación que es objeto del contrato por parte de un tercero. La determinación del tercero viene a constituir un mecanismo de integración del contrato. A dichos efectos se determina al arbitrio del tercero la determinación de la obligación, por ello a dicho tercero suele denominarse arbitrador no debiendo confundir a aquel con el árbitro, el

cual es el encargado de dirimir un conflicto de intereses a través de un laudo.

El arbitrador puede actuar con arbitrio de equidad (*arbitrium boni viri*) o con mero arbitrio (*arbitrium merum*), según se haya determinado por las partes o por la ley ante el silencio de estas.

a) Arbitrio de equidad.- El artículo 1407 establece que si no resulta “que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo”. En este caso estaremos ante el arbitrio boni viri, mediante el cual el arbitrador deberá proceder con carácter equitativo a fin de proceder a integrar el contrato. Este tipo de arbitrio es presumido por ley, ya que ante ausencia de haber señalado que las partes se someten al mero arbitrio del tercero, se deberá presumir que se han sometido al arbitrio de equidad.

b) Mero arbitrio.- El artículo 1408 establece que la “determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe”. En este caso, estaremos ante el mero arbitrio. El arbitrador deberá actuar a su libre elección en la determinación encargada, pero siempre de buena fe, caso contrario se podría cuestionar la integración del contrato.

■ ARRAS

Las arras son aquel pacto por el cual una persona entrega a otra un bien, por lo general dinero, con la finalidad de confirmar la celebración de un contrato definitivo (compraventa o alguno otro), resarcir su incumplimiento u otorgar el derecho de retractarse de un contrato preparatorio, bajo sanción de pérdidas de las arras o la devolución del doble de estas.

Existen tres modalidades de arras, las confirmatorias, penales y de retractación.

Las arras confirmatorias tienen por función servir de señal de la celebración de un contrato, siendo la suma o el bien entregado en arras un anticipo del precio convenido. Las arras confirmatorias, por lo tanto, suponen un principio de ejecución del contrato, pues no solo demuestra su celebración, sino que también demuestra que ya ha empezado a ser cumplido. En ese sentido, el artículo 1477 del Código Civil establece que la entrega de arras confirmatorias importa la conclusión del contrato. En caso de cumplimiento, quien recibió las arras las devolverá o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación.

Por su parte, las arras penales son una especie de las arras confirmatorias, funcionando no solo como señal de la celebración del contrato o como entrega de parte del precio pactado, sino que además permite

indemnizar a la parte fiel en caso la parte que entregó o recibió las arras no cumpliera su obligación. En ese sentido, el artículo 1478, que regula las arras penales, señala que si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Asimismo, dispone que si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras. Por lo tanto, las arras penales se ubican en una posición intermedia entre las arras confirmatorias y las de retractación.

Finalmente, las arras de retractación son aquellas que en los contratos preparatorios permiten a las partes la posibilidad de desvincularse de dicho contrato, perdiendo la cantidad entregada como arras o devolviendo el doble de lo recibido. Sobre el particular, el artículo 1480 prescribe que la entrega de las arras de retractación solo es válida en los contratos preparatorios y concede a las partes el derecho de retractarse de ellos. El artículo 1481 señala que si se retracta la parte que entrega las arras, las pierde en provecho del otro contratante; mientras que si se retracta quien recibe las arras, debe devolverlas dobladas al tiempo de ejercitar el derecho. Asimismo, el artículo 1483 precisa que si se celebra el contrato definitivo, quien recibe las arras las devolverá de inmediato o las imputará sobre su crédito, según la naturaleza de la prestación.

■ ARRENDAMIENTO

El arrendamiento es aquel contrato mediante el cual una de las partes (el arrendador) se obliga a ceder a la otra (el arrendatario) el uso de un bien por un tiempo determinado, a cambio del pago de una renta.

Entre las características más importantes que presenta el contrato de arrendamiento tenemos que se trata de un contrato típico, en la medida que se encuentra no solo recogido sino normado en el Código Civil; igualmente es un contrato principal o autónomo, pues no depende de ningún otro; es conmutativo, en razón que desde el momento de la celebración del contrato tanto el arrendador como el arrendatario conocen las prerrogativas y desventajas que les originará el contrato; es un típico contrato de administración, entendiéndose por administración a aquel acto que tiende a la conservación y explotación del patrimonio, así como al empleo de las rentas; es consensual, pues el contrato se perfecciona con el simple acuerdo de voluntades entre las partes, sin que sea necesario que el contrato se materialice en un documento que reúna alguna formalidad; y es de prestaciones recíprocas, pues el arrendatario es acreedor del bien materia del contrato y deudor de la renta convenida, mientras que el arrendador es acreedor de la renta que ha pactado por el bien, pero a la vez es deudor del bien que debe ceder temporalmente en uso al arrendatario.

La principal obligación que la suscripción de este contrato origina al arrendador es la de ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida. Además el arrendador tiene las siguientes obligaciones: entregar al arrendatario el bien arrendado con todos sus accesorios, en el plazo, lugar y estado convenidos; mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento; y, a realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

Por su parte, el arrendatario tiene como principal obligación pagar la renta en el plazo y lugar convenidos. Otras obligaciones del arrendatario son: recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias; pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, a dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien; permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso de siete días; efectuar las reparaciones que le correspondan conforme a la ley o al contrato; no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres; no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador; no subarrendar el bien, total

o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador; y devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.

ARRENDAMIENTO FINANCIERO

El arrendamiento financiero es el contrato que tiene por objeto la locación de bienes muebles o inmuebles por una empresa locadora para el uso por la arrendataria, mediante pago de cuotas periódicas y con opción a favor de la arrendataria de comprar dichos bienes por un valor pactado. Así define a este contrato el Decreto Legislativo N° 299, norma que regula el contrato mercantil de arrendamiento financiero, del 29 de julio de 1984.

Este contrato admite dos modalidades: el *leasing* financiero y el *leasing* operativo.

El *leasing* financiero puede ser definido como aquel contrato por el cual una de las partes (la empresa de *leasing*) se obliga a adquirir de un tercero (el proveedor) determinados bienes que la otra parte (la empresa usuaria o arrendataria) ha elegido previamente, contra el pago de una renta mutuamente convenida, para su uso y disfrute durante cierto tiempo, que generalmente coincide con la vida útil del bien, corriendo todos los gastos y riesgos por cuenta del

arrendatario, quien al finalizar dicho periodo, podrá optar por la devolución del bien, concretar un nuevo contrato o adquirir los bienes por un valor residual.

Por su parte, en el *leasing* operativo una empresa, generalmente fabricante o proveedor, se obliga a ceder temporalmente a una empresa arrendataria el uso de un determinado bien, a cambio de una renta periódica, como contraprestación. Una importante diferencia con el *leasing* financiero es que la relación contractual prescinde de la empresa intermediaria, pues se produce una vinculación directa entre el usuario y el fabricante o productor.

■ ASOCIACIÓN

El derecho a asociarse se constituye en uno de los pilares fundamentales en cualquier sociedad democrática, por ello el ordenamiento jurídico se encarga de brindar a los sujetos los mecanismos necesarios para que de esta manera efectivicen su derecho. En ese sentido el derecho a asociarse se configura en dos vertientes que podemos llamar positiva y negativa. El primero hace referencia a la libertad que tienen los sujetos para decidir si deciden agruparse en una asociación o no, siempre que cumplan los requisitos que exige la ley. Es lo que suele llamarse "libertad positiva de asociación". De modo contrario, el segundo hace referencia a la libertad que tienen los sujetos para

retirarse, sin ningún inconveniente, de cualquier asociación a la que hayan pertenecido. Es lo que suele denominarse "libertad negativa de asociación".

El artículo 80 del Código Civil peruano señala que la asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, o de ambas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo. Es muy importante entender a la norma en lo relativo al fin no lucrativo que busca la asociación, pues aquel se constituye en un elemento sustancial para definir semejante figura jurídica. En ese sentido, el fin no lucrativo hace referencia, no a la obtención de excedentes o ganancias que se derivan de las mismas actividades que realiza la asociación, sino, sobre todo, al fin que se busca con ello. Es decir, si las ganancias son utilizadas para ser repartidas entre los mismos miembros o si son utilizadas para servir como una suerte de inversión para las futuras actividades que se pretenda realizar. Esta última es lo que se constituye en el fin no lucrativo, por ello se resalta que la distinción entre fin lucrativo y no lucrativo, no se da en la mayor obtención de ganancias que se pudiera recaudar, sino en la manera cómo los sujetos se comportan para con ella; en consecuencia, si se busca un reparto de esos excedentes, será considerado como fin lucrativo, de lo contrario, es decir, si se busca conseguir fondos para realizar el fin social de la asociación, será considerado como fin no lucrativo.

En consecuencia, una asociación que se dedica a difundir actividades culturales como el teatro, no podrá repartirse entre sus miembros las ganancias obtenidas, sino que aquella servirá para mejorar y potenciar dichas actividades teatrales.

Por otro lado, la asociación solo tendrá la calidad de persona jurídica cuando esta se inscriba en Registros Públicos debiendo cumplir con todas las formalidades que prevé la ley. Así, por ejemplo, el estatuto deberá constar por escritura pública, que viene a ser la norma interna de la asociación, para luego pasar a inscribirse en el registro respectivo. De lo contrario, en caso de no inscribirlo, será considerado como un sujeto derecho.

El órgano supremo de la asociación lo constituye la asamblea tal como lo señala el artículo 80 del Código Civil. Aquella se encargará de dirigir las actividades más trascendentales de la asociación y en esencia representa el órgano que representa la voluntad de los asociados.

ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE

El atentado contra la vida del cónyuge constituye una causal de separación de cuerpos y de divorcio contemplada en el artículo 333 inciso 3 del Código Civil.

Desde el punto de vista penal, la tentativa se caracteriza por el comienzo de la ejecución de un delito.

En este caso, se trata del intento de homicidio de uno de los cónyuges contra el otro, sean o no comunes, e independientemente de si el cónyuge es el autor principal del delito, o si actúa como cómplice (primario o secundario) o instigador.

Como la calificación de la tentativa por el juez de la separación o del divorcio, no está sujeta a previo juzgamiento en sede penal, se ha planteado la cuestión de determinar si los actos preparatorios, no constitutivos de tentativa desde el punto de vista penal, pueden ser considerados como tentativa a los efectos de la separación de cuerpos y el divorcio. Se ha sostenido que aun cuando el acto preparatorio no caiga bajo la acción del Código Penal, nada obsta a que constituya causal de divorcio.

En sentido contrario, se ha dicho que si los actos preparatorios no llegan al grado de tentativa, es decir, al comienzo de ejecución del delito, no se constituiría el presupuesto de esta causal, sin perjuicio de que los hechos configuren injuria grave.

Sobre el particular, la doctrina mayoritariamente se inclina por la segunda posición, ya que, aun cuando los actos preparatorios no sean punibles según el Derecho Penal, nada obsta a que constituyan injuria grave, y, en su caso, sean causal de divorcio.

Por otro lado, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de conocida esta por el cónyuge que

la imputa y, en todo caso, a los cinco años de producida.

■ AUSENCIA

La ausencia, en sentido lato, es un fenómeno jurídico que se manifiesta por el hecho que una persona no está presente en el lugar de su domicilio en condiciones que dan un entorno de incertidumbre sobre diversos aspectos de su esfera jurídica incluyendo sus relaciones personales, familiares y patrimoniales e, incluso, sobre su existencia. La ausencia, así entendida, es la falta de presencia en el lugar donde la persona jurídicamente debería encontrarse aunada a determinadas condiciones que, según el caso, generan diversos efectos jurídicos.

El Código Civil hace referencia a tres manifestaciones de la ausencia: la desaparición, la declaración de ausencia y la declaración de muerte presunta.

La desaparición, como manifestación de la ausencia, viene a ser un hecho jurídico que se configura cuando la persona no se halla en el lugar de su domicilio y han transcurrido más de sesenta días sin noticias sobre su paradero.

En cambio, la declaración judicial de ausencia se genera a partir de circunstancias más complejas que la simple desaparición, lo cual genera también que las consecuencias jurídicas que se producen sean mucho más severas.

La consecuencia jurídica directa, que surge a partir de la declaración judicial de ausencia, es que se da la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos, en caso de muerte del mismo al tiempo de declararla. Esta situación se entiende debido a que, en principio, los herederos forzosos, los familiares más cercanos, son los llamados a proteger los intereses económicos del desaparecido. Se entiende, además, debido a que los herederos forzosos tienen una expectativa a salvaguardar ya que el patrimonio en cuestión, de confirmarse la muerte del desaparecido, se transmitiría a ellos. Por tal razón, se les otorga la posesión temporal de los bienes que, eventualmente, recibirán en herencia.

Asimismo, la declaración de ausencia también produce efectos extrapatrimoniales. La principal consecuencia de este tipo es, naturalmente, el propio estado de ausencia de la persona. En este sentido, el Código peruano omite la problemática relativa a la obligación que tendrían los parientes, ya sean herederos forzosos o no, y/o del curador interino, de ser el caso, para proceder a la búsqueda del declarado ausente, tal y como establece el Código Civil español.

Por otro lado, si el declarado ausente tuviese hijos, la patria potestad respecto a estos queda en suspenso conforme al artículo 466 numeral 23. Debe tenerse en cuenta que si los dos padres declarados ausentes, será necesario constituir la correspondiente tutela.

Finalmente, no debe perderse de vista que la declaración de ausencia no rompe el vínculo matrimonial. En tal sentido, en caso que el cónyuge del declarado ausente se casara nuevamente, el nuevo matrimonio sería nulo según lo establece el artículo 274 numeral 3 del Código. No obstante, tal matrimonio solo podrá ser impugnado mientras el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiese procedido de buena fe.

■ AVULSIÓN

Antes de definir a la avulsión, se debe hablar de accesión. Esta constituye un modo adquisitivo de la propiedad consistente en la atribución al propietario de un bien, de todo aquello que se le une o adhiere materialmente.

En tal sentido, el presupuesto de la accesión es la existencia de dos bienes, uno de los cuales tendrá el carácter de principal, y el otro de accesorio, siendo este último el que se adhiere en el primero. Sin embargo, el conflicto de intereses nos presenta cuando el titular de los dos bienes (principal y accesorio) es la misma persona, pues en tal caso no caben dudas quién es el propietario del objeto resultante. El conflicto requiere que los propietarios de ambos bienes, antes de la accesión, sean distintas personas. Por lo tanto, el presupuesto para que opere esta figura es la modificación objetiva del bien.

Las accesiones pueden ser fluviales, de edificaciones o de bienes muebles. La avulsión se encuentra dentro de las primeras.

Así, una tradición histórica proveniente del Derecho romano incluye dentro de la accesión los problemas derivados de las mutaciones producidas en los predios por efecto de las aguas. Los problemas clásicos sobre esta materia son: el aluvión, la avulsión, la mutación de los cauces y la formación de islas. El Código Civil peruano solo regula las dos primeras figuras, mientras las otras dos han quedado sin ordenación jurídica.

En el caso específico de la avulsión, esta se produce cuando una parte considerable y conocida de un fundo contiguo al curso de un río o torrente es arrancado de él y transportado por la fuerza de las aguas hacia un fundo inferior o hacia la ribera opuesta. Según el Derecho romano, el terreno desprendido se mantiene en la esfera del propietario del terreno principal, aunque este solo puede reivindicarlo mientras la parte desprendida no se hubiera adherido al nuevo fundo y los árboles hubieran echado raíces en él.

El Código Civil peruano en su artículo 940 sigue el criterio temporal –al igual que los códigos civiles francés e italiano– pues se establece que el primer propietario del terreno desprendido puede reclamarlo dentro del plazo de dos años desde

el suceso: vencido este plazo, pierde su derecho de propiedad a favor del titular del fundo al que se adhirió el terreno, siempre que este haya tomado la posesión. Es decir, no basta la adición de una porción desprendida del terreno vecino; sino, además, es necesaria la inacción del primer propietario por dos años y la posesión del propietario del campo al que se unió la porción.

Cumplidos estos requisitos, se produce la adquisición de la propiedad por accesión de dicha porción desprendida de terreno. Por lo demás, la diferencia entre el aluvión y la avulsión se halla en que la primera surge cuando el acrecentamiento del terreno se produce por acción insensible, lenta y paulatina de las aguas; mientras la segunda se produce por una fuerza súbita.

B

■ BIENES

Los bienes son entidades materiales (cosas) o inmateriales que en consideración a su utilidad, moral o material, conforman el objeto de los derechos subjetivos personales y reales. Así, por ejemplo, la vida es un bien jurídicamente protegido a través del derecho a la vida o un inmueble lo es a través del derecho de propiedad.

Los bienes pueden ser materiales o inmateriales, según tengan una existencia corpórea o sean producto del intelecto. En el primer caso, tenemos a un carro o un libro y, en el segundo, ante una creación literaria o artística.

En el ámbito de los derechos reales solo son objeto de estos aquellos bienes que pueden ser apropiables, es decir, que son susceptibles de entrar a formar parte del patrimonio individual o colectivo y de ser comercializados a través del derecho. Lo anterior se vincula con la existencia de determinados bienes denominados *extra commercium* proveniente del Derecho romano, en el que determinados bienes como

la luz solar, el mar o el aire no eran considerados bienes apropiables, al igual que en la actualidad. En tales casos, si bien nos encontramos ante bienes en el sentido de que proporcionan una utilidad al ser humano, los mismos no tienen la característica de ser susceptibles de ser apropiados.

El Código Civil ha acogido en los artículos 885 y 886 la clasificación entre bienes inmuebles y muebles, respectivamente. La referida clasificación tiene consecuencias en cuanto al modo de transmisión de la propiedad o la prescripción adquisitiva, por ejemplo.

■ BIENES CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES

Un bien es considerado consumible cuando su utilización normal trae aparejada la extinción de este en el primer uso. Así tenemos, por ejemplo, los alimentos o la gasolina. La aplicación práctica de esta noción se puede apreciar en el artículo 1605

del Código Civil, el cual establece que a través del mutuo “el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad”. El ejemplo típico de un mutuo es el dinerario. A través de aquel el mutuante entrega dinero al mutuuario. El dinero como tal no tiene un valor de uso, sino que el mismo es útil debido a su valor de cambio, es decir porque permite acceder a otros bienes o servicios y a través de aquello satisfacer necesidades. En tal sentido, el dinero es un ejemplo típico de bien consumible, ya que una vez usado no puede ser usado por el mismo sujeto.

Por otro lado, un bien es considerado no consumible cuando su utilización normal no trae aparejada la extinción del mismo ni una disminución relevante en su sustancia, sino que el mismo puede ser utilizado nuevamente en varias oportunidades. Así tenemos por ejemplo un automóvil o una computadora. Así tenemos también, el contrato de comodato mediante el cual “el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego de devuelta”. Teniendo en cuenta que el bien no será consumido, el comodatario podrá devolver el bien al comodante a efectos de que el mismo lo siga usando o en su caso vuelva a celebrar otro contrato de comodato.

BIENES FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES

La clasificación de los bienes en fungibles y no fungibles tiene importancia en materia de cumplimiento de obligaciones.

Un bien es considerado fungible si puede ser reemplazado con otro de la misma cantidad, peso o medida y esta situación resulta indiferente para el acreedor. Así, por ejemplo, si me deben 100 kilos de arroz marca X, a efectos de que la obligación se cumpla bastará conseguir aquello no siendo relevante cuáles kilos de arroz me sean entregados siempre que sean 100 y de la marca X.

Por otro lado, un bien es considerado no fungible cuando no puede reemplazarse por otro debido a que este es único en su especie o ha sido determinado de tal modo por las partes. Así por ejemplo si me debieran un cuadro de un pintor famoso, digamos "Guernica" de Picasso, dicho bien es no fungible debido a que solo existe uno en todo el mundo.

Ahora la calificación de no fungible también puede ser determinada por las partes en aquellos casos en los que se hubiera pactado así. Por ejemplo, en el caso de la compraventa de un automóvil, ya que si bien existen muchos automóviles que pueden satisfacer mis necesidades al momento de contratar se establece que uno de determinado color, marca, año e identificado con determinada placa

sea entregado como pago. Otro automóvil, así sea idéntico al objeto de la compraventa no cumpliría la obligación.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 1508 del Código Civil en materia de vicios ocultos establece que el “adquirente de un bien fungible viciado puede exigir, en sustitución del saneamiento, la entrega de otro de igual naturaleza”.

En relación con los bienes consumibles y no consumibles, un bien fungible podrá ser consumible como en el caso del arroz o no consumible, como en el caso de un libro editado en serie. En igual sentido, un bien no fungible podrá ser consumible como en el caso de una torta de boda realizada de una manera determinada o no consumible como en el caso antes señalado de un cuadro.

BIENES GANANCIALES (BIENES SOCIALES)

La sociedad conyugal no es estática, es una comunidad dinámica de bienes. Estos no quedan estancados en el patrimonio, sufren mudas y cambios. Su variación se da conforme al desarrollo de la actividad económica conyugal. No pierden su calidad jurídica por voluntad de los cónyuges dado que la misma es predeterminada por la ley gozando de una naturaleza autónoma. En efecto, la sociedad de gananciales tiene una compleja estructura

que está marcada por la diversidad de bienes que la componen. Bienes de uno, bienes del otro y bienes de la sociedad. Estos patrimonio se encuentran conformados por activos (bienes y derechos) y pasivos (cargas y deudas).

Los bienes son diversos, tal como heterogéneas las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y terceros. Están contenidos en ella los bienes propios y los sociales, hay también los bienes en copropiedad simple (un cónyuge con la sociedad de gananciales), copropiedad compleja (un cónyuge, un tercero y la sociedad de gananciales) así como bienes especiales (patrimonios en fideicomiso y gananciales anómalos) además, a todos ellos, los bienes de los hijos (peculio profecticio).

Para la determinación de los bienes, y a efectos de saber la naturaleza de cada uno, entre propios y sociales, existen fórmulas legales dirigidas a su establecimiento. Para los propios, es una fórmula simple, mientras que para la determinación de los bienes sociales se utiliza una fórmula compleja. Los bienes propios están taxativamente designados, mientras que los sociales están contenidos en una fórmula abierta. Todo aquello que no es propio es social.

Los bienes sociales concentran un patrimonio autónomo del patrimonio personal y los titulares de dicho patrimonio autónomo no son los cónyuges sino la sociedad de

gananciales, que disuelta ella da camino a que los cónyuges puedan adquirir la titularidad de los bienes que la componen, por lo que hasta su disolución los cónyuges no tienen un derecho subjetivo sobre dichos bienes (no los pueden disponer de manera unilateral), sino una expectativa, en el caso, la eventual adquisición de uno de los cónyuges de una parte de los bienes gananciales. De ello se deduce que no están sujetos a un régimen de copropiedad; es decir, los cónyuges no son propietarios de alícuotas respecto a los bienes sociales, por ello es que cuando se ejercita un acto de administración o disposición de un bien social, quien lo ejercita es la sociedad de gananciales e igualmente cuando acontece la liquidación de la sociedad de gananciales, quien transfiere las gananciales a cada cónyuge es dicha sociedad y no se trata de una mutua transferencia de derechos entre cónyuges.

Los bienes de la sociedad de gananciales son de naturaleza autónoma con garantía institucional, por cuanto sus normas son de orden público, sin que puedan ser modificadas por la sola voluntad de los cónyuges.

Como los bienes sociales no pertenecen a los cónyuges sino a la comunidad, los frutos y productos de los bienes propios, apenas se generan, forman parte del patrimonio social, no siendo en ningún momento propios de ninguno de los cónyuges; es decir, los frutos, productos o rentas de bienes propios de uno de los

cónyuges jamás lo son de ambos, sino que nacen, se generan como bienes sociales, por ello, sino uno de los cónyuges obstruye el derecho de la sociedad sobre estos bienes aprovechando su condición de propietario único del bien que los genera, el otro cónyuge puede pedir al juez que le otorguen la administración total o parcialmente, según sea el caso, a fin de destinar sus rendimientos al sostenimiento del hogar.

A diferencia de los bienes propios que son aquellos que tiene cada cónyuge desde antes de la celebración del matrimonio y aquellos que adquiera su vigencia a título gratuito por subrogación real con otro bien propio o por una causa o título anterior al matrimonio, siendo además estos de libre disposición para su titular; y los bienes sociales constituyen una contrapartida, aquellos que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y aún después de su disolución por causa o título anterior a esta.

■ BIENES HEREDITARIOS

Los bienes hereditarios constituyen el conjunto de bienes, materiales e inmateriales, que producido el deceso del causante constituyen parte de la masa hereditaria. Atendiendo a que los bienes son el objeto de determinados derechos habrá que atender a la calificación del derecho como transmisible o no transmisible para determinar si un bien puede o no ser considerado hereditario.

Los bienes hereditarios constituyen el límite de la responsabilidad de los herederos por las obligaciones del causante. Así lo establece el artículo 661, el cual señala que el “heredero responde de las deudas y cargas de la herencia solo hasta donde alcancen los bienes de esta (...)”. Sin embargo, el heredero perderá este beneficio en aquellos casos en los que (a) oculte dolosamente bienes hereditarios o (b) simule deudas o disponga de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión. Se busca, en este caso, que el heredero no defraude a los acreedores del causante con actos que van contra la buena fe.

BIENES INMUEBLES

En general, son bienes inmuebles aquellos que no pueden ser desplazados de un lugar a otro. En lo que respecta a la determinación de un bien como mueble o inmueble, el Código Civil sigue un sistema cerrado para aquello. En tal sentido, son bienes inmuebles los establecidos en el referido cuerpo normativo y aquellos a los que la “ley les confiere tal calidad”, según lo señalado en el numeral 11 del artículo 885 del Código Civil. En el referido artículo se enumeran los siguientes bienes inmuebles:

- a) El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.
- b) El mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua y las aguas vivas o estanciales.
- c) Las minas, canteras y depósitos de hidrocarburos.
- d) Los diques y muelles.
- e) Las concesiones para explotar servicios públicos.
- f) Las concesiones mineras obtenidas por particulares.
- g) Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro.
- h) Los demás bienes a los que la ley les confiere tal calidad.

La calificación de un bien como inmueble tiene diversas consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico, entre las principales podemos mencionar las siguientes:

- a) La transferencia de la propiedad de bienes inmuebles se rige por lo establecido en el artículo 949 del Código Civil, el cual establece que “la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietario de él, salvo disposición legal diferente o pacto en contrario”.
- b) La prescripción adquisitiva de bienes inmuebles cuando media buena fe tiene un periodo de 5 años y en los casos de mala fe es de 10 años (además del cumplimiento de los otros requisitos señalados en el artículo 950 del Código Civil).

- c) En el caso de bienes inmuebles la garantía real que se suele constituir por excelencia es la hipoteca, la cual no puede ser ejecutada de manera extrajudicial, salvo en los casos del Título de Crédito Hipotecario Negociable regulado en la Ley de Títulos Valores que permite la venta directa del bien (artículo 243). La referida garantía debe ser otorgada por escritura pública para su validez y no implica la desposesión física del propietario o poseedor del bien a efectos de lograr la oponibilidad frente a terceros de la garantía (entrega jurídica).
- d) En el caso de conflicto de acreedores el artículo 1135 del Código Civil establece que “[c]uando el bien es inmueble y concurren diversos acreedores a quienes el mismo deudor se ha obligado a entregarlo, se prefiere al acreedor de buena fe cuyo título ha sido primeramente inscrito o, en defecto de inscripción, al acreedor cuyo título sea de fecha anterior. Se prefiere, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

BIENES MUEBLES

En general, son bienes muebles aquellos que pueden ser desplazados de un lugar a otro. En lo que respecta a la determinación de un bien como mueble el Código Civil, sigue un

sistema abierto para aquello. En tal sentido, son bienes muebles los establecidos en el referido cuerpo normativo y los “demás bienes no comprendidos en el artículo 885 del Código Civil” referidos a los bienes inmuebles, según lo señalado en el numeral 10 del artículo 886 del Código Civil. En el referido artículo se enumeran los siguientes bienes muebles:

- a) Los vehículos terrestres de cualquier clase.
- b) Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación.
- c) Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.
- d) Los materiales de construcción o procedentes de una demolición si no están unidos al suelo.
- e) Los títulos valores de cualquier clase o los instrumentos donde conste la adquisición de créditos o de derechos personales.
- f) Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares.
- g) Las rentas o pensiones de cualquier clase.
- h) Las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a estas pertenezcan bienes inmuebles.
- i) Los demás bienes que puedan llevarse de un lugar a otro.

- j) Los demás bienes no comprendidos en el artículo 885 del Código Civil.

La calificación de un bien como mueble tiene diversas consecuencias en nuestro ordenamiento jurídico, entre las principales podemos mencionar las siguientes:

- a) La transferencia de la propiedad de bienes inmuebles se rige por lo establecido en el artículo 947 del Código Civil, el cual establece que “la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”, siguiendo en tal sentido la teoría del título y el modo para transferencia de bienes muebles.
- b) La prescripción adquisitiva de bienes muebles cuando media buena fe tiene un periodo de 2 años y en los casos de mala fe es de 4 años (además del cumplimiento de los otros requisitos señalados en el artículo 951 del Código Civil).
- c) En el caso de bienes inmuebles la garantía real que se constituirá será una garantía mobiliaria, la cual puede ser ejecutada de manera judicial y extrajudicial. La referida garantía no requiere ser otorgada por escritura pública para su validez y puede implicar o no la desposesión física del propietario o poseedor del bien a efectos de

lograr la oponibilidad frente a terceros de la garantía (entrega física y jurídica).

En el caso de conflicto de acreedores, el artículo 1136 del Código Civil establece que “[s]i el bien cierto que debe entregarse es mueble y lo reclamasen diversos acreedores a quienes el mismo deudor se hubiese obligado a entregarlo, será preferido el acreedor de buena fe a quien el deudor hizo tradición de él, aunque su título sea de fecha posterior. Si el deudor no hizo tradición del bien, será preferido el acreedor cuyo título sea de fecha anterior; prevaleciendo, en este último caso, el título que conste de documento de fecha cierta más antigua”.

■ BIENES PROPIOS

Una vez nacido el vínculo matrimonial se derivan para los cónyuges derechos y deberes, unos de índole personal o familiar y otros de índole patrimonial. En lo que respecta a este último aspecto, es posible que los mismos escojan entres dos tipos de regímenes patrimoniales: separación de patrimonios y sociedad de gananciales. En el primer régimen los cónyuges rigen sus relaciones patrimoniales de manera individual. En el segundo régimen surge un nuevo sujeto de derecho llamado sociedad de gananciales que será el encargado de ser el titular de los bienes que se le atribuyan.

Tal como lo señala el artículo 301, “en el régimen de sociedad de gananciales puede haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad”. Es decir, existirán bienes que pertenezcan de manera individual a los cónyuges y bienes que pertenezcan a la sociedad de gananciales. El artículo 302 establece que son bienes propios de cada cónyuge:

1. Los que aporte al iniciarse el régimen de sociedad de gananciales.
2. Los que adquiriera durante la vigencia de dicho régimen a título oneroso, cuando la causa de adquisición ha precedido a aquella.
3. Los que adquiriera durante la vigencia del régimen a título gratuito.
4. La indemnización por accidentes o por seguros de vida, de daños personales o de enfermedades, deducidas las primas pagadas con bienes de la sociedad.
5. Los derechos de autor e inventor. Aquí debe tenerse en cuenta lo señalado en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, el cual establece que, “en la sociedad conyugal cada cónyuge es titular de las obras creadas por cada uno de ellos sobre los que conservarán respectivamente en forma absoluta su derecho moral, pero los derechos pecuniarios hechos efectivos durante el matrimonio tendrán el carácter de

bienes comunes salvo el régimen de separación de patrimonios”.

6. Los libros, instrumentos y útiles para el ejercicio de la profesión o trabajo, salvo que sean accesorios de una empresa que no tenga la calidad de bien propio.
7. Las acciones y las participaciones de sociedades que se distribuyan gratuitamente entre los socios por revaluación del patrimonio social, cuando esas acciones o participaciones sean bien propio.
8. La renta vitalicia a título gratuito y la convenida a título oneroso cuando la contraprestación constituye bien propio.
9. Los vestidos y objetos de uso personal, así como los diplomas, condecoraciones, correspondencia y recuerdos de familia.

En relación con la determinación de un bien como propio debe tenerse en cuenta el artículo 311 del Código Civil. El numeral 1 del referido artículo establece que “todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario”. Por su parte los numerales 2 y 3 del artículo 311 establecen que “en caso se sustituya o subrogue un bien propio se reputará al nuevo bien también como propio” y que “si vendidos algunos bienes, cuyo precio no consta haberse invertido, se compran después otros equivalentes, se presume, mientras no se pruebe lo contrario, que la adquisición

posterior es hecha con el producto de la enajenación anterior”.

La importancia de determinar si un bien es propio o social está dada por el hecho de que en el primer caso el cónyuge como único titular de los bienes puede disponer, gravar o administrar de cualquier otra manera, los bienes calificados como propios. No obstante lo anterior, los frutos y productos que produzcan dichos bienes propios si deberán estar destinados al sostenimiento del hogar. En tal sentido, el artículo 305 del Código Civil establece que “si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba”.

Además de la administración “forzosa” de los bienes propios de un cónyuge por parte de otro cónyuge, es posible que se de un uso o administración de hecho total o parcial de los bienes propios de un cónyuge por parte del otro. En tales casos, el artículo 306 del Código Civil establece que el cónyuge administrador no tiene “sino las facultades inherentes a la mera administración y queda obligado a devolverlos en cualquier momento a requerimiento del propietario”.

Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del cónyuge deudor.

Por otro lado, calificar un bien como propio trae aparejada la consecuencia que dichos bienes están excluidos de la masa patrimonial pasiva sobre la que pueden actuar los acreedores del otro cónyuge siempre que dichas deudas sean personales y no se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia. En dicho sentido, el artículo 309 aclara que en el caso de deudas nacidas de la responsabilidad extracontractual no perjudica los bienes propios del otro cónyuge e incluso establece que tampoco lo hace “en la parte de los de la sociedad que le corresponderían en caso de liquidación”.

■ BIGAMIA

La bigamia es aquella situación en la que una persona ha contraído matrimonio más de una vez. El inciso 3 del artículo 274 del Código Civil ha establecido como causal de nulidad del matrimonio la que realice el bigamos. Así, señala que es nulo el matrimonio del casado. Sin embargo establece que, si el primer cónyuge del bigamo ha muerto o si el primer matrimonio ha sido invalidado o

disuelto por divorcio, solo el segundo cónyuge del bigamo puede demandar la invalidación, siempre que hubiese actuado de buena fe. La acción caduca si no se interpone dentro del plazo de un año desde el día en que tuvo conocimiento del matrimonio anterior.

Aquí cobra especial relevancia los supuestos de ausencia y muerte presunta establecidos en el Libro I del Código Civil. Así, el referido inciso establece que “[t]ratándose del nuevo matrimonio contraído por el cónyuge de un desaparecido sin que se hubiera declarado la muerte presunta de este, solo puede ser impugnado, mientras dure el estado de ausencia, por el nuevo cónyuge y siempre que hubiera procedido de buena fe”.

Por su parte, a efectos de proteger a la nueva familia de aquel que sin su culpa contrajo nuevo matrimonio y luego se hubiera declarado la existencia del cónyuge anterior, se establece que e reconocimiento de existencia no invalida el nuevo matrimonio que hubiere contraído el cónyuge.

Además de lo anterior, la bigamia tiene consecuencias penales, estableciéndose en el primer párrafo del artículo 139 del Código Penal que el “casado que contrae matrimonio será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años”. Agregando el segundo párrafo que “Si, respecto

a su estado civil, induce a error a la persona con quien contrae el nuevo matrimonio la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años”. Los artículos 140 (matrimonio con persona casada), y 141 (autorización ilegal del matrimonio) establece consecuencias penales para otros supuestos vinculados con la bigamia.

■ BUENA FE

Su base parte de una concepción justiniana como regla o principio de conducta donde se han construido los conceptos modernos de la misma, que la buena fe constituye una regla de conducta a la que ha de adaptarse el comportamiento jurídico de los hombres. Sin embargo no se declara concretamente cuáles son los comportamientos exigidos por la buena fe.

La normativa referente a negocios jurídicos y contratos donde se desarrolla expresamente dicho principio contiene dos normas relativas a la buena fe. Su inclinación por el positivismo como toda Latinoamérica lo obliga a referirse a reglas de la “buena fe” que obviamente no existen, cuando menos no se trata en este caso de normas positivas que definen la buena fe sino de principios y conceptos doctrinarios bastante distantes de la idea de “regla”.

Negociar el contrato de buena fe supone no intentar engañar a la

contraparte. (que actúa racional y razonablemente). Por este motivo, las partes no están obligadas a dar espontáneamente toda la información una a la otra, sino establecer un nivel de comunicación que permite entenderse mutuamente y que no esconda una actitud maliciosa (y no puramente egoísta pero lícito). (No esperes precio justo, pero sí información correcta, o no haya silencio sobre negociaciones paralelas). En ese sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen de buena fe, por lo cual se le llama “buena fe creencia”.

Celebrar el contrato de buena fe supone que se adopte las formalidades necesarias para que el contrato no sea posteriormente impugnado y también que exista en cada parte una verdadera intención de cumplir con las obligaciones a que se compromete.

Ejecutar o cumplir el contrato de buena fe se refiere a la cooperación de una parte con la otra, de manera que ninguna quede privada de sus expectativas razonables.

La primera y última tienen diferencia de grado, la presencia de la autonomía privada es menos estricta en la primera que en la segunda. También de naturaleza, en la primera no tiene la parte que tomar en consideración el interés de la otra como sí debe hacerlo en la segunda. Por último, son distintos en sus efectos, la

mala fe en la ejecución puede llevar a la ineficacia del contrato, mientras que en la negociación no se podría exigir la celebración del contrato y solo procederá la indemnización de daños y perjuicios vía responsabilidad precontractual.

Ahora la buena fe se presenta como la expresión de una conducta supuestamente ideal del sujeto, que lo debe orientar a decidir ciertas cosas y rechazar otras, un ideal que permite cuestionar la voluntad de las partes aduciendo que esa decisión común no es justa, aunque creyeron las partes que era lo que les convenía al momento de llegar al acuerdo.

Caso: compraventa anticipada de boletos para un festival de cine, con films cuya selección se ha dejado a discreción del exhibidor. Pero ante de la proyección se cambia de dueño y exhibe films pornográficos. El adquirente solicita la devolución de su dinero arguyendo que ha habido mala fe no en tanto de quien contrató originalmente con él hubiera actuado de mala fe, sino porque de acuerdo a su sentido moral, no esperaba que el festival tuviera esa orientación. Aquí se objetiviza la buena fe como un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante. “Se puede sostener que esta especie expresa la lealtad, la honestidad, la probidad y confianza en el comportamiento de cada uno de los contratantes, actúa como regla de conducta que orienta la actuación

ideal del sujeto, lo que determina que se le denomine buena fe lealtad u objetiva, se exige un tipo de conducta.

BUENAS COSTUMBRES

Las buenas costumbres son aquellas conductas usuales en la convivencia social en un tiempo y lugar, determinados, se presentan en la conciencia del hombre medio como buenas, esta referencia del hombre medio se hace en relación de la mayoría de hombres de la comunidad. La moral es la encargada de estudiar la bondad o la maldad de las conductas, por ello creo que la expresión “contrarias a las buenas costumbres” es semejante a “inmorales”. Aquí debe realizarse las siguientes precisiones:

- a) La inmoralidad de la que se habla no es solo la referida a la moral sexual, sino a todo comportamiento del ser humano que pueda ser catalogado como tal.
- b) Las buenas costumbres constituyen un concepto dinámico por lo que las mismas dependerán del tiempo y lugar en el cual las mismas deban ser concebidas.
- c) No debe equipararse las buenas costumbres a la costumbre jurídica entendida esta última como fuente del derecho y como la conducta uniforme y constantemente repetida en un tiempo y lugar determinado que se juzga como necesaria y de obligatorio cumplimiento en dicha sociedad.

■ CADÁVER

En su versión latina y en su etimología individual, el vocablo cadáver es un compuesto de tres términos diferentes con significado propio dentro del latín. La palabra “cadáver” se descompone en los siguientes términos: *caro* (traducido como “carne”), *data* (traducido como “dar”) y *vermibus* (traducido como “gusanos”). Es decir, el significado antiguo de cadáver viene a ser literalmente: “carne dada a los gusanos” que según la Roma antigua, lugar de donde viene el término, es un término derivado de la simple observación de lo que sucede con un cadáver en circunstancias meteorológicas de intemperie, no siendo manipulada su descomposición natural mediante embalsamamiento o protección mediante el uso de una cámara refrigerada.

Dada su naturaleza jurídica, el cadáver es un objeto de derecho especial digno de la más amplia protección, respeto y piedad; asimismo, está fuera del comercio de los hombres (*corpore humane estrés extra*

comercii mancipi). Sin embargo, ello no le resta la calidad de poder ser un donante fallecido y que se utilice su cuerpo con fines benéficos. Este es el sentir normativo sustentado tanto en el interés individual (cautela de los restos mortales) como el interés social (fin terapéutico o investigación) lo que en esencia determina las posibilidades altruistas, solidarias, generosas del ser humano en aquello que hace digna su existencia. Cuando se hace mención al fin terapéutico ello implica que el cadáver es apto para proveer de salud o para salvar una vida, mas no para crear una nueva restringiéndose la cesión de gametos post mórtem, pues es una técnica de reproducción con fines asistidos no naturales.

El artículo 10 del Código Civil plantea dos hipótesis legales claramente diferenciadas de este denominado derecho a determina la destinación del cadáver:

- a) Utilización parcial de cadáveres identificados con fines terapéuticos: el supuesto central de este artículo es que la persona no

dispuso en vida de su cadáver, ni en sentido positivo ni en sentido negativo; de allí la posibilidad que el profesional de salud, en cuya custodia esté el cadáver, pueda disponer de manera gratuita y parcial de él para bien de otros, previo el consentimiento de sus familiares.

En tal sentido, de morir una persona sin haber expresado su voluntad de ceder o no su cuerpo, corresponde a sus familiares dicha facultad (derecho de los familiares a disponer el cadáver de su difunto). Pero debe tenerse en cuenta que la facultad de disposición conferida es parcial, no total, pues se entiende que habría que dejar algo del cadáver para darle cristiana sepultura.

- b) Utilización total de cadáveres no identificados con fines de interés social: el destino de los cadáveres no identificados o abandonados (indigentes, vagabundos) es su utilización con fines de interés social, es decir, que tengan un uso científico o pedagógico. En este caso, al cadáver no reclamado se le consideraría como una especie de *res nullius* (bien de nadie, sin dueño) o *res derelicta* (bien abandonado) de manera que el Estado lo confisca por razones de utilidad pública, pasando a ser un difunto socializado sin indemnización para sus parientes.

■ CADUCIDAD

El Código Civil vigente ha plasmado legislativamente el deslinde conceptual entre la prescripción extintiva y la caducidad. La caducidad, como la prescripción extintiva, produce su efecto por el mero transcurso del tiempo. El vocablo caducidad tiene su origen etimológico en las locuciones latinas *caducus* y *cadere*, cuyas acepciones son, entre otras, las de dejar de ser, desaparecer, acabar la vida, la de terminar, extinguirse. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua le da, atendiendo a su origen etimológico, el significado de perder su fuerza una ley, un testamento o un contrato, y el de extinguirse un derecho, una facultad, una instancia o un recurso, entre otras.

La caducidad implica la pérdida de una situación de ventaja (derecho subjetivo, derecho potestativo, facultad jurídica) por no realizar el acto indicado por la ley para la adquisición de esta situación de ventaja. Así, si se quiere ver declarada la no-paternidad de un “hijo” nacido dentro del matrimonio, se debe demandar dentro de los 90 días de nacido o de conocido el nacimiento (artículo 364 del Código Civil); si se quiere obtener una declaración de resolución de contrato por vicios ocultos se tiene que interponer la demanda dentro de los tres meses de producida la transferencia de bienes muebles o de seis tratándose de inmuebles (artículo

1514 del Código Civil); normalmente el acto que la ley requiere para la adquisición de la situación de ventaja es la interposición de la demanda, pero no siempre. Así, p.ej. se pierde la posibilidad de pedir la resolución del contrato o la reducción del precio por vicios ocultos (artículo 1523 del Código Civil) si no se comunica al enajenante el descubrimiento del vicio oculto dentro del plazo de siete días. Pues bien, en todos aquellos casos en donde exista un plazo de caducidad (solo por ley se pueden crear plazos de caducidad) el juez, de advertir que el plazo ha transcurrido, podrá, de plano, declarar la caducidad y en consecuencia la improcedencia de la demanda (téngase en cuenta que según el artículo 2006 del Código Civil la caducidad puede ser declarada de oficio).

La caducidad, al extinguir una situación de ventaja, extingue la pretensión que ha debido hacerse valer dentro del plazo prefijado por la ley, y no extingue la acción que es el derecho de recurrir a la instancia jurisdiccional. Por ello, debe entenderse que la caducidad extingue no propiamente a la acción sino a la pretensión. En la caducidad el orden público está más acentuado que en la prescripción extintiva, pues el imperativo de la ley por definir o resolver una situación jurídica se aprecia con mayor rotundidad, haciéndolo prontamente mediante sus plazos prefijados, además por ello no admite renuncia anticipada, ni es

lícito prorrogar por acuerdo el término establecido.

El plazo de caducidad se caracteriza por su perentoriedad y su fatalidad, pues es único y concluyente y es inevitable e improrrogable. Comienza su decurso desde que existe el derecho, esto es, desde que nace con la relación jurídica o desde que emerge de ella o a partir del hecho que lo origina. Se trata, obviamente, de derechos con plazo prefijado por la ley para su ejercicio. El cómputo de los plazos de caducidad supone considerar su curso desde su inicio hasta su vencimiento, siendo computables todos los días, sean hábiles o inhábiles. No admite interrupciones ni suspensiones, y que se basa en razones objetivas, siendo solo suficiente el transcurso del tiempo. Sin bien la doctrina es unánime en relación con este punto, es preciso señalar que el artículo 2005 del Código Civil admite la causal de suspensión prevista en el inciso 8 del artículo 1994 de dicho Código, relativa a la imposibilidad de poder recurrir a un tribunal peruano, lo que constituye una única causal de suspensión aplicable al plazo de caducidad.

En virtud de ella, no se computan los días en que no sea posible acudir a la jurisdicción peruana para alcanzar la tutela efectiva del derecho caducible, el que no se extinguirá mientras subsista la aplicabilidad de esta causal de suspensión. La aplicación inflexible de la caducidad por el juez,

sin necesidad de ser invocada por la parte, es una consecuencia de su misma naturaleza.

¿Cómo distinguir la prescripción de la caducidad?, no existe un criterio en general en el plano práctico y frente a una norma, por lo que todo se reduce a interpretar caso por caso, por ello son frecuentes los desacuerdos en la doctrina y en la jurisprudencia, en algunos casos en que la fórmula legislativa no deja ver claramente si el término establecido para el ejercicio de un derecho es de prescripción o de caducidad.

CADUCIDAD DE TESTAMENTO

La caducidad es una institución que tiene como característica principal la temporalidad bajo la cual se extinguen los derechos y las acciones correspondientes a lo que el ordenamiento asigna una duración determinada.

En el caso de la caducidad del testamento regulado en el Código Civil peruano, esta consiste en la pérdida de eficacia del testamento o de alguna de sus disposiciones no por declaración o acto del testador, sino por sobrevenir circunstancias de hecho a las que la ley atribuye tal efecto.

De esta manera, las figuras recogidas en el Código bajo el *nomen iuris* de caducidad no son sino supuestos de extinción o ineficacia de las disposiciones testamentarias que afectan

los derechos de sucesores preferentes, o que no pueden ser ejecutadas, o que el Derecho, sustituyéndose en la voluntad del testador, considere que hay que suprimir en todo o en parte.

CAPACIDAD DE EJERCICIO

Tal como ya se señaló al hablar de la capacidad de goce, el Código Civil de 1984 sigue la clasificación bipartita de la tradición francesa entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En tal sentido, la capacidad de ejercicio viene definida como la aptitud que tiene el sujeto de derecho para ejercer sus derechos subjetivos (o, en general, las situaciones jurídicas de las que es titular) por uno mismo o a través de representante designado por uno mismo. El Código Civil considera que tienen plena capacidad de ejercicio las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo aquellas personas que se encuentren bajo los supuestos de los artículos 43 y 44 del referido cuerpo legal.

El Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia de fecha 12 de julio de 2004 recaída en el Exp. N° 518-2004-AA/TC que la capacidad de ejercicio es “la facultad o atributo personal que permite producir por propia voluntad, efectos jurídicos válidos para sí o para otros, responsabilizándose expresamente de sus consecuencias. Por ende,

comporta la prerrogativa para gobernarse por sí en las diversas contingencias de la vida coexistencial”.

■ CAPACIDAD DE GOCE

El Código Civil de 1984 sigue la clasificación bipartita de la tradición francesa entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. En tal sentido, la capacidad de goce viene definida como la aptitud del sujeto de derecho para ser titular de derechos subjetivos y deberes.

El Tribunal Constitucional ha señalado en su Sentencia de fecha 12 de julio de 2004 recaída en el Exp. N° 518-2004-AA/TC que la capacidad de goce es “la facultad o atributo de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones; es decir, para forjar relaciones jurídicas en torno a una actividad determinada y consentida por el ordenamiento jurídico. Dicha “cualidad” jurídica es inherente a la persona humana y, por ello, es un atributo general”.

La capacidad de goce es la idoneidad establecida por el ordenamiento jurídico para ser sujeto de derecho, lo cual implica ser titular de situaciones jurídicas subjetivas patrimoniales (créditos, débitos, cargas, intereses legítimos, etc.) y existenciales (derechos de la personalidad), activas y pasivas. El término capacidad jurídica es entendido modernamente como sinónimo de subjetividad, es decir, ser sujeto de derecho

es igual que tener capacidad de goce, por lo que —actualmente— la doctrina prefiere hablar de subjetividad antes que de capacidad de goce.

Teniendo en cuenta lo anterior, la capacidad de goce se identifica con el concepto de subjetividad jurídica (o “personalidad jurídica” en el caso de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos). Así tenemos que el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que “[t]odo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Por su parte, el artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia de fecha 25 de noviembre de 2000 (caso *Bámaca vs. Guatemala*, fundamento 179), señaló respecto del artículo 3 antes referido que “(...) [e]l citado precepto debe interpretarse a la luz de lo establecido por el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que textualmente establece: “Toda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad de goce) y de deberes; la violación

de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de esos derechos y deberes (...)"

■ CARGAS

La carga resulta ser una desmembración a la propiedad; en tal sentido, se constituye en un derecho real limitado. La carga impone al propietario degenerar algunas de sus facultades para el beneficio de otro derecho con el fin de que este obtenga mayores utilidades. En las cargas no hay obligación que garantizar, a diferencia de los gravámenes.

Algunos tipos de cargas son:

a) Servidumbre

La servidumbre resulta ser un derecho real sobre cosa ajena que otorga a su titular diferentes facultades sobre el predio del propietario (predio sirviente) para maximizar las utilidades de su predio (predio dominante). En ese sentido, la servidumbre permite al titular del predio dominante realizar todos los actos posibles sobre el predio sirviente, sin impedimento alguno por parte de este. La relación jurídica establecida, por obvias razones, no se establece entre los predios, sino entre los sujetos en función de los bienes. Sus características esenciales son la perpetuidad, indivisibilidad e inseparabilidad.

b) Usufructo

El usufructo es un derecho real que permite a su titular las facultades de usar y disfrutar sobre una cosa ajena, sin alterar la sustancia del bien. El objetivo del usufructo es que el propietario recupere estas facultades que tenía como consecuencia de la constitución de dicho derecho al cabo de un periodo de tiempo.

El usufructuario tiene, en relación con el propietario del bien, distintos deberes que son necesarios para el correcto ejercicio de dicho derecho. En ese sentido tenemos al deber de conservación y aseguramiento. Esto significa que el usufructuario debe explotar el bien en la forma normal, sin que se altere su sustancia, pues ello traerá como consecuencia su extinción.

c) Uso

El derecho de uso concede a su titular el *iusutendi* sobre el bien. Sin embargo, cabe la posibilidad de que se pueda disfrutar el bien aunque sea en forma limitada, es decir, solo para satisfacer necesidades del usuario y de la familia.

d) Superficie

El derecho de superficie otorga a su titular la facultad de construir, sobre o debajo del suelo ajeno, exclusivamente edificaciones. Es necesario distinguir el derecho de superficie y la

propiedad superficiaria. El primero hace referencia al derecho que tiene un sujeto para que construya como consecuencia de que el dueño le otorgó dicha facultad. En cambio, el segundo refiere al derecho que surge en el superficiario sobre la propiedad de lo construido.

■ CARGO

También llamado “modo” Obligación de carácter accesorio que se impone al beneficiario de una liberalidad. El incumplimiento de esta obligación no acarrea la ineficacia del acto jurídico, diferenciándose en este aspecto de la condición, pero sí determina una responsabilidad contractual.

Al presentarse en actos de liberalidad, el cumplimiento del cargo no puede exceder el valor patrimonial de dicha liberalidad.

Son características de este elemento accidental su **obligatoriedad, la accesoriedad y la gratuidad** ya que al configurarse el acto de liberalidad con este elemento accidental se crea una relación obligatoria accesorio por parte del beneficiario de la liberalidad hacia el beneficiario del cargo.

Respecto a la relación obligatoria, vale precisar que la ejecución de la obligación ha sido querida por el disponente, pues de lo contrario no se habría impuesto el cargo, creando

una obligación con valor jurídico, pues si bien su inejecución no deviene al acto jurídico en ineficaz, el cargo materializa una relación más allá de una simple recomendación o deseo del disponente.

■ CASO FORTUITO

El caso fortuito es una causa decisiva y autónoma que media entre determinado acontecimiento y una consecuencia dañina. Esta causa debe reunir ciertos requisitos: debe ser extraordinaria, imprevisible e inevitable.

La doctrina no se pone de acuerdo respecto de las diferencias prácticas entre catalogar determinado evento como caso fortuito o fuerza mayor. Si bien ambos conceptos son difusos y en muchos casos la legislación los confunde, la doctrina jurídica coincide en señalar que, si bien en ocasiones se puede obligar a un deudor a cumplir una obligación que incumplió por caso fortuito, no se puede exigir nunca una obligación que se incumplió por fuerza mayor.

Comúnmente se llama “caso fortuito” a lo que acontece inesperadamente, o sea a lo “imprevisible”; la fuerza mayor alude a lo irresistible, es decir lo “inevitable”. Desde el punto de vista de los efectos jurídicos, en la medida que ambos conceptos se estén asimilados legalmente, no existiría distinción entre ambos. Sin embargo, la ley normalmente exime ambos casos, pero

permite que se pacte en el contrato la responsabilidad en el caso fortuito.

El caso se ilustra con un suceso real en el que una persona, dentro de su coche, parado y con la ventanilla abierta sufrió lesiones en el ojo a consecuencia de una piedra que saltó al paso de otro vehículo. El afectado demandó a la aseguradora del coche que le provocó las lesiones, pero esta se negó a indemnizarle alegando que el percance se había producido por causa de fuerza mayor. La víctima recurrió a los tribunales que le dieron la razón al entender que la fuerza mayor se debe a un factor ajeno como un rayo o un huracán mientras que el accidente se produce por efecto de una actividad, en este caso la circulación y la existencia de gravilla en la calzada. Por lo tanto, y al tratarse de un caso fortuito, la aseguradora se vio obligada a indemnizar.

En el Perú, el Código Civil no los distingue, pero les enlaza las mismas consecuencias jurídicas: exoneración de una persona determinada de asumir el resarcimiento de los daños generados en la contraparte.

Cuando se dice que el hecho para ser catalogado como caso fortuito, se entiende que aquel no constituye un riesgo típico de la actividad o caso generadora del daño. En cuanto al requisito de la inevitabilidad, el hecho debe ser imposible de evitar aplicando la atención, cuidados y esfuerzos normales en relación con el hecho de que se trata, considerando

las circunstancias concretas de lugar, tiempo, y persona. Ahora que el hecho sea extraordinario o anormal no es un carácter distinto de la imprevisibilidad e inevitabilidad, sino que señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse. Lo que sale de lo normal y del curso ordinario de las cosas, no es dable prever.

Asimismo, el hecho catalogado como caso fortuito, debe ser ajeno al presunto responsable, o exterior al vicio o riesgo de la cosa.

Por su parte, el hecho debe ser notorio o público y de magnitud. En efecto, un evento extraordinario no es simplemente uno que es externo a la actividad productora del daño, sino que además tiene un carácter y una violencia excepcional, hasta alcanzar una pública notoriedad.

■ CAUSALIDAD

La atribución de responsabilidad, cualquier fuera el motivo requiere la definición de la incidencia del comportamiento del autor en el daño injustamente causado. Al reconstruir los hechos, además analizar la conducta del agente y el resultado (evento dañoso), será indispensable establecer si existe o no una relación de causalidad que permita explicar la razón por la cual (concurriendo, por lo demás, el juicio de la denominada “imputabilidad”), se hará cargar el fardo de la reparación al agente en

custión. Es decir, la existencia de un hecho generador del daño, cierto y directo que se presente, en la medida de lo humanamente comprensible, como una causa unívoca, esto es lo que se comprende como causalidad.

Hay dos conceptos que suelen confundirse: causalidad y culpabilidad, sin embargo es preciso señalar que la causalidad es el aspecto objetivo mientras que la culpabilidad es el aspecto subjetivo. En algunos países ante el choque las responsabilidades se neutralizan entre sí, entonces se analiza el caso conforme a las reglas de la culpa. Solo si aparece culpa irrefutable de una de las conductas se justificaría la acción o cuando los daños de uno son considerablemente mayores que los del otro.

En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda la responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa a efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase.

Se afirma que en materia de responsabilidad civil extracontractual o aquiliana se acoge la teoría de la causa adecuada (artículo 1985 del Código Civil) y en inexecución de las obligaciones se asume la teoría de la causa próxima (artículo 1321 del Código Civil) (segundo párrafo).

El objeto del nexo causal tiene doble relevancia:

- a) Para el aspecto del evento lesivo (causalidad de hecho o fáctica), se procede a la reconstrucción del hecho a los efectos de imputación de la responsabilidad.
- b) Para el aspecto del daño resarcible (causalidad jurídica), se determinan las consecuencias dañosas que el responsable deberá resarcir.

Como correlato de ello, la finalidad de la causa es doble: “imputar al responsable el hecho ilícito y establecer la entidad de las consecuencias perjudiciales del hecho que se traducen en el daño resarcible”. Sin embargo, se afirma que este binomio solo se trata de un uso lingüístico aceptable, porque tanto la causalidad natural como la jurídica, son “criterios de calificación normativa”.

Resulta importante distinguir:

- a) La causa, que produce el efecto.
- b) La condición, que si bien, no lo produce por sí, de alguna manera permite o descarta un obstáculo. Es “todo antecedente sin el cual el resultado no se habría producido, todo elemento que no puede ser eliminado con el pensamiento sin que haga faltar el efecto”.
- c) La ocasión, se limita a favorecer la operatividad de la causa eficiente.

En consecuencia, la presencia de más de una persona en una ventanilla constituirá una vulneración de las medidas de seguridad establecidas por esta norma.

Hay quien ha criticado la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada en materia de incumplimiento de las obligaciones, calificándola de “arbitraria”. Desde esa posición no cabría emplear un solo concepto de causalidad a la responsabilidad civil extracontractual y aquella derivada del incumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, no explica cómo se podía utilizar la causalidad próxima en este caso concreto. Se confunde la causalidad jurídica de la de hecho cuando se pretende justificar la diferencia entre ambos regímenes basándose en el criterio de la previsibilidad. Lo que propongo es, como veremos a continuación, no limitarnos al análisis de la causa próxima en materia contractual e, incluso, no circunscribirnos a emplear solo la causa adecuada en ambos regímenes, sino aquella teoría causal que sea idónea al caso concreto.

■ CAZA

La caza, dentro de la clasificación de los hechos jurídicos, viene a ser un acto jurídico en sentido estricto, voluntario, lícito y material, el cual se constituye como una forma de adquisición de la propiedad.

La misma se encuentra regulada en el artículo 931 del Código Civil en los siguientes términos:

“No está permitido la caza ni la pesca en predio ajeno, sin permiso del dueño o poseedor según el caso, salvo que se trate de terrenos no cercados ni sembrados.

Los animales cazados o pescados en contravención a este artículo pertenecen a su titular o poseedor, según el caso, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

Del referido texto, se desprenden las siguientes permisiones relacionadas con la caza:

- a) Se permite la caza en terreno ajeno de propiedad privada cercado y/o sembrado, cuando se cuente con la autorización del propietario o poseedor, en cuyo caso no hay problema alguno.
- b) Se permite la caza en terreno ajeno no cercado y/o no sembrado, en cuyo caso tampoco hay problema alguno, siendo irrelevante la autorización del propietario o poseedor en estos supuestos, toda vez que el hecho de no estar en el terreno cercado o sembrado hace suponer al cazador que no se trata de un área privada.

Al emplearse en la redacción del referido artículo, una conjunción copulativa –salvo que se trate de terrenos no cercados ni sembrados– se podría concluir que se requiere la

conurrencia de ambas situaciones: el cerco y la siembra.

No obstante, resulta claro que la intención del legislador, más allá de la redacción de la norma, ha sido desincentivar la irrupción de terrenos ajenos para efectos de caza o pesca, de modo que bastaría que el terreno esté cercado o sembrado, para que la caza no diera lugar a la adquisición de la propiedad a favor del cazador, sino más bien el nacimiento de una obligación, encaminada a devolver al propietario del terreno cercado o sembrado, los animales cazados, en la medida que este último –conforme lo establece la segunda parte del artículo 931 del Código Civil– mantiene la propiedad de los animales cazados.

En tal sentido, lo correcto hubiera sido que la norma de forma literal estableciera o el cerco o la siembra (uno de los dos) para que se advierta si el terreno tiene dueño o no. No debe entenderse, pues, que la redacción actual elimina las situaciones alternativas, por ejemplo, cuando el terreno está cercado pero no sembrado o cuando está sembrado pero no cercado, habida cuenta que son situaciones que en la práctica pueden darse y generarían el debate sobre si en tales hipótesis se requiere o no de la autorización del propietario o poseedor.

Naturalmente, debe tenerse presente que estas disposiciones sobre la caza aplican siempre que la misma

no se dé respecto de animales sustraídos de esta actividad, es decir, animales objetos de una especial protección jurídica. Respecto de los cuales –como, por ejemplo, las vicuñas– existe la prohibición legal de practicar la caza.

■ CESIÓN DE DERECHOS (CREDITICIOS)

La cesión de derechos es un negocio entre vivos, por el cual una persona originalmente acreedora, por alguna razón no desea continuar con la obligación, y opta por conceder a un tercero la titularidad, que le permite exigir al deudor el cumplimiento de su prestación. Es por consiguiente una sustitución subjetiva, en todo lo demás la obligación permanece igual: la misma prestación y el mismo deudor.

La transmisión de las obligaciones opera mediante el negocio de cesión de derechos. No se debe confundir la cesión de derechos con la novación, por cuanto en esta es indispensable la anuencia del deudor, mientras en la cesión no, basta la notificación para que sepa a quién debe efectuar el pago. Además, la novación importa sustitución de una obligación por otra, mientras en la cesión la obligación originaria subsiste.

Asimismo, es necesario establecer la diferencia entre la cesión de derechos y la asunción de deudas, la cesión de derechos es una sustitución

activa y la otra, sustitución pasiva; la primera corresponde al acreedor y la otra, al deudor.

A pesar de esto existen diversas posiciones a cerca de la naturaleza jurídica de la cesión, algunos la considera como un negocio abstracto, esto es el BGB alemán, también hay otros que la consideran un negocio de causa genérica, otros autores la estiman como un modo de transmisión semejante a la tradición con respecto a transferencia de la titularidad de la propiedad sobre cosas muebles.

El *Codice Civile* italiano considera que la cesión no reviste un carácter negocial sino que más bien constituye un efecto de los negocios con función económica traslativa. En la actualidad, los contratos que realizan la función económica que consiste en la transferencia de créditos han adoptado gran importancia, en la medida que constituyen mecanismos contractuales que permiten a los titulares lograr un financiamiento a través de la venta de créditos.

A través de la cesión de créditos un sujeto adquirirá la disponibilidad inmediata de una suma de dinero a cambio de la transferencia de la titularidad de un bien, la titularidad de un crédito puede ser objeto de transferencia, pues el crédito como la propiedad es un bien y por lo tanto puede ser objeto de transferencia.

Las personas que intervienen en la cesión de derechos son el cedente que es el acreedor que no desea

continuar en la obligación básica, ha perdido interés en mantenerse en ella, el cesionario que es el tercero que va a reemplazar al cedente en la titularidad del derecho y para ello debe ingresar en la relación jurídica y el cedido que es el sujeto que interviene en calidad de deudor, para él nada cambia porque la obligación es la misma, tiene el mismo objeto. Lo que cambia es la persona del acreedor y para tal reemplazo no se requiere la aprobación. Como obligado, su único interés es cumplir con la prestación, no importándole quien pueda ser finalmente el acreedor.

La cesión debe constar por escrito bajo sanción de nulidad, por lo que es un negocio jurídico *ad solemnitatem*, lo que significa que su existencia no podrá demostrarse mediante pruebas supletorias. La cesión no tendrá validez cuando se oponga a la ley, a la naturaleza de la obligación o pacto con el deudor. V.gr.: No podrán cederse los derechos personalísimos. La cesión de derechos comprende la trasmisión al cesionario de los privilegios, las garantías reales y personales, así como los accesorios del derecho transmitido, salvo pacto en contrario. El cedente está obligado a garantizar la existencia y exigibilidad del derecho cedido, salvo pacto en contrario.

El cedente no está obligado a garantizar la solvencia del deudor, pero si lo hiciera, responderá dentro de los límites de cuanto ha recibido, y quedará igualmente obligado al pago de

los intereses y el reembolso de los gastos de la cesión y aquellos que el cesionario haya realizado para ejecutar al deudor. La cesión produce efectos contra el deudor cedido desde que este acepta o le es comunicada fehacientemente.

CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL

La cesión de posición contractual constituye la sustitución en la relación jurídica de una de las partes sustanciales que dieron origen al acto jurídico con sus respectivas manifestaciones de voluntad, por un tercero quien se subsume dentro de la misma relación jurídica, sin alterar su esencia.

Desde otra perspectiva, la cesión de posición contractual supone la sustitución del titular de un posición jurídica subjetiva que constituye uno de los dos polos de una relación contractual, suponiendo una modificación subjetiva de la relación jurídica patrimonial.

De acuerdo con ello, la cesión de posición contractual es un acto jurídico accesorio, concretamente un contrato para modificar subjetivamente una relación contractual preexistente, sin alterar su identidad.

En este acto jurídico interviene una pluralidad de sujetos, aunque la relación jurídica del acto jurídico original permanezca invariable, constando tan solo de dos partes, así la cesión

presenta como protagonistas al cedente, el cesionario y el cedido.

Para que la cesión surta efectos, deben ponerse de acuerdo tanto el cedente como el cesionario y debe ser aceptado por el cedido quien debe dar su aprobación. Así el consenso del cedido puede ser simultáneo o posterior al acuerdo de cesión entre el cedente y el cesionario, pudiendo también configurarse dentro de un marco temporal anterior al acuerdo de cesión entre el cedente y el cesionario.

CESIÓN DEL ARRENDAMIENTO

La cesión del arrendamiento constituye la transmisión de los derechos y obligaciones del arrendatario en favor de un tercero, quien lo sustituye para todos los efectos.

Este contrato, conforme a lo previsto en el artículo 1696 del Código Civil, se rige por las reglas de la cesión de posición contractual; por lo tanto, se requiere el arrendador preste su conformidad, ya sea antes, simultáneamente o después del acuerdo de la cesión. No obstante, debe recordarse que si la conformidad del arrendador ha sido prestada previamente al acuerdo entre el arrendatario-cedente y el arrendatario-cesionario, el contrato de cesión de arrendamiento solo tendrá efectos desde que ese comunicado al arrendador-cedido por escrito de fecha cierta.

Producto de la cesión del arrendamiento, el arrendatario-cedente deja de tener el uso total del bien arrendado y se aparta de sus obligaciones y derechos, que son asumidos por el arrendatario-cesionario.

CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA

La cláusula resolutoria expresa hace referencia a un mecanismo de tutela a favor del acreedor, cuando su deudor no cumple con el deber de ejecutar la prestación en su integridad. En ese sentido, aquí la resolución surge en el desenvolvimiento de la relación obligatoria, cuando este último se encuentra en una situación patológica. Por ello es que se afirma que la cláusula resolutoria expresa no es un elemento que se encuentra inserto o que pertenezca al haz de deberes de la misma relación obligatoria, sino que actúa como un mecanismo externo que surge en forma eventual y sirve para que la obligación exista como tal, y no solo sea un medio ilusorio para la satisfacción del interés del acreedor.

La cláusula resolutoria nace por la misma voluntad de las partes, en un contrato con prestaciones recíprocas. En ese sentido, se manifiesta nuestro Código Civil cuando señala en su artículo 1430 que puede convenirse expresamente que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.

La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

De lo dicho se colige que se necesitan de tres presupuestos esenciales para que se configure esta clase de resolución:

- a) Cláusula resolutoria, que es el pacto sobre las circunstancias que permitirían a una de las partes dar por resuelto el contrato.
- b) Inejecución de la prestación, que ha sido señalada como causa de resolución. Tal como lo señala la norma, el incumplimiento resulta ser un presupuesto esencial para que se configure esta clase de resolución. En tal sentido, si el cumplimiento no cumple con sus tres requisitos esenciales como son la integridad, indivisibilidad e identidad.
- c) Declaración de voluntad del afectado por el incumplimiento, bastando para su constatación la comunicación efectuada a quien incumplió su prestación, dado que de no existir una comunicación que haya cumplido con su objetivo se estará frente a un resolución unilateral del contrato contraria a la propia naturaleza de los contratos, colocándose a la parte deudora en una situación de desigualdad, pues continuará actuando en la creencia que el contrato aún se encuentra vigente.

Para que se configure este supuesto no es necesario que se presente una intimación previa para el cumplimiento de la obligación, por cuanto este supuesto está previsto para el caso de la resolución extrajudicial por autoridad del acreedor.

CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN

Las cláusulas generales de contratación son aquellas estipulaciones formuladas previa y unilateralmente por una de las partes (conocida como el predisponente), en forma general y abstracta, con la finalidad de que sobre la base de ella se celebren una serie indefinida de contratos individuales con diversas personas, generalmente consumidores. Es una expresión muy común de la contratación en masa.

Por lo tanto, se tratan de disposiciones predisuestas, generales y abstractas que integrarán la oferta de una serie indefinida de contratos individuales y que adquirirán fuerza vinculante solo una vez celebrados los correspondientes contratos*).

Los elementos básicos de estas cláusulas son las siguientes: i) son cláusulas predisuestas, porque las elabora una de las partes contratantes,

y no de consuno como ocurre en la tradicional contratación paritaria; ii) son reglas inmutables, porque el predisponente impone el contenido del contrato mientras que el consumidor es un mero adherente, sin mayores posibilidades de negociar modificaciones, salvo lo previsto en los artículos 1395 (que establece que las partes pueden convenir expresamente que determinadas cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa no se incorporen a la oferta en el contrato particular que ellas celebran) y 1400 (que establece que las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de este cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto) del Código Civil); iii) se aplican a una pluralidad de contratos, de manera uniforme y sin mayores excepciones.

Las cláusulas generales de contratación no tienen carácter obligatorio, ni siquiera para el propio predisponente, sino desde el momento en que se incorporen a una oferta para celebrar cada contrato particular con base en ellas.

El artículo 1393 del Código Civil establece que las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulen para contratar con arreglo a ellas; mientras que el artículo 1397 señala que las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente

(*) CARDENAS QUIRÓS, Carlos. "Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas". En: *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. N° 658, marzo-abril de 2000, p. 1228.

se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando de una diligencia ordinaria; precisándose que se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas en conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

Por último es importante señalar que el artículo 1398 del Código Civil sanciona con nulidad a aquellas cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

■ CLÁUSULA PENAL

La cláusula penal es una prestación determinada, prometida por el deudor al acreedor en caso de incumplimiento o cumplimiento parcial de la obligación principal. La prestación ofrecida como cláusula penal suele ser pecuniaria, aunque nada impide que sea de otra naturaleza.

La cláusula penal tiene dos características esenciales: es un pacto accesorio y tiene una función de garantía. Se dice que es accesorio en la medida en que su existencia tiene sentido

siempre que exista una obligación principal de la cual depende, por lo que no tiene autonomía. Este carácter accesorio se encuentra recogido en el artículo 1344 del Código Civil, que establece que la cláusula penal puede ser estipulada conjuntamente con la obligación o por acto posterior; y, como consecuencia de ello, el artículo 1345 establece que la nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal.

La función de garantía de la cláusula penal está contenida en el hecho de que sirva de protección o aseguramiento del crédito, mejorando la posición jurídica del acreedor al brindarle una mayor seguridad de que su interés sea satisfecho.

Existen dos modalidades de cláusula penal: la compensatoria y la moratoria. Respecto de la primera, esta se encuentra regulada en el artículo 1341 del Código Civil, el cual establece que se trata de aquel pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes quedará obligado al pago de una penalidad, teniendo el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere. En caso se haya estipulado la indemnización del daño ulterior, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

Por su parte, la cláusula penal moratoria está referida en el artículo

1342, que dispone que cuando la cláusula penal se estipula para el caso de mora o en seguridad de un pacto determinado, el acreedor tiene derecho para exigir, además de la penalidad, el cumplimiento de la obligación.

■ COLACIÓN

Partamos diciendo que el anticipo de legítima, es un negocio jurídico de liberalidad por medio del cual el futuro causante transmite parte de los bienes que integran la legítima a favor de uno o más de sus futuros herederos forzosos, adquiriendo inmediatamente los bienes que le correspondería heredar. Su fin se podría decir es ayudar económicamente a sus futuros herederos forzosos, que después tendrán que devolverlo.

El mecanismo por el cual opera la restitución es la llamada colación, que podemos definirla como la obligación del legitimario (que surge solamente a raíz de la muerte del causante) que concorra a la herencia –testada o intestada– con otros legitimarios, a fin de contribuir a la masa hereditaria con el bien (lo que incluye en general derechos), o su valor, que en vida del causante de la sucesión hubiera recibido de él a título de liberalidad, para que se agregue (en calidad de reincorporación) a la masa hereditaria partible entre todos los legitimarios. El propósito es asegurar el equilibrio de las porciones

hereditarias correspondientes a cada uno de los herederos que concurren a la sucesión.

Son varios los elementos y características que conforman el derecho de colación:

Pluralidad de herederos forzosos al tiempo de apertura de la sucesión.

- a) Computación o reconstitución del patrimonio hereditario, que es ficticio, y no real, porque no se puede reconstruir la masa hereditaria con bienes que ya no están en el dominio del causante al momento de su muerte.
- b) La imputación o asignación a la cuota hereditaria del heredero beneficiado con la donación de los bienes objeto de la misma.
- c) La dispensa de colación, la cual solo es posible siempre que no exceda la cuota de libre disposición.
- d) Solo funciona a petición de los interesados que son únicamente los herederos forzosos concurrentes a la herencia, porque la acción de colación tiene un carácter esencialmente personal y es dispensable, a diferencia de la acción de reducción que no lo es porque está regulada por normas de orden público debido a que su fin es reponer el perjuicio irrogado a la legítima, mientras que la colación simplemente asegura la igualdad entre los coherederos.

La colación comprende conceptualmente dos momentos, que implican distintos desplazamientos de valor:

- a) **Desplazamiento de valor desde el patrimonio del donatario al caudal partible**, que solo tiene naturaleza contable, porque el valor de lo donado será computado en la masa, pero sin salir del patrimonio del donatario ni jurídica ni económicamente. No hay aquí un desplazamiento crediticio que dé lugar a su correlativa obligación. El colacionante no tiene ninguna “obligación”, en sentido propio, que implique una prestación, con su posible secuela de cumplimiento forzoso, o subsidiariamente, resarcimiento de daños. En paralelo, los demás coherederos no tienen ningún “derecho de crédito” ante el colacionante. Solo tienen una pretensión a que al dividir la masa –aumentada con el valor colacionable- se calcule su cuota sobre esa reunión ficticia.
- b) **Imputación contable del valor de lo donado a la cuota del colacionante y compensación a los demás herederos en bienes hereditarios equivalentes a los que fueron donados**. El donatario tomará de menos, en la masa hereditaria, tanto cuanto ya haya recibido, si lo donado no cubre su cuota. Si la cubre, no tomará nada. Desde el punto de vista de los demás coherederos no donatarios, este segundo momento

implica el acrecentamiento en el contenido patrimonial de sus cuotas hereditarias, que se hará visible en la partición.

El efecto de la colación no es la revocación del acto del acto de disposición mediante anticipo de legítima, sino solo la de su simple computación para efectos de determinar el exacto valor de la masa hereditaria, a fin de evitar desequilibrios injustos.

COLOCACIÓN FAMILIAR

Paralelamente a la adopción, existen en el derecho comparado otras figuras técnicamente distintas, tales como el acogimiento familiar, la colocación familiar y la afiliación.

- a) El acogimiento familiar a veces llamado casamiento sobre bienes o casamiento a *patull*, conocido y practicado en ciertas regiones de España y que asume formas complejas sobre todo en el Alta Aragón, es un acto contractual por el que una familia forma contra una sociedad de producción, consumo, gananciales y sucesión hereditaria: una es la familia acogente y la otra, la acogida.
- b) La colocación familiar, por su parte, tiene por objeto la atención de niños abandonados y huérfanos. En España fue creada en 1936 para suplir la insuficiencia de las instituciones beneficiarias públicas frente al gran número

de víctimas de la guerra civil. Se diferencia de la adopción en su carácter eminentemente público en la manera de constituirse y en los efectos. Las obligaciones del acogente se circunscriben a dar instrucción escolar al acogido hasta los 12 años de edad, no hacerlo objeto de explotación alguna, alimentarlo, vestirlo, educarlo y, en general, asumir las obligaciones propias de un buen padre de familia.

- c) La afiliación consiste en que quien ha asumido la crianza durante tres o más años, de un menor de 18 años, sea por propia iniciativa o por la de un establecimiento de beneficencia, pueda recurrir al juez para que este declare la afiliación, siempre que el menor no tenga padres conocidos, o haya sido solo reconocido por la madre que carece de lo necesario para alimentarlo, o se halle recogido en un establecimiento de beneficencia, o se encuentre en un estado de abandono material o moral, etc.

En el caso de la colocación familiar, esta se encuentra regulada en el Perú en el Código de los Niños y Adolescentes, cuyo artículo 104 establece que mediante la colocación familiar el niño o adolescente es acogido por una persona, familia o institución que se hace responsable de él transitoriamente. Asimismo, esta medida puede ser dispuesta por la instancia administrativa o judicial y puede ser remunerada o gratuita.

En el proceso de adopciones la colocación familiar se aplica como medida de aclimatamiento y de protección al niño o adolescente cuando el lugar donde vive pone en peligro su integridad física o mental.

En cuanto a los criterios para que se produzca la colocación familiar, el Mimdes o las instituciones autorizadas podrán decidir la colocación del niño o adolescente teniendo en consideración el grado de parentesco y, necesariamente, la relación de afinidad o afectividad con la persona, familia o institución que pretende asumir su cuidado, dándose preferencia a quienes se encuentren ubicados en su entorno local.

Por otro lado, la colocación familiar tendrá lugar únicamente en familias residentes en el Perú, salvo en los casos de procedimiento administrativo de adopción de niños o adolescentes declarados en estado de abandono.

Finalmente, el niño o adolescente bajo colocación familiar podrá solicitar la remoción de dicha medida ante la autoridad que la otorgó.

■ COMITÉ

El comité es la organización de personas naturales o jurídicas, o de ambas, dedicada a la recaudación pública de aportes destinados a una finalidad altruista (en beneficio de terceros), egoísta (en beneficio solo de sus integrantes) o mixto. Queda claro que los aportes no los hacen los miembros del

comité, a diferencia de la asociación, en donde usualmente son los asociados los que realizan los aportes.

El propósito de crear un comité no es otro que la recaudación de fondos, por lo que no es requisito para su constitución contar con un patrimonio mínimo, entendiéndose que el patrimonio se conseguirá con los fondos recaudados. Sin embargo, haciendo una interpretación sistemática con los artículos 119 y 121 del Código Civil, se desprende que las funciones del comité no solo se agotan en la recaudación de fondos para el cumplimiento de un fin altruista, sino también comprende la facultad de ejecutar dicha finalidad.

El comité puede tener como miembros tanto a personas naturales como a personas jurídicas, con lo cual se afirma su carácter de persona jurídica asociativa, al igual que la asociación y a diferencia de la fundación.

El comité detenta los siguientes elementos constitutivos:

- a) **Elemento ontológico**, es decir, está constituido por un conjunto de personas individuales, colectivas (o ambas), que se organizan.
- b) **Elemento axiológico**, que se traduce en la finalidad altruista que persiguen estas personas en general.
- c) **Elemento normativo**, el cual reside la inscripción en el registro correspondiente, para dar inicio formal a esta persona jurídica.

El comité posee además la característica de la transitoriedad. Cumplida la finalidad altruista para la que se recaudaron aportes del público o frustrada aquella por cualquier circunstancia, el consejo directivo debe disolver y liquidar el comité, pero se impone como obligación, al terminar su labor, de presentar una copia de los estados finales de cuentas al Ministerio Público.

El comité es objeto de una específica previsión legislativa y de particulares reglas de responsabilidad a cargo de sus componentes para garantizar que los fondos sean utilizados para la finalidad por el cual el público los ha ofrecido. El dato peculiar de la gestión de fondos públicamente recogidos no cambia la estructura del comité que se inserta siempre en el esquema de la asociación y que permanece sujeto a la normativa de esta, en cuanto es compatible con la posición de responsabilidad de los componentes del comité.

Como para el nacimiento de la persona jurídica se necesita la previa inscripción en el registro, del mismo modo para poner fin a dicha personalidad será indispensable también efectuar la inscripción correspondiente.

El presupuesto reside en dos hechos: cumplimiento de la finalidad propuesta o si ella no ha podido alcanzarse. El primero de ellos, es fácilmente verificable. Si por ejemplo el propósito de la constitución

del comité fue la edificación de una escuela, levantada esta se tendrá por cumplido el supuesto; sin embargo, cuándo estimaremos que no se ha podido alcanzar la finalidad propuesta. La respuesta podría encontrarse en una variable de orden temporal, en tanto el comité se haya planteado la realización de su trabajo en un plazo específico, también podría deberse a la producción de eventos fuera del alcance del comité que impidan de manera total e insalvable la culminación de la tarea emprendida, y por el estilo otras situaciones, previstas o no en el estatuto, pero ellas deben ser en todo caso obstativas al cumplimiento de la finalidad para la que se creó el comité.

■ COMODATO

Es aquel contrato por el cual una de las partes, denominada comodante, se obliga a entregar gratuitamente a la otra, llamada comodatario, un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva.

Se trata de un contrato autónomo o principal, en la medida que no depende o no está supeditado a otros contratos. Asimismo, es de prestaciones recíprocas, pues mientras el comodante se obliga a entregar el bien, el comodatario debe cuidar de este mientras esté bajo su posesión y devolverlo en el momento convenido. Es, igualmente, un contrato gratuito, en la medida de que el

comodante no recibe ninguna retribución por la entrega que hace del bien al comodatario.

Otra de sus características es que es un contrato temporal, en la medida que el uso del bien que detentará el comodatario es por un tiempo determinado. Vencido dicho plazo, tiene la obligación de devolverlo al comodante.

Se trata de un contrato sujeto a formalidad *ad probationem*, pues pese a que para que se entienda válidamente celebrado basta el consentimiento de las partes –y, por lo tanto, la existencia y contenido del contrato pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, si se hubiera celebrado por escrito–, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios. Es también *in-tuito personae*, en el sentido de que el comodatario no puede transmitir, sin el consentimiento del comodante, los derechos adquiridos por el contrato, los cuales incluso se extinguen por su muerte.

Este contrato recae sobre un bien no consumible, esto es, aquellos bienes que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o de deteriorarse después de algún tiempo. No obstante, el artículo 1729 del Código Civil admite que se celebre un comodato de un bien consumible siempre y cuando el bien es prestado a condición de no ser consumido.

El comodante asume las siguientes obligaciones: i) entregar el bien en el plazo convenido ; ii) comunicar oportunamente al comodatario si el bien adolece de algún vicio que conoce.; iii) no solicitar la devolución del bien antes del plazo estipulado y, en defecto de pacto, antes de haber servido el uso para el que fue dado en comodato; iv) pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien.

Por su parte, el comodatario deberá: i) custodiar y conservar el bien con la mayor diligencia y cuidado, siendo responsable de la pérdida o deterioro que no provenga de su naturaleza o del uso ordinario; ii) emplear el bien para el uso determinado en el contrato o, en su defecto, según la naturaleza del mismo y la costumbre, siendo responsable del deterioro o pérdida provenientes del abuso; iii) permitir que el comodante inspeccione el bien para establecer su estado de uso y conservación; iv) pagar los gastos ordinarios indispensables que exija la conservación y uso del bien.; y v) devolver el bien en el plazo estipulado o, en su defecto, después del uso para el que fue dado en comodato.

■ COMPENSACIÓN

Es un mecanismo de extinción total o parcial de dos o más obligaciones de contenido cualitativamente equivalente, respecto de las cuales cada

una de las partes involucradas es a la vez acreedor y deudor de la otra, sin que se verifique el cumplimiento efectivo de las prestaciones que son objeto de las obligaciones a extinguir. La compensación supone la extinción de las obligaciones sin que medie pago alguno (y, por lo tanto, sin que se ejecuten las prestaciones). En estricto, la compensación tiene como efecto la liberación del deudor, mas no la satisfacción del interés del acreedor.

Sus requisitos son los siguientes:

- a) Obligaciones recíprocas. Se entiende por reciprocidad la circunstancia de convertir a los sujetos en acreedores y deudores al mismo tiempo, no en la misma obligación, sino en obligaciones distintas; es decir, el acreedor de una de ellas es deudor en la otra y viceversa.
- b) Obligaciones líquidas. Se tiene que cuantificar el valor de cada una de las obligaciones por compensarse, propiamente dirigida a las prestaciones en que están contenidos los valores económicos.
- c) Exigibilidad de las obligaciones. Para compensar una obligación con otra es necesario que ambas sean exigibles; es decir, de plazo vencido o de condición cumplida.
- d) La fungibilidad de las prestaciones. La fungibilidad se presenta en la prestación, entendiéndose como bienes fungibles aquellos

que son susceptibles de ser reemplazados por otros, porque se trata de la misma especie.

- e) La homogeneidad de las prestaciones.
- f) La embargabilidad de las prestaciones. Teniendo en cuenta que en la compensación se oponen créditos y no bienes, la extinción se produce en los créditos, pues los bienes en sí mismos no se oponen. La embargabilidad entraña la disponibilidad.
- g) Los créditos deben ser opuestos entre sí. La simple existencia entre los créditos no da lugar a la compensación.
- h) No intervención de una prohibición de compensación, que puede acordarse en principio, o un crédito procedente de una acción ilícita cometida ilícitamente, o es un crédito inembargable. o En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado, o en la restitución de bienes depositados o entregados en comodato, o entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.
- i) Declaración de la compensación.

La compensación produce por vía rápida en los patrimonios de los acreedores y deudores recíprocos los mismos efectos que, en definitiva, ocasionarían los dos pagos. Como se

ha dicho, se trata de un pago abreviado, y puesto que lo acreditado por un deudor le queda satisfecho en la medida en que su deuda se extingue, tiene la misma eficacia que la garantía de un pago.

Existen dos tipos de compensaciones: **La compensación a instancia de parte** (denominada también compensación facultativa) es aquella que se produce por voluntad de uno de los deudores de las obligaciones recíprocas. Comoquiera que toda declaración negocial, para ser eficaz, requiere que el destinatario de aquella la conozca o, por lo menos, esté en aptitud de conocerla, la voluntad de compensar del deudor debe ser puesta en conocimiento del acreedor a través de cualquier mecanismo que cumpla con la referida finalidad. Recién a partir de dicho momento la compensación surtirá efecto y las obligaciones involucradas se considerarán extinguidas.

La compensación convencional, finalmente, es aquella que se produce como consecuencia de un acuerdo entre acreedor y deudor previo, simultáneo o posterior a la verificación de la coexistencia de las obligaciones materia de compensación, independientemente de que aquellas cumplan o no con los requisitos exigidos por la ley para que proceda la compensación automática o la compensación facultativa.

COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La competencia jurisdiccional en el Derecho Internacional Privado es la institución conformada por aquellas normas que a falta de tratado definen cuándo el juez peruano es competente en una relación jurídica con elementos vinculados a más de un Estado. Lo ideal sería que todos los Estados tuvieran en común un sistema de competencia jurisdiccional internacional (CJI). Así, se podría establecer a priori qué jueces serán competentes para cada categoría de relaciones. Esto haría posible asegurar que una vez que la autoridad jurisdiccional de un Estado nacional determinado asume competencia en un conflicto concreto, las otras jurisdicciones se inhiban de conocer el caso. Sin embargo, no hay por el momento normas internacionales que establezcan un sistema armonizado de jurisdicción internacional y cada Estado debe tener y tiene sus propias normas de competencia jurisdiccional internacional.

En general, los Estados suelen estar inclinados a conceder a sus tribunales una competencia territorial más amplia de la que están dispuestos a reconocer a los tribunales extranjeros. No hay regla de Derecho Internacional que impida tal discordia. De este modo, la determinación de la competencia de los tribunales de

cada Estado queda a criterio de cada legislador nacional, y es él quien resuelve de acuerdo con lo que a su juicio resulte el punto de vista fundamental de su jurisdicción.

Como consecuencia de esto, el Estado en el que se considere que el objetivo principal de sus tribunales es servir a sus nacionales, tendrá jurisdicción siempre que el demandante sea de la nacionalidad del Estado, como sucede en Francia.

En cambio, el Estado que sostenga que la tarea de sus tribunales es aplicar y desarrollar su propio Derecho, dispondrá que sus jueces son competentes solo si sus normas de conflicto señalan en el caso como ley aplicable la *lex fori*, es decir, la ley de la nacionalidad del juez que conoce el asunto.

En el caso del sistema jurídico peruano, el legislador utiliza como criterio general para establecer su competencia jurisdiccional, el domicilio. Así, el artículo 2057 del Código Civil establece una clara regla general de competencia.

Los tribunales peruanos son competentes siempre y para todos los casos cuando la parte demandada sea una persona domiciliada en el Perú. Queda claro que el solo hecho de domiciliar en el territorio del Estado peruano es considerado como elemento suficiente para vincular a los tribunales del Perú a conocer de un caso, aun cuando esté vinculado a otros foros.

Esto es independiente del derecho que resulte aplicable, asunto que se dilucida después de establecida la competencia judicial peruana, aplicando las normas de conflicto.

En conclusión, la elección, como criterio general de jurisdicción del domicilio del demandado, es adecuada y responde de manera acertada a los intereses de las partes. Permite que la demanda se entable en un lugar en el que el demandado tiene acceso a defenderse, y en el que, por lo general, dado que es su centro de actividad, tiene con frecuencia bienes con los que puede responder por sus obligaciones.

■ COMPRAVENTA

Es el contrato por el cual el vendedor se obliga a transferir la propiedad de un bien a favor del comprador, quien, como contraprestación, se obliga a pagar un precio en dinero.

Entre las principales características del contrato de compraventa tenemos que se trata de un contrato autónomo o principal, en la medida en que no depende de otros contratos, y más bien suele estar acompañada por una garantía personal o real cuando existe saldo pendiente de pago del precio.

La compraventa es un contrato a título oneroso, en la medida en que existe un enriquecimiento y empobrecimiento correlativos de las partes. Es igualmente un contrato

de prestaciones recíprocas, ya que ambas partes asumen obligaciones una respecto a la otra (el vendedor, la transferencia de propiedad; mientras que el comprador, la entrega del precio en dinero). Sobre el particular, el artículo 1549 del Código Civil establece que es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien. Respecto de la principal obligación del comprador, el artículo 1558 establece que este está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados. Asimismo, se señala que a falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien; o, en su defecto, en el domicilio del comprador.

Otra característica de este contrato es que es conmutativo, pues las partes conocen con anticipación los potenciales beneficios del contrato.

Por otro lado, estamos ante un contrato consensual, en la medida en que para su celebración solo se requiere el consentimiento de las partes, quienes tienen absoluta libertad para decidir la forma del contrato. Pese a ello, cuando el objeto de la prestación es un bien que requiere ser inscrito se utiliza la escritura pública u otro documento notarial para formalizar su inscripción en el registro respectivo.

Respecto de las obligaciones de los sujetos que participan en este contrato (vendedor y comprador), podemos decir que los artículos

1549 y 1550 del Código Civil establecen que es obligación esencial del vendedor perfeccionar la transferencia de la propiedad del bien, el cual deberá ser entregado en el estado en que se encuentre en el momento de celebrarse el contrato, incluyendo sus accesorios. Asimismo, el artículo 1551 establece que el vendedor deberá entregar los documentos y títulos relativos a la propiedad o al uso del bien vendido, salvo pacto distinto. Por su parte, el artículo 1552 señala que el bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto.

En lo que respecta al comprador, el artículo 1558 del Código Civil prescribe que el comprador está obligado a pagar el precio en el momento, de la manera y en el lugar pactados. Se precisa, además, que a falta de convenio y salvo usos diversos, debe ser pagado al contado en el momento y lugar de la entrega del bien; y si el pago no puede hacerse en el lugar de la entrega del bien, se hará en el domicilio del comprador. Por su parte, el artículo 1565 señala que el comprador está obligado a recibir el bien en el plazo fijado en el contrato, o en el que señalen los usos; y que a falta de plazo convenido o de usos diversos, el comprador debe recibir el bien en el momento de la celebración del contrato.

Respecto de los bienes sobre los cuales puede recaer este contrato, el artículo 1532 del Código Civil establece que pueden venderse los bienes existentes o que puedan existir, siempre que sean determinados o susceptibles de determinación y cuya enajenación no esté prohibida por la ley.

COMPRAVENTA A PRUEBA

La compraventa a prueba es aquella que se encuentra válidamente celebrada, pero que los efectos del contrato quedan condicionados a la verificación de las cualidades pactadas o de la idoneidad exigida al bien para satisfacer la finalidad prevista en el contrato. Por ello, la compraventa no se considerará eficaz sino hasta cuando el comprador reconozca que el bien es apto para la finalidad a la que se destina.

Por ello, el artículo 1572 del Código Civil establece que la compraventa a prueba se considera hecha bajo la condición suspensiva de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado.

Se trata, entonces, de un contrato de compraventa válidamente celebrado, que reúne todos los requisitos para su perfeccionamiento constitutivo, esto es, un acuerdo de voluntades para crear la obligación del vendedor de transferir la propiedad del bien al

comprador y la obligación de este de pagar al vendedor el precio del bien en dinero. Sin embargo, este contrato no es puro, sino que está sujeto a una modalidad que el artículo 1572 califica como condición suspensiva, según la cual la eficacia del contrato depende de que el bien tenga las cualidades pactadas o sea idóneo para la finalidad a que está destinado^(*).

El segundo párrafo del artículo 1572 establece que la prueba debe realizarse en el plazo y según las condiciones establecidas en el contrato o por los usos. Obviamente dicha prueba deberá realizarse con posterioridad a la celebración del contrato y tendrá como propósito que el comprador aprecie si el bien reúne las cualidades pactadas o es idóneo para la finalidad a que está destinado. Es preciso señalar que en nuestro régimen legal no se busca o no interesa que el bien sea o no del agrado del comprador, vale decir, no se busca una apreciación subjetiva de este; sino que objetivamente debe verificarse que el bien presenta las cualidades pactadas en el contrato o es idóneo para su finalidad.

El tercer párrafo del artículo 1572 señala que si no se realiza la prueba, o el resultado de esta no es comunicado al vendedor dentro del plazo indicado, la condición se tendrá por cumplida.

(*) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*. Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p. 153.

COMPRAVENTA A SATISFACCIÓN

La compraventa a satisfacción es aquella en la que el transferente se obliga a transferir la propiedad de un bien al adquirente, y este se obliga a pagar su precio en dinero, pero quedando subordinada la operación a que este último exprese que el bien es de su agrado.

El artículo 1571 del Código Civil establece que la compraventa de bienes a satisfacción del comprador se perfecciona solo en el momento en que este declara su conformidad. Sobre el particular, debe señalarse que la declaración de satisfacción del comprador tiene el carácter de un perfeccionamiento constitutivo, pues dicha declaración recién dará lugar a que se celebre el contrato. En el ínterin, pese a que las partes pudieran estar de acuerdo sobre el bien materia de la compraventa, falta un elemento esencial para que se produzca el consentimiento, que es que dicho bien sea del agrado del comprador. Se trata, pues, de un requisito de validez del contrato, no simplemente de eficacia del mismo^(**).

Ahora bien, la cuestión que debe quedar precisada es la naturaleza de la declaración de satisfacción del comprador. Al respecto, debe advertirse que el artículo 1571 exige para el perfeccionamiento del contrato que el bien sea a satisfacción del

(**) Ibidem, p. 144.

comprador, de manera que si esto no ocurre, o sea, si al comprador no le agrada el bien por cualquier motivo o circunstancia, el contrato simplemente no podrá perfeccionarse. Por lo tanto, el perfeccionamiento del contrato está subordinado a la mera subjetividad del comprador, quien no tiene marco alguno que lo limite salvo su propio agrado o gusto personal.

Como señala el profesor De La Puente, puede ocurrir que el comprador no pueda explicar por qué le agrada o desagrada el bien. Puede suceder, incluso, que el comprador haya cambiado de gusto, y que lo que le gustaba antes llegue a disgustarle después, sin justificación alguna.

El último párrafo del artículo 1571 establece que el comprador deberá hacer su declaración dentro del plazo estipulado en el contrato o por los usos o, en su defecto, dentro de un plazo prudencial fijado por el vendedor.

COMPRAVENTA AD CORPUS O EN BLOQUE

En la compraventa ad corpus o en bloque, las partes acuerdan celebrar el contrato sin atribuirle una importancia mayúscula a la extensión o cabida del bien, por lo que el precio se fija en función de este, tal como se encuentre.

Por ello, el primer párrafo del artículo 1577 del Código Civil establece que

si el bien se vende fijando precio por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando esta se indique en el contrato, el comprador deberá pagar la totalidad del precio a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Este precepto exige que se fije el precio por el todo (precio alzado), de tal manera que fuere cual fuere la cabida del bien, el precio deberá permanecer invariable, a pesar que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente.

Finalmente, el segundo párrafo del artículo 1577 establece que si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, el precio sufrirá la reducción o el aumento proporcional. Esto es, pese a que las partes hayan manifestado que el contrato se realiza ad corpus o en bloque, el exceso o defecto de la extensión o cabida del bien deberá aumentarse o reducirse proporcionalmente, de la misma manera que se prevé para la compraventa por extensión o cabida.

COMPRAVENTA CON RESERVA DE PROPIEDAD

La reserva de propiedad es un pacto accesorio al contrato de compraventa, por el cual las partes acuerdan que, pese a haberse celebrado el contrato y entregado el bien al comprador, el vendedor se reserve la

propiedad del bien hasta que aquel pague íntegramente el precio o parte de él.

Como puede apreciarse, mediante este acuerdo la entrega del bien no determina la transferencia de propiedad del bien al comprador (lo que sucedería en los contratos comunes de compraventa de bienes muebles), sino que el vendedor se reserva dicha titularidad a espera que el comprador cumpla con pagar el precio previsto.

El artículo 1583 del Código Civil establece que en la compraventa puede pactarse que el vendedor se reserva la propiedad del bien hasta que se haya pagado todo el precio o una parte determinada de él, aunque el bien haya sido entregado al comprador, quien asume el riesgo de su pérdida o deterioro desde el momento de la entrega.

El comprador adquiere automáticamente el derecho a la propiedad del bien con el pago del importe del precio convenido.

■ **COMPRAVENTA POR EXTENSIÓN O CABIDA**

La compraventa por extensión o cabida es aquella en la que el precio total se fija en atención a la extensión o cabida del bien, siendo ambos elementos determinantes del contrato. Por lo tanto, es una compraventa que incluye la indicación de la extensión

o cabida de un bien por un precio en razón de un tanto por cada unidad de extensión o cabida.

Por cabida deberá entenderse el total de unidades de medida que se encuentra dentro de determinados límites, que bien pueden ser linderos, tratándose de terrenos, como largura, achura y altura, en el caso de edificios, medidas del envase, en el caso de bienes muebles envasados, etc.

Sobre el particular, el artículo 1574 del Código Civil establece que en la compraventa de un bien con la indicación de su extensión o cabida y por un precio en razón de un tanto por cada unidad de extensión o cabida, el vendedor está obligado a entregar al comprador la cantidad indicada en el contrato. Si ello no fuese posible, esto es, en caso existiera discrepancia entre lo expresado en el contrato y la realidad, el comprador está obligado a pagar lo que se halle de más, y el vendedor a devolver el precio correspondiente a lo que se halle de menos.

Un ejemplo puede ayudar a explicar esta modalidad contractual: supongamos el caso de una compraventa de un terreno que se indica tiene un área de 10,000 metros cuadrados, estableciéndose que el precio será de US\$ 1 por cada metro cuadrado. Pues bien, resulta que al momento de hacer la entrega del terreno al comprador se descubre que el terreno solo tiene 9,500 metros cuadrados

de extensión; siendo así el vendedor estará obligado a devolver el monto correspondiente a lo que se halle de menos, sin que sea necesario que se resuelva el contrato. Así, el vendedor –que ya recibió los US\$ 10,000 del comprador– deberá devolverle a este US\$ 500, en la medida de que se encontró que el bien en realidad tenía quinientos metros cuadrados menos de los anunciados. Igualmente, si al momento de entregarse el bien se descubre que este tenía quinientos metros cuadrados más que los anunciados (esto es, no tenía 10,000 metros cuadrados sino 10,500), el comprador se encontrará obligado a entregar US\$ 500 adicionales al vendedor.

El artículo 1576 establece las reglas para fijar el plazo para el pago del exceso o la devolución. Así, cuando el comprador no pueda pagar inmediatamente el precio del exceso que resultó, el vendedor está obligado a concederle un plazo no menor de treinta días para el pago; de no hacerlo, el plazo será determinado por el juez, en la vía incidental, con arreglo a las circunstancias. Igual regla deberá aplicarse, en su caso, para que el vendedor devuelva la diferencia resultante.

No obstante lo señalado, el artículo 1575 del Código Civil reconoce al comprador el derecho de rescindir la compraventa sobre medida si el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido es mayor que un décimo de la indicada en el contrato.

COMPRAVENTA DE BIENES HOMOGÉNEOS

En la compraventa de bienes homogéneos el vendedor se obliga a transferir un conjunto de bienes que pertenecen al mismo género y que puedan ser medidos en igualdad de condiciones; mientras que el comprador se obliga a pagar el precio convenido.

Esta compraventa admite dos modalidades: la venta ad corpus de bienes homogéneos (primer párrafo del artículo 1578) y la venta por unidad de medida de bienes homogéneos (segundo párrafo del artículo 1578).

En el primer caso, vale decir, la venta ad corpus de bienes homogéneos, la norma prescribe que si en la compraventa de varios bienes homogéneos por un solo y mismo precio, pero con indicación de sus respectivas extensiones o cabidas, se encuentra que la extensión o cabida es superior en alguno o algunos e inferior en otro u otros, se hará la compensación entre las faltas y los excesos, hasta el límite de su concurrencia. Se trata entonces de la venta de varios bienes que pueden ser medidos del mismo modo y que, además, sean fungibles, o sea susceptibles de ser sustituidos unos por otros, para que su entrega pueda ser materia de compensación^(*). Esta

(*) BIGIO CHREM, Jack. *Exposición de motivos oficial del Código Civil*. Separata especial del diario oficial *El Peruano* del 20 de setiembre de 1988, p. 15.

modalidad requiere que exista un solo contrato de compraventa mediante el cual se transfiera la propiedad de varios bienes homogéneos y que el precio se fije de manera idéntica para cada bien.

Por otro lado, tratándose de la venta por unidad de medida de bienes homogéneos, la norma establece que si el precio fue pactado por unidad de extensión o medida, el derecho al suplemento, o a la disminución del precio que resulta después de efectuada la compensación, se regula por los artículos 1574 a 1576, esto es por las disposiciones previstas para la compraventa por extensión o cabida. El supuesto de aplicación del segundo párrafo del artículo 1578 es que se trate siempre de bienes homogéneos, esto es, intercambiables entre sí, pero cuyos precios pueden ser distintos ya que dependen del precio pactado por unidad de medida de cada uno. En este caso, deberá valorizarse cada bien aplicando el precio de su respectiva unidad de medida, lo que determina que cada bien tenga su propio valor. Atendiendo a la cabida de los bienes, se compensan luego los valores, lo que arrojará un saldo que puede favorecer al comprador o al vendedor, lo que deberá liquidarse conforme a las reglas de los artículos 1574 a 1576^(*).

COMPRAVENTA SOBRE DOCUMENTOS

La compraventa sobre documentos es una modalidad del contrato en la que se conviene que el vendedor cumplirá su obligación de entregar el bien materia de venta mediante la remisión al comprador del título representativo del bien.

Es una operación usual en el tráfico masivo mercantil de bienes muebles, en la que la entrega del título representativo de estos (*warrants* y conocimiento de embarque) sustituye a la entrega física de la mercadería, lo que ordinariamente constituye un elemento natural del contrato de compraventa. Los bienes sobre los cuales recae esta modalidad de compraventa pueden ser originariamente genéricos pero ya individualizados. Así también bienes específicos por naturaleza.

Para que proceda esta operación, se requiere que los bienes materia del contrato se encuentren en poder de un tercero (depositario), el cual los conserva por encargo del titular de la mercadería. De esta manera, se viabilizan diversas ventas sucesivas de la misma mercadería sin necesidad de la tradición material de esta, sino solo mediante la entrega de sus títulos representativos.

El artículo 1580 del Código Civil regula esta modalidad al establecer que en la compraventa sobre documentos, la entrega del bien queda

(*) DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., p. 187.

sustituída por la de su título representativo y por los otros documentos exigidos por el contrato o, en su defecto, por los usos.

Finalmente se establece en el artículo 1581 que el pago del precio debe efectuarse en el momento y en el lugar de entrega de los documentos indicados en el artículo 1580, salvo pacto o uso distintos.

COMPRAVENTA SOBRE MEDIDA

Se conoce como compraventa sobre medida a aquellas modalidades de compraventa en las que las medidas del bien materia del contrato juega un rol importante para su identificación o para determinar el precio que deberá pagar el comprador al vendedor.

Se encuentran reguladas en los artículos 1574 al 1579 del Código Civil. Se incluyen las siguientes modalidades: compraventa por extensión o cabida (artículos 1574 al 1576), compraventa ad corpus o en bloque (artículo 1577) y la compraventa de bienes homogéneos (artículos 1578 y 1579).

COMPRAVENTA SOBRE MUESTRA

La compraventa sobre muestra es aquella que puede ser resuelta a solicitud del comprador si el bien

materia de la venta no guarda absoluta conformidad con una muestra previamente determinada por las partes.

Es una modalidad de compraventa que suele presentarse en las transacciones comerciales en la que el comprador exige al vendedor que el bien materia del contrato se ajuste a los muestrarios, catálogos y otros elementos afines que sirven como modelo al vendedor para el bien que se compromete a entregar al comprador.

En la compraventa sobre muestra existe un contrato de compraventa válidamente celebrado, por lo que las partes ya han logrado el perfeccionamiento constitutivo de este, existiendo un total acuerdo sobre los extremos del contrato. No obstante, los efectos del contrato (que ya se han desplegado) quedan a la contingencia que el comprador ejerza su derecho de resolver el contrato si la calidad del bien no se ajusta a la muestra previamente convenida a las partes.

El artículo 1573 del Código Civil señala sobre el particular que si la compraventa se hace sobre muestra, el comprador tiene derecho a la resolución del contrato si la calidad del bien no es conforme a la muestra o a la conocida en el comercio. Por lo tanto, la muestra tiene la importante función de servir de término exclusivo de comparación de la cualidad de la cosa. No interesa que el bien sea

de buena o mala calidad, sino que sea o no conforme con la muestra. Si lo es, el comprador no tendrá ningún derecho de resolver el contrato; si las partes discrepan sobre la conformidad del bien con la muestra, deberán acudir al mecanismo de solución de conflictos previsto en el contrato (arbitraje o jurisdicción) para que se verifique objetivamente si el bien entregado por el vendedor guarda similitud con la muestra.

COMPROMISO DE CONTRATAR

El compromiso de contratar es una modalidad de contrato preparatorio mediante el cual una parte se obliga frente a la otra, o ambas se obligan recíprocamente, a celebrar en el futuro otro contrato, cuyos elementos, al menos los esenciales, se detallan en el compromiso por contratar. Es posible que el compromiso de contratar, también pueda ser plurilateral, por lo que todas las partes involucradas asumirían entre ellas la obligación recíproca de celebrar entre ellos un futuro contrato.

El Código Civil, en su artículo 1414, establece que por el compromiso de contratar, las partes se obligan a celebrar en el futuro un contrato definitivo. El artículo 1415 agrega que el compromiso de contratar debe contener, por lo menos, los elementos esenciales del contrato definitivo.

El objeto del compromiso de contratar es una obligación de hacer, que

consiste en formular una aceptación a la oferta que formule la otra parte con la finalidad de celebrar el contrato definitivo.

El compromiso de contratar puede ser plurilateral o unilateral. En el primer caso, la obligación de aceptar el futuro contrato recae en ambas o todas las partes celebrantes del compromiso; mientras que en el segundo caso, dicha obligación solo recaerá en una de ellas, en la que asuma el compromiso.

Ahora bien, es bueno precisar que ninguna de las partes (en el caso del compromiso plurilateral) o la parte que tiene el derecho a la iniciativa de celebrar el contrato definitivo (en el caso del compromiso unilateral) está obligada a formular una oferta, pues no es esta la esencia (como algunos creen) del compromiso de contratar, sino únicamente a aceptar la oferta que voluntariamente le formule la otra parte. En efecto, a diferencia de lo que dice la definición contenida en el artículo 1414 del Código Civil, ambas (o más) partes no se obligan a celebrar el contrato definitivo, en el sentido que –necesariamente– una de ellas debe formular la oferta y la otra la aceptación dentro del plazo del compromiso, sino que la oferta es formulada si la parte (o partes) que tiene derecho a ello decide hacerlo dentro del indicado plazo^(*).

(*) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Segunda Parte-Tomo IV. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 58.

Por último, el artículo 1416 del Código Civil establece que el plazo del compromiso de contratar debe ser determinado o determinable. Si no se estableciera el plazo, este será de un año. No obstante, el siguiente artículo establece que el compromiso de contratar puede ser renovado a su vencimiento por un plazo no mayor que el indicado como máximo y así sucesivamente.

COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS

El primer párrafo del artículo 134 del Código Civil establece que las “comunidades campesinas y nativas son organizaciones tradicionales y estables de interés público, constituidas por personas naturales y cuyos fines se orientan al mejor aprovechamiento de su patrimonio, para beneficio general y equitativo de los comuneros, promoviendo su desarrollo integral”. Al respecto, la Sentencia recaída en el Exp. N° 00725-2012-PC/TC del Tribunal Constitucional ha señalado que “es importante reseñar que el capítulo VI de la Constitución Política vigente desarrolla la normativa correspondiente al Régimen Agrario y las Comunidades Campesinas y Nativas (aplicable a la demandante tal y como puede acreditarse de fojas 2 a 5 de autos). Así, el artículo 88 señala que el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario y garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquier

otra forma asociativa. Asimismo, el artículo 89 reconoce la existencia legal y la personería jurídica de las Comunidades Campesinas y Nativas. De modo similar, la Constitución de 1979 también prescribía tal reconocimiento en sus artículos 161 a 163. Por ello, tal como este Colegiado ha expuesto en la STC Exp. N° 00042-2004-AI/TC, la Constitución de 1993 ha reconocido a la persona humana como miembro de un Estado multicultural y poliétnico; lo que comporta que no desconozca la existencia de pueblos y culturas originarios y ancestrales del Perú”.

La regulación concreta de cada una de aquellas viene dada por la legislación especial. Así tenemos la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas que establece en el primer párrafo del artículo 2 que las “[c]omunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país”.

Por otro lado, tenemos el Decreto Legislativo N° 22175, Ley de Comunidad Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva,

que establece en su artículo 8 establece que “las comunidades nativas tienen origen en los grupos tribales de la Selva y Ceja de Selva y están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, caracteres culturales y sociales, tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio, con asentamiento nucleado o disperso”.

La existencia legal de las comunidades requiere además de la inscripción en el Registro el reconocimiento oficial por parte del Estado. En este último sentido, el artículo 137 del Código Civil establece que el “Poder Ejecutivo regula el estatuto de las comunidades, el cual consagra su autonomía económica y administrativa, así como los derechos y obligaciones de sus miembros y las demás normas para su reconocimiento, inscripción, organización y funcionamiento”.

Las comunidades, al ser personas jurídicas, necesitan de una organización, siendo su máximo órgano de deliberación y deliberación la asamblea general. Sin perjuicio de aquello, a efectos de dar mayor dinamidad a las relaciones de las comunidades con terceros, se prevé la posibilidad de que la asamblea pueda elegir directivos y representantes de forma periódica. Al ser una organización de personas, la elección se regula por el principio de una persona, un voto, el mismo que es personal, igual, libre, secreto y obligatorio. A

dichos efectos, las comunidades tienen un padrón general actualizado con el nombre, actividad, domicilio y fecha de admisión de cada uno de sus miembros, con indicación de los que ejerzan cargos directivos o representación.

En cuanto a las tierras de las comunidades, las mismas son inalienables, imprescriptibles e inembargables, salvo las excepciones establecidas por la Constitución Política del Perú. Asimismo, se presume que son propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad. En dicho sentido, las comunidades tienen, asimismo, un catastro en el que constan los bienes que integran su patrimonio.

Finalmente, la Sentencia recaída en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC del Tribunal Constitucional ha reconocido que las Comunidades Campesinas y Nativas, en concordancia con el artículo 149 de la Constitución Política, tienen jurisdicción especial “siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva”.

■ CONCUBINATO

El concubinato es aquella situación fáctica mediante la cual un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, conviven (unión de hecho) de manera voluntaria por un

plazo de dos años continuos, como mínimo, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio. En tal sentido, no serán concubinos aquellos que son del mismo sexo o, siendo del mismo sexo, tuvieran algún impedimento matrimonial (un casado con una soltera o los hermanos) o no teniéndolo, no busquen alcanzar las finalidades y deberes del matrimonio (amigos de diferente sexo que comparten una casa o departamento).

La referida situación tiene como efecto jurídico la originación de una “sociedad de bienes”, según lo señala el artículo 323 del Código Civil, que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable. Cumplidos los requisitos señalados en el párrafo anterior, surge un régimen patrimonial entre los concubinos, similar al de la sociedad de gananciales, siempre que las normas del mismo le fueran aplicables.

A dichos efectos, una cuestión importante es la prueba de dicho estado debido a las consecuencias patrimoniales de importancia que se generan al tener un régimen patrimonial regido por el de la sociedad de gananciales, motivo por el artículo 323 del Código Civil, se encarga de aclarar que la “posesión constante de estado a partir de fecha aproximada puede probarse con cualquiera de los medios admitidos por la ley procesal, siempre que exista un principio de prueba escrita”.

En lo que respecta a la terminación de la situación de concubinos, esta acaba por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. Nótese que todos los casos anteriormente señalados corresponden a situación fácticas contrarias a la generada con la convivencia.

En el caso de la decisión unilateral de terminar con la situación de concubinos, se ha prescrito que “el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales”. Aquí debe tenerse en cuenta que la presente indemnización no constituye un supuesto de responsabilidad civil, sino una consecuencia indemnizatoria otorgada por la norma.

Ahora bien, a efectos de tutelar a las partes en una unión de hecho que no haya generado una situación de concubinato, el Código Civil ha establecido en el artículo 323 que en caso la unión de hecho que no reúna las condiciones establecidas para considerarse un concubinato, el interesado tiene expedita, en su caso, la acción de enriquecimiento indebido. Aquello debido a que se podrían haber generado situaciones en las que una de las partes se hubiera enriquecido de manera indebida en perjuicio del otro producto de la situación fáctica de la convivencia.

CONCURRENCIA DE ACREEDORES

La concurrencia de acreedores está referida a aquellos supuestos en los que el deudor se ha obligado a hacer entrega de un mismo e idéntico bien a favor de varios acreedores. En tal sentido, los acreedores “concurren” en la pretensión de entrega del bien. Producida dicha situación, el Derecho debe dictar las reglas para dirimir el conflicto. Los criterios para establecer las reglas en el Código Civil se han determinado atendiendo a la clase de bien, inmueble (1135 del Código Civil) o mueble (1136 del Código Civil), así como a los mecanismos de publicidad para acreditar su propiedad, ya sea la inscripción o la posesión, sin olvidar la buena fe que debe tener el acreedor que quiera ser protegido.

1. Concurrencia de acreedores sobre un bien inmueble:

Las reglas a seguir en este caso, son las siguientes:

- a) En primer lugar debe ser preferido aquel acreedor que haya tenido buena fe y que su derecho haya sido inscrito primero en el Registro de la Propiedad Inmueble.
- b) En caso no se haya procedido a la inscripción, se preferirá a aquel acreedor que haya tenido buena fe y que su derecho conste en un documento de fecha cierta.

- c) En caso no se haya realizado la inscripción ni se cuente con documento de fecha cierta se deberá preferir al acreedor que haya tenido buena fe y que su título tenga fecha anterior.

Respecto del documento de fecha cierta, podemos considerar a aquellos cuya fecha de existencia pueda ser demostrada sin cuestionamiento. Así, serán documentos de fecha cierta los documentos públicos y determinados documentos privados. El artículo 235 del Código Procesal Civil establece que es documento público (1) el otorgado por funcionario público en ejercicio de sus atribuciones; y (2) la escritura pública y demás documentos otorgados ante o por notario público, según la ley de la materia. Por su parte, el artículo 245 del mismo cuerpo legal establece que un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso desde: (1) la muerte del otorgante; (2) la presentación del documento ante funcionario público; (3) la presentación del documento ante notario público, para que certifique la fecha o legalice las firmas; (4) la difusión a través de un medio público de fecha determinada o determinable; y (5) otros casos análogos. Lo anterior, sin perjuicio de que, excepcionalmente, el juez pueda considerar como fecha cierta de un documento privado la que haya sido determinada por medios técnicos que le produzcan convicción.

2. Concurrencia de acreedores sobre un bien mueble:

Las reglas a seguir en este caso, son las siguientes:

- a) En primer lugar debe ser preferido aquel acreedor que haya tenido buena fe y al que se le haya hecho la tradición del bien.
- b) En caso no se haya procedido a la tradición, se preferirá a aquel acreedor que haya tenido buena fe y que su derecho conste en un documento de fecha cierta.
- c) En caso no se haya realizado la tradición ni se cuente con documento de fecha cierta, se deberá preferir al acreedor que haya tenido buena fe y que su título tenga fecha anterior.

Finalmente, nótese que esta regla para bienes muebles no toma en cuenta que algunos bienes muebles tienen la condición de inscribibles y, por ende, hubiera sido preferible optar, en ese caso, por una regla similar a la de los inmuebles.

■ CONDICIÓN

Elemento accidental del acto jurídico cuya eficacia depende de que se produzca o no un acontecimiento futuro e incierto. Cláusula por la cual el efecto jurídico depende del acontecimiento futuro. Acontecimiento necesario para que el acto jurídico produzca sus efectos.

Esta figura jurídica es una herramienta muy valiosa para la autonomía de las partes, pues permite a los sujetos adaptar los efectos de la voluntad a los diferentes aspectos del porvenir, según como se los considere posibles para que doten al acto de eficacia.

La doctrina clasifica a la condición en **suspensiva** y **resolutoria**, clasificación acogida por el legislador peruano en el Código Civil.

La condición **suspensiva** es formada por la voluntad de las partes en cuanto los efectos del acto jurídico deben producirse con el solo cumplimiento de la condición, es decir, se suspende la regulación de intereses dispuestas por el acto, aplazando el momento de su vigencia hasta la realización del evento condicionante. Por el contrario, en la condición **resolutoria**, los efectos del acto jurídico finalizan con la concretización del acontecimiento materia de condición, estando así la condición resolutoria destinada a resolver la regulación de intereses prescrita, cesando los efectos del acto jurídico.

Asimismo, se clasifica a la condición en **causal** y **potestativa**, la condición **causal** se refiere a la realización de un acontecimiento independiente respecto a las partes, por el contrario la condición será **potestativa** cuando tenga por objeto el comportamiento de una de las partes del acto jurídico.

Por último, se ha clasificado a la condición como **positiva** y **negativa**, según la realización del acontecimiento consista en que tenga o no lugar un determinado cambio en el estado actual de las cosas.

■ CONDONACIÓN

Es un acto jurídico de liberalidad del acreedor. Consiste en la renuncia que este hace a un derecho, mediante el cual exime al deudor de su obligación de pagar la deuda, extinguiéndose la obligación. Cabe señalar que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1295 del Código Civil, se debe requerir –necesariamente– la aceptación del deudor para que se produzca la extinción de la obligación. Se dice que es de liberalidad –y no simplemente gratuito– dado que existe una reducción en el patrimonio de quien otorga la liberalidad en favor del beneficiario, quien proporcionalmente ve aumentado el suyo.

Generalmente, para renunciar a un derecho basta un negocio jurídico unilateral del titular del mismo, sin embargo, nuestro ordenamiento ha acogido la regulación alemana, la cual exige para la renuncia eficaz de un crédito que sea hecha con asentimiento del deudor, porque el deudor no está sometido unilateralmente a la voluntad del titular del crédito quien no puede sobreponerse a la posible voluntad del deudor de cumplir su obligación.

Conocida también como remisión de la deuda, una vez aceptada por el deudor se hace irrevocable. Puede ser expresa o tácito, existiendo este último siempre que la voluntad de extinguir el derecho de crédito resulte de un comportamiento inequívoco del acreedor. A nadie se le puede imponer una liberalidad; lo mismo sucede con la donación, la herencia o el legado.

Se debe considerar, por otro lado, que la forma de la condonación tenga que ser la misma que la prevista en el contrato del que surge la deuda objeto de la condonación.

En una relación obligatoria nacida de un contrato anulable, con la condonación se extingue la relación obligatoria, pero ello no descarta que el negocio anulable como tal se mantenga y que pueda subsistir en el plano procesal; por lo tanto, un interés para demandar su anulabilidad, por ejemplo, para demandar la responsabilidad civil correspondiente.

En una condonación de obligación solidaria, para cual se prevé que el acreedor pueda reservar su derecho frente a los demás deudores, dicha reserva será posible en tanto y en cuanto se considere que la condonación no elimina la causa generadora de la obligación misma.

En las obligaciones a tiempo indeterminado, de constituirse estructuralmente una pluralidad de obligaciones, aun en presencia de una causa única, la condonación de una sola no elimina todas las demás.

Siempre que no se trate de un crédito irrenunciable, como los créditos laborales, la condonación puede tener por objeto toda deuda, sea futura o eventual.

La entrega voluntaria que realice el acreedor al deudor del documento original donde conste la obligación, hace presumir que el acreedor está condonando la deuda.

La condonación debe distinguirse del *pactum de non pretendo*, es decir, la promesa del acreedor hecha al deudor de no ejercitar el crédito. El deudor no queda liberado de este pacto, sino que únicamente se le da la posibilidad de oponer una excepción al ejercicio del crédito, en los ordenamientos jurídicos que lo permiten.

El destino de la obligación accesoria no afecta la principal. La condonación de un derecho accesorio, como es la garantía, no conlleva la del derecho principal. El perdón de una deuda garantizada con fianza, garantía mobiliaria o hipoteca implica la renuncia o remisión de tales derechos accesorios, pues lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

En caso de pluralidad de fiadores, la condonación se realiza respecto de uno de ellos, libera a los demás solo en lo que atañe a la parte del fiador liberado, a menos que los demás fiadores hayan dado su consentimiento para la liberación, en cuyo caso ellos quedarán obligados por el total.

CONDUCTA DESHONROSA

La conducta deshonrosa resulta ser una causal para la separación de cuerpos. En ese sentido se ha manifestado nuestro Código Civil en el artículo 33, inciso 6 que a la letra señala que la conducta deshonrosa que haga insostenible la vida en común resulta ser una causal para la separación de cuerpos.

La conducta deshonrosa es aquel comportamiento deshonesto, indecente que repudia el orden público y las buenas costumbres. En ese sentido va en contra del respeto y querer mutuo que debe existir entre los cónyuges, por lo tanto existe una perturbación en la relación conyugal. Este comportamiento afecta gravemente los deberes que se tienen entre los cónyuges e implica una multiplicidad de hechos complejos que hacen imposible la convivencia, por ello enumerarlos sería escapar a la realidad. Son ejemplos de conductas deshonrosas: el homosexualismo, la necrofilia, la pederastia, la ebriedad habitual, la vagancia, la ludopatía, la reiterada relación amorosa con otra persona distinta al cónyuge, el consumo excesivo de sustancias estupefacientes, etc.

Los hechos que ameritan ser considerados como conducta deshonrosa deberán ser notorios, públicos, no basta que se presente en el interior del hogar sino que estos deben ser conocidos, por cuanto el honor del

cónyuge se encontraría vulnerado. El juez deberá calificar las circunstancias presentes en la relación conyugal teniendo en cuenta la costumbre y educación de ambos cónyuges, tal como lo establece el artículo 337 del Código Civil.

Al respecto, la Casación del 15 de mayo de 2007 ha señalado: "Que la conducta de la que uno de los cónyuges está siendo víctima por parte del otro ha llegado a un punto en la que no puede ser soportada por la víctima, convirtiendo la vida en común en insostenible; lo que significa que el resultado final de la conducta deshonrosa es el quebrantamiento de la vida en común que es propia, lógicamente, del matrimonio; empero, si entre cónyuges ya no existe vida en común, es decir, si no se realiza uno de los fines del matrimonio, sino que por el contrario, están separados de hecho, resulta evidente que no puede configurarse la causal en análisis; vale decir, un hecho no puede convertir en insoportable una vida en común que ya no existía".

■ CONFIRMACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Acto jurídico accesorio a un acto jurídico previo que presenta causales de anulabilidad, la confirmación tiene como finalidad desvirtuar aquellas causales, saneando el acto jurídico previo que le da origen. Mediante la confirmación se convalida la declaración anterior, corroborando la

voluntad de sentirse vinculado por el negocio originalmente viciado.

La confirmación es un acto jurídico unilateral que debe ser practicado por quien es el titular de la acción de anulabilidad, o en otras palabras, por quien se ve afectado por el vicio de anulabilidad, siendo el único que puede confirmar el acto jurídico previo.

Es posible confirmar el acto jurídico mediante una manifestación de voluntad expresa, así como a través de una manifestación de voluntad tácita. De esta manera, si la confirmación es expresa, esta deberá estar documentada; por el contrario: se configurará la confirmación tácita cuando haya una ejecución total o parcial del acto.

Cabe aclarar que en la confirmación del acto jurídico, se debe dejar constancia del acto jurídico a confirmarse así como de la causal de anulabilidad que se subsana o se obvia a efectos de conferir validez al acto.

■ CONFISCACIÓN

La confiscación, comiso o decomiso, en Derecho, es el acto de incautar o privar de las posesiones o bienes sin compensación, pasando ellas al erario público.

En sentido estricto, por lo general, se entiende que la confiscación es una pena principal consistente en la privación de bienes, mientras que el

comiso o decomiso es la pena accesoria que supone la pérdida o privación de los efectos o productos del delito y de los instrumentos con que este se cometió. El término decomiso también se utiliza para designar las cosas que han sido objeto de comiso.

Habitualmente, los artículos ilegales, como los narcóticos o armas de fuego y las ganancias de la venta de este tipo de mercancías, pueden ser confiscadas por la autoridad competente (como la policía).

No se debe confundir a la confiscación con la expropiación. Esta última viene a ser una institución de Derecho Público consistente en la transferencia coactiva de la propiedad privada desde su titular al Estado, el cual asume a favor de la parte afectada el pago de un justiprecio y, si fuera el caso, una indemnización. Esta expropiación puede realizarse para que el bien afectado sea explotado por el Estado o por un tercero.

Asimismo, la expropiación posee tres notas características, en una de las cuales se asemeja a la expropiación mientras que en las otras sí se aprecia una marcada diferencia:

i) La expropiación es una transferencia de carácter coactivo, lo que hace de ella una institución característica del Derecho Público que no puede ser asimilada a la compraventa prevista en el derecho privado. En esto se asemeja a la confiscación, en cuanto

esta también posee un carácter coactivo, independientemente de la voluntad del sujeto afectado de desprenderse de sus bienes;

ii) El expropiado tiene derecho a recibir a cambio una indemnización equivalente al valor económico del objeto expropiado. En la confiscación, por el contrario, el sujeto afectado no tiene ninguna acción para dirigirse al Estado a efectos de cobrar un resarcimiento o alguna medida que mitigue el daño causado.

iii) La expropiación se hace con razones de necesidad pública o seguridad nacional, siempre existiendo de fondo un tema de utilidad pública. Por el contrario, la confiscación se produce más que como una medida que tienda al interés común, como una sanción de parte del Estado contra la persona que ha delinquido.

Además de lo dicho hasta aquí, existe otro sentido que nuestro sistema jurídico le otorga al término confiscación. Así, el artículo 74 de la Constitución Política de Perú manifiesta expresamente que: “Ningún impuesto puede tener efectos confiscatorios” a la vez que expone: “No surten efecto las normas que violen estos principios”.

En este caso, esta confiscatoriedad se configura cuando se prueba la absorción por el Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado. De este modo, es confiscatorio

lo que excede el límite que razonablemente puede admitirse como posible de un régimen democrático de gobierno, que ha organizado la propiedad con límites infranqueables que excluyen la confiscación de la fortuna privada, ni por vía directa ni valiéndose de los impuestos.

■ CONMORENCIA

Hecho jurídico que se refiere a la muerte simultánea en un mismo lugar de dos o más personas relacionadas entre sí por vínculos de consanguinidad o de parentesco. Presunción jurídica *iuris tantum* ocasionada por la imposibilidad de probar qué persona murió primero para fines sucesorios, la conmorencia permite presumir la contemporaneidad de las muertes para eliminar los derechos hereditarios de una de esas personas sobre la otra y viceversa.

Los criterios espaciales para la configuración de la conmorencia con base en un mismo lugar han sido recogidos por códigos como el francés, el italiano y el argentino; sin embargo; el BGB postula esta figura incluso en un espacio más amplio en el cual las muertes simultáneas ocurren a consecuencia de un hecho común, pero en distintos lugares.

■ CONSEJO DE FAMILIA

El consejo de familia se trata de un órgano consultivo o ejecutivo constituido por miembros de la propia

familia del incapaz, que tiene como función controlar a los tutores o curadores y también a los padres en el ejercicio de sus atribuciones, para garantizar los derechos e intereses del propio incapaz. Tribunal doméstico constituido durante la minoría de edad de un sujeto o la incapacidad de una persona, con la finalidad de examinar y resolver los intereses del sujeto tanto en sí mismo como en su patrimonio.

El consejo de familia también es considerado como una institución consistente en un cuerpo consultivo familiar que tiene por objeto velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre, en los casos que señale la ley.

El consejo de familia se caracteriza básicamente por ser una institución supletoria que se constituye ante la ausencia de los padres y tiene como función básica supervisar la labor del tutor o curador y está integrada —generalmente— por parientes consanguíneos y también por terceros.

■ CONSENTIMIENTO

El consentimiento en los contratos puede definirse de dos formas que no son excluyentes, sino más bien complementarias. Así, en primer término, por consentimiento debe entenderse como la coincidencia de voluntades declaradas; por otro lado, el consentimiento también puede ser

comprendido como la conformidad de la oferta con la aceptación.

Sobre ambas acepciones, el artículo 1352 del Código Civil establece que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, mientras que el artículo 1373 señala que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente.

El consentimiento es la integración de las voluntades de las partes en una voluntad común, vale decir, es la coincidencia de dichas voluntades declaradas, lo que permite el perfeccionamiento del contrato.

El debate en la doctrina sobre lo que debe entenderse por consentimiento derivó en dos posiciones encontradas. Por un lado, juristas como *Messineo* sostuvieron que para que exista acuerdo bastaba que las declaraciones de voluntad sean complementarias, esto es, que se correspondan entre sí, aunque cada parte quiera, además, un efecto ulterior que le es exclusivo. Se vincula así, dándole un carácter unitario, la voluntad de celebrar el contrato y la voluntad de obtener los efectos del mismo y, basándose en ello, se afirma que las voluntades de las partes buscan cosas distintas^(*).

Por otro lado, la tesis mayoritaria entiende que para que exista acuerdo

de voluntades se requiere que las partes estén totalmente de acuerdo sobre la celebración del contrato en los términos del mismo, por lo que la menor falta de acuerdo daría lugar a que no exista consentimiento. Como afirma el profesor De La Puente: “Siguiendo la etimología de la palabra consentimiento, las partes deben tener al mismo tiempo idéntico consentimiento. Siendo esto así, la voluntad de una de las partes es, en lo que se refiere a la celebración, del contrato, exactamente igual a la de la otra parte y esta igualdad determina necesariamente que ambas facultades, al no existir diferencia alguna entre ellas, se integren entre sí para formar una voluntad común”^(**).

■ CONSIGNACIÓN

La consignación es un mecanismo del que dispone el deudor para poder poner a disposición de su acreedor el objeto de la prestación a efectos de que este no se vea perjudicado por la desidia del mismo, ya sea en el cobro de la prestación o en la puesta a disposición de algún bien a su favor. En todos los casos, la consignación se hace frente al juez competente. A continuación doy cuenta de los supuestos de consignación:

a) Pago por consignación: Como regla general el deudor puede liberarse de su obligación,

(*) MESSINEO, Francesco. Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit. Primera parte, Tomo I, p. 128.

(**) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Ob. cit., p. 129.

consignado la prestación debida y siempre que concurren los siguientes requisitos establecidos en el artículo 1251 del Código Civil: (i) que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida, o lo hubiere puesto a su disposición de la manera pactada en el título de la obligación, lo cual podrá ser hecho de forma judicial o extrajudicial, y (ii) el acreedor se encuentre en mora, es decir en aquellos casos en los que sin motivo legítimo se niega a aceptar la prestación ofrecida o no cumple con practicar los actos necesarios para que se pueda ejecutar la obligación o injustificadamente se haya negado a recibir el pago (este último caso, como se ve, está también dentro del supuesto de mora del acreedor). Asimismo, el Código aclara que se entiende que hay negativa tácita en los casos de respuestas evasivas, de inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, cuando se rehúse a entregar recibo o conductas análogas.

b) Arrendamiento: El artículo 1706 establece que “[e]n todo caso de conclusión del arrendamiento o teniendo el arrendatario derecho para resolverlo, si pone el bien a disposición del arrendador y este no puede o no quiere recibirlo, aquel podrá consignarlo”. Tal como se señaló

ante la negativa de una de las partes a la recepción del bien se prevé la posibilidad de poder consignar el bien a efectos de poder evitar una consecuencia desventajosa. Así, el artículo 1707 establece de forma expresa que “[d]esde el día en que el arrendatario efectúe la consignación se extingue su responsabilidad por la renta, salvo que la impugnación a la consignación fuese declarada fundada”.

c) Comodato: El artículo 1746 establece que “[s]i el comodatario supone que se le ha dado en comodato un bien extraviado, hurtado o robado, debe consignarlo de inmediato y bajo responsabilidad, con citación del comodante y del presunto propietario, si lo conoce”. Una lectura del artículo nos permite ver que lo que se busca es que el comodatario no sufra una consecuencia perjudicial como ser considerado autor o cómplice de algún delito por la posesión del bien, dándole la posibilidad de que consigne el bien y evite alguna responsabilidad. Adicionalmente, la disposición busca que el legítimo propietario del bien no se vea afectado.

d) Depósito: En sentido similar al artículo 1746 antes citado, el artículo 1836 establece que “[n]o debe efectuarse la restitución al depositante del bien si el depositario tiene conocimiento de su procedencia delictuosa, en cuyo

caso deberá consignarlo de inmediato, con citación de aquel y bajo responsabilidad”. En este caso también se desea evitar alguna responsabilidad del depositario y el mayor perjuicio para el legítimo propietario del bien.

■ CONSOLIDACIÓN

En cuanto al *nomen iuris* empleado en el Código Civil de 1984, se advierte que se ha optado por la consolidación –en vez de la confusión, como antiguamente se le conocía–, al considerársele jurídicamente más técnico. Asimismo, su empleo no se limita a los derechos reales, sino que se extiende a los derechos obligacionales en general.

La consolidación o confusión consiste en la reunión en una misma persona de las calidades de deudor y acreedor. Es la concurrencia en una misma persona de las calidades de acreedor y deudor, extinguiéndose así la obligación porque ninguna persona puede cobrarse a sí misma. Entonces, existirá consolidación cuando por causa de sucesión jurídica, es decir, acto intervivos o mortis causa, confluyan en una misma persona ambas calidades –en el propio deudor, el acreedor o en un tercero–; siendo notas características de la consolidación la existencia de una única relación jurídica obligatoria con sus dos polos opuestas (acreedor y deudor) y la confusión en una misma persona de ambas calidades antitéticas.

Puesto que la relación (y especialmente la relación obligatoria), presupone, como regla, la existencia de dos centros de imputación subjetiva, cuando el crédito y la deuda terminan reunidos en la misma persona no puede evitarse que la relación desaparezca.

Respecto a la naturaleza jurídica de la confusión o consolidación, existen dos posiciones: la “teoría del medio extintivo” y la “teoría de la paralización de la acción”. La “teoría del medio extintivo” considera que la consolidación debería asimilarse en vía de ficción al pago, debido a la extinción de la acción. A su vez, la “teoría de la paralización de la acción” reconoce que no se trata propiamente de un mecanismo de extinción de obligaciones, sino de un impedimento material y temporal del pago.

La naturaleza peculiar de esta institución es la de ser siempre consecuencia directa de un hecho. Se produce generalmente en casos cuando uno de los sujetos falleció y el otro se convirtió en su sucesor universal único; entonces, si el fallecido fue el acreedor, su deudor continuará siendo deudor, pero adquirirá, además, la calidad de acreedor en virtud de la representación sucesoria. Pero no todo fallecimiento de los sujetos conduce a la consolidación, es necesario que la obligación se haya efectuado entre los parientes cercanos.

Otro hecho con iguales consecuencias jurídicas ajena al fallecimiento

lo encontramos en el caso de los títulos valores, puestos en circulación mediante sucesivos endosos, por lo que sorpresivamente el mismo girador tanto como el aceptante, pueden llegar a tener nuevamente en sus manos el mismo título valor.

Una vez realizada la consolidación, los terceros garantes del deudor quedan liberados, por lo tanto se extinguirán las garantías.

El cese de la consolidación implica el renacimiento de la obligación extinguida “con todos sus accesorios”. Desde un punto de vista literal podría inducir a entender que en todos los casos de cese de la consolidación, las garantías reviven automáticamente; sin embargo, existe consenso en la doctrina en el sentido de que las garantías solo deberían revivir en los casos de cese forzoso o legal, no así en los supuestos de cese voluntario. Asimismo, cuando se señala que el renacimiento de las obligaciones y sus accesorios no perjudicará el derecho de “terceros”, se refiere a quienes no son “parte” de la relación jurídico-obligacional en cuestión y que han adquirido algún derecho de las mismas sobre la base de la existencia de la consolidación.

Un caso particular, se refiere a la reunión en una misma persona, no de calidad de deudor y acreedor, sino de las de deudor principal y fiador. La consecuencia es que la fianza terminará desapareciendo, a menos que el acreedor tenga el interés, a pesar

de todo, en mantenerla vigente. Esto ocurriría, según algunos, cuando el deudor llamado a suceder por causa de muerte al fiador haya aceptado la herencia con el ya indicado beneficio de inventario.

■ CONTRATO

El artículo 1351 del Código Civil define al contrato como aquel acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Completando dicha definición, podemos afirmar que el contrato es un acto jurídico plurilateral, patrimonial y de contenido obligacional.

El contrato pertenece al grupo de los actos jurídicos porque, como estos, consiste en la manifestación de voluntad destinada a generar efectos jurídicos (crear, modificar, regular o extinguir relaciones jurídicas). Es plurilateral porque el contrato requiere del concurso de dos o más partes.

Es de contenido obligacional en la medida de que la relación jurídica que nace del contrato está constituida por las obligaciones que asumen y deben cumplir las partes. Asimismo, dicha relación jurídica creada por el contrato debe ser patrimonial, esto es, debe versar sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica, en el sentido que puedan ser materia de valoración objetiva.

Como ya se ha dicho, los contratos tienen cuatro funciones: crear, regular, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial. Respecto de la primera puede decirse que, salvo las limitaciones legales, mediante el contrato se puede crear toda clase de obligaciones, utilizándose para ello tanto los contratos típicos como los atípicos.

Respecto de la función regulatoria, esta debe entenderse como la utilización de un contrato para precisar los alcances de la relación jurídica creada por un contrato previo o cualquier otra fuente de las obligaciones, ya sea para interpretarlo o estableciendo reglas de detalle, que sin constituir una modificación no estaban precisadas en la relación jurídica original.

Por su parte, la función modificatoria permite utilizar al contrato para variar parcialmente la relación obligacional nacida de un contrato previo, dejando subsistentes determinadas disposiciones contractuales, por lo que —pese a las modificaciones de contenido— la relación obligatoria sigue siendo la misma.

Por último, tenemos la función extintiva, por la cual el contrato tiene por objeto resolver una relación jurídica patrimonial existente entre las partes, cualquiera sea la fuente de ella. A esta función extintiva se le conoce como distracto.

CONTRATO DE OBRA

El contrato de obra es un contrato de prestación de servicios por el cual una de las partes, denominado el contratista, se obliga a hacer una obra determinada a favor de la otra, llamada comitente, a cambio de una retribución. Así lo regula el artículo 1771 del Código Civil, destacando el hecho que lo que el contratista debe al comitente es el resultado del trabajo y no solo la prestación del servicio, como sucede en la locación.

Se trata de un contrato eminentemente oneroso que debe estar acompañado de una retribución. Esta puede ser en dinero, aunque nada impide que se pague con la entrega de bienes al contratista.

A diferencia de la locación de servicios, que es un contrato *intuitu personae*, en el contrato de obra el contratista puede valerse de subcontratistas, especialmente cuando se trate de obra complejas o que exijan un cierto grado de especialización. No obstante, el artículo 1772 aclara que no podrá subcontratar íntegramente la realización de la obra, salvo autorización escrita del comitente. Asimismo, señala que la responsabilidad frente al comitente es solidaria entre el contratista y el subcontratista, respecto de la materia del subcontrato.

El contrato de obra es de prestaciones recíprocas, pues mientras el contratista se obliga a hacer una obra determinada, el comitente a su vez se obliga a pagar al contratista una retribución por dicha obra. El contratista, además, está obligado a hacer la obra en la forma y plazos convenidos en el contrato o, en su defecto, en el que se acostumbre; a dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por este, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular; y, a pagar los materiales que reciba, si estos, por negligencia o impericia del contratista, quedan en imposibilidad de ser utilizados para la realización de la obra. Asimismo, el contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente.

Por su parte, el comitente tiene el derecho de inspeccionar, por cuenta propia, la ejecución de la obra. Sobre el particular, el artículo 1777 del Código Civil dispone que cuando en el curso de la obra se compruebe que el contratista no la está ejecutando conforme a lo convenido y según las reglas del arte, el comitente puede fijar un plazo adecuado para que aquel se ajuste a tales reglas. Transcurrido el plazo establecido, el comitente puede solicitar la resolución del contrato, sin perjuicio del pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otro lado, el comitente tiene el derecho, antes de la recepción de la obra, de efectuar la comprobación de esta. Si el comitente descuida proceder a ella sin justo motivo o bien no comunica su resultado dentro de un breve plazo, la obra se considera aceptada.

CONTRATO DE OPCIÓN

Es aquel contrato por el cual una de las partes concede a la otra la facultad de decidir la celebración de un futuro contrato. Así, el artículo 1419 del Código Civil establece que por el contrato de opción una de las partes queda vinculada a su declaración de celebrar en el futuro un contrato definitivo y la otra tiene el derecho exclusivo de celebrarlo o no.

Las partes en el contrato suelen denominarse concedente, que es la parte que se obliga a celebrar el contrato definitivo; mientras que se denomina optante a la parte que goza del derecho de elegir entre aceptar o no el contrato.

Entre las principales características del contrato de opción tenemos las siguientes: puede ser uno de prestaciones recíprocas o de prestación unilateral. En el primer caso, generalmente la contraprestación a cargo del optante suele estar constituida por el pago de una cantidad de dinero, aunque nada obsta para que la contraprestación sea una obligación

de hacer o de no hacer. Será de prescripción unilateral cuando el concedente no recibe nada a cambio de conceder al optante el derecho de decidir la celebración de un futuro contrato.

Es un contrato típico, pues nuestro Código Civil es uno de los pocos ordenamientos que regula expresamente el contrato de opción.

Igualmente, es un contrato consensual pues se concluye por el mero consentimiento. No obstante, debe recordarse que el artículo 1425 del Código establece que los contratos preparatorios son nulos si no se celebran en la misma forma que la ley prescribe para el contrato definitivo bajo sanción de nulidad.

El contrato de opción es esencialmente temporal. En ese sentido, el artículo 1423 prescribe que el plazo del contrato de opción debe ser determinado o determinable; y si no se estableciera el plazo, este será de un año.

■ CONTRATO LEY

El contrato ley nace como una necesidad de que los Estados creen las condiciones necesarias para que los inversionistas puedan sentirse garantizados sobre la estabilidad y seguridad jurídica. En ese sentido con el contrato ley el Estado busca mantener vigentes las normas jurídicas al momento en que se estableció el contrato, manteniéndolas

inalterables, así estas sean modificadas por el mismo Estado en el transcurso de la ejecución de las obligaciones. De esta manera, las normas modificadas sí podrán aplicarse sobre los demás ciudadanos pero no sobre los contratos ley.

El contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas partes el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió este.

En ese sentido los convenios de estabilidad jurídica que se celebran en virtud de los contratos ley, no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado.

La categoría de los contratos ley tienen un amparo jurídico, tanto es así que nuestra Constitución Política en su artículo 62, segundo párrafo menciona lo siguiente: “Mediante los contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”. Esta también se puede apreciar en el Código Civil,

específicamente en el artículo 1357: “La ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, puede establecer garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

De los textos normativos señalados se puede advertir que nuestra normativa civil exige un requisito más para que se configure los contratos ley, a diferencia de nuestra Carta Magna. Este requisito hace referencia al carácter que debe tener la ley autoritativa, pues se manifiesta que debe estar sustentada en razones de interés social, nacional y público. Sin embargo, si consideramos que el Código Civil se promulgó en 1984 y la Constitución en 1993, podemos llegar a la conclusión de que esta última al ser una ley posterior (art. 62 de la Constitución) derogó a la ley anterior (art. 1357 del Código Civil). Por consiguiente nos encontraríamos en una derogación tácita y por ende solo vendría en aplicable la norma constitucional.

CONTRATO POR ADHESIÓN

El contrato por adhesión es una manera de contratar en la cual, sin perderse la autonomía privada manifestada por la libertad de conclusión del contrato, la determinación de las condiciones del mismo es hecha unilateral y exclusivamente por una de las partes y plasmada en su oferta, para que la otra parte, o sea el

destinatario, decida a su solo criterio contratar o no en tales condiciones. En el primer caso, aceptará la oferta; en el segundo, la rechazará.

El artículo 1390 del Código Civil señala que el contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

El primer elemento que identifica al contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Asimismo, en este contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido de que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral.

Asimismo, la parte que redacta o fija las estipulaciones plantea a la otra una alternativa inmodificable entre la aceptación íntegra de tales estipulaciones o su rechazo.

CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR

En principio resulta importante señalar que el contrato por persona a nombrar no es un contrato, o al menos no es un contrato independiente, sino más bien resulta ser una estipulación contractual accesoria que se puede incluir en diversos tipos de

contratos como en la compraventa, arrendamiento o permuta, etc.

La utilidad práctica de dicha institución radica en la posibilidad que se le brinda a una de las partes para que pueda designar en otra persona las diferentes situaciones jurídicas subjetivas de las cuales era titular. En ese sentido la figura del contrato por persona a nombrar resulta relevante, puesto que permite a una de las partes no conservar el estatus (ya sea de deudor o acreedor) durante todo el periodo de la relación obligatoria, puesto que en virtud de su autonomía privada, puede delegar en otra persona el rol que estaba asumiendo.

Una cuestión importante que es necesario mencionar es preguntarse si esta figura jurídica es posible de insertarse en cualquier tipo de contrato. Tal como ya se mencionó anteriormente es acertado afirmar que esta figura es posible de insertarse en cualquier tipo de contrato, por cuanto tiene un carácter accesorio en relación al contrato que le sirve de base. En consecuencia esta estipulación tiene un carácter secundario, es por ello que este dependerá de la naturaleza del contrato al cual le sirve de base. Asimismo es relevante considerar que una vez pactada dicha estipulación, un tercero que es ajeno a la relación contractual se inserta y comienza a formar parte de dicha relación.

En virtud de estas características es que se puede concluir que el contrato por persona a nombrar no podría insertarse en cualquier tipo de contrato, como el de aquel que se celebra en virtud de las características particulares, esenciales que tiene una de las partes, es decir, en aquellos contratos personalísimos o *intuitu personae*. Esta última se caracteriza porque lo esencial para la ejecución del contrato son los atributos de las personas, sus cualidades personales sin las cuales no es posible cumplir con la prestación.

De lo dicho se colige que no es posible configurar una estipulación como la descrita en estos contratos personalísimos ya que ello iría contra los intereses de una de las partes. Es por ello que una de las características más relevantes del contrato con persona a nombrar resulta ser la fungibilidad que tiene, es decir, la irrelevancia por parte de quien pudiera ejecutar la prestación.

El artículo 1473 de nuestro Código Civil señala que al celebrar el contrato puede convenirse que cualquiera de las partes se reserve la facultad de nombrar posteriormente a un tercero que asuma los derechos y las obligaciones derivadas de aquel acto. La reserva de nombramiento no procede en los casos en que no es admitida la representación o es indispensable la determinación de los contratantes.

■ CÓNYUGES

Es el nombre genérico que el ordenamiento civil utiliza a afectos de llamar al marido y la mujer unidos mediante el acto jurídico del matrimonio. La expresión es técnicamente correcta a la usual de “esposos” debido a que califican como aquellos los que hubieran celebrado los esponsales. Estos son las promesas recíprocas entre varón y mujer para celebrar un futuro matrimonio. Por lo tanto, representan un antecedente no necesario del matrimonio.

La calidad de cónyuges atribuye a cada uno de los integrantes diversos derechos y deberes de índole personal y patrimonial. Independientemente del régimen patrimonial que escojan los cónyuges (separación de patrimonios o sociedad de gananciales), producido el matrimonio surge un nuevo sujeto de derecho denominado Sociedad Conyugal, cuya representación, según lo señalado en el artículo 292 del Código Civil, es ejercida conjuntamente por los cónyuges (esto sin perjuicio de lo que el Código Procesal Civil pueda disponer en materia procesal). Además, sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de los cónyuges, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.

Adicionalmente, a efectos de no retrasar el normal desenvolvimiento de la Sociedad Conyugal, el referido artículo establece que para las

necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges.

La calidad de cónyuges tiene como efecto crear un régimen de afinidad entre sus respectivos parientes. Así, en atención al artículo 237 del Código Civil, el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. En tal sentido, cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad. Atendiendo a consideraciones de índole moral, el referido artículo se encarga de especificar que la afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce y que subsiste la afinidad en el segundo grado de la línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el excónyuge.

■ COPOSESIÓN

La posesión exclusiva hace referencia al ejercicio de hecho que un sujeto ejerce sobre un bien. En cambio, la coposesión hace referencia al dominio de hecho que varios sujetos ejercen sobre un mismo bien, es decir, esta se presenta cuando en un mismo grado posesorio se encuentran varios sujetos que ejercen la posesión. Por consiguiente, en una relación de mediación posesoria solo son coposedores los inmediatos entre sí o los

mediatos. El ejercicio de hecho que los sujetos ejercen sobre el bien se caracteriza por ser homogéneo y no exclusivo. Asimismo cabe recalcar que el bien, sobre el cual concurren los actos posesorios, se caracteriza por mantener la unidad, en tal sentido no existe coposesión si el objeto aparece dividido en partes determinadas materialmente y atribuidas a cada sujeto, porque entonces habría en ese caso una posesión exclusiva sobre cada parte. No es necesario que todos los sujetos se encuentren físicamente sobre el bien, basta con que se evidencie comportamientos compartidos.

Nuestro Código Civil en el artículo 889 señala, siguiendo esta misma lógica, que existe coposesión cuando dos o más personas poseen un mismo bien conjuntamente. Cada poseedor puede ejercer sobre el bien actos posesorios, con tal que no signifiquen la exclusión de los demás.

Los interdictos pueden ser usados por cualquier coposeedor ante el despojo o inquietación por parte de un tercero. No hay dudas de que el coposeedor ante la intromisión de un extraño se encuentra legitimado para el ejercicio de la tutela interdictal. Cabe recalcar que ello, sin duda, beneficiará a todos los coposeedores.

La tutela interdictal también puede ser usado por el coposeedor que es perturbado o despojado en su posesión por otro coposeedor. Se podría sostener que en la coposesión los

interdictos devienen en remedios inútiles, por cuanto ante cualquier perturbación a la posesión, este se rige por los acuerdos que los sujetos establecieron al momento de constituir la comunidad. Sin embargo, creemos que ello no es así. Es cierto que cuando los sujetos establecen una coposesión, sus comportamientos se rigen por reglas que ellos mismos han establecido, pero ello no es óbice para negarles la tutela interdictal. Lo contrario sería admitir que solo existe protección interdictal en la posesión exclusiva cuando no hay norma legal que sustente semejante postura. Ello sin duda podría traer perjudiciales consecuencias jurídicas. Así por ejemplo podría darse el supuesto en que un coposeedor expulse a sus compañeros y establezca una posesión exclusiva. Si negáramos la tutela interdictal en este caso llegaríamos a la injusta conclusión que el coposeedor despojante consolide su posesión al no existir los interdictos.

La usucapión de la coposesión trae como consecuencia la copropiedad. Semejante afirmación resulta razonable si consideramos que en la copropiedad los sujetos tienen los mismos derechos sobre el bien. Así también lo ha establecido el Pleno Casatorio N° 2229-2008-Lambayeque en la que afirma, como doctrina jurisprudencial vinculante, que la correcta interpretación del artículo 950 del Código Civil debe hacerse en el sentido de que nada obsta para que

dos o más coposeedores homogéneos puedan usucapir, puesto que el resultado sería una copropiedad, figura prevista en nuestra legislación.

■ COPROPIEDAD

Es un derecho real autónomo sobre bien propio que pertenece a dos o más personas de manera indivisa (sin partes materiales) y mediante la asignación de cuotas ideales que representan la participación de cada quien en la cotitularidad de este, en el que coexisten dos tipos de esferas de actuación, unas atribuidas de manera individual a cada copropietario y otras de manera colectiva, es decir, con referencia a todos los copropietarios a los cuales se entiende vinculados en su actividad por la concurrencia con los demás o por las decisiones unánimes o, por lo menos, mayoritarias del conjunto, siendo el parámetro ordinario de esa concurrencia y de esas decisiones el valor de las participaciones que a cada quien correspondan. Antes se denominaba condominio, entre uno y el otro existe lógicamente la misma diferencia que hay entre dominio y propiedad. La denominación de propiedad tiene mayor amplitud que la de dominio, ya que comprende no solo los bienes corporales, sino también los incorporales, mientras que dominio es la propiedad sobre bienes corporales.

Si bien la copropiedad comparate con el derecho de propiedad los

caracteres de absolutividad (plenitud de poderes), exclusividad (esfera de actuación autónoma e independiente que no admite concurrencia de esferas de actuación idénticas a favor de terceros) y tendencial perpetuidad, el derecho de copropiedad difiere de aquella en lo que atañe a la organización del ejercicio de las facultades de uso, disfrute y disposición de la cosa común; en la existencia de una normativa propia destinada a reglamentar los derechos de cada copropietario sobre la denominada cuota ideal, la formación de una voluntad común para la conclusión de los actos de administración y disposición sobre la cosa común, así como también la implementación de mecanismos de distribución y reparto entre los copropietarios de las cargas a que se encuentra afectada la cosa común; y, la previsión de una normativa para poner fin al estado de indivisión.

Fuentes de la copropiedad

Fuentes voluntarias: Se considerará que la copropiedad tiene su origen en la voluntad de los propios interesados tanto cuando varias personas adquieren en común la propiedad de un bien, como sucedería si uno o más bienes son vendidos o donados conjuntamente a dos o más personas, como cuando “el propietario de una cosa ceda una parte abstracta (cuota) de la misma a un tercero, dando origen a una relación de copropiedad con él. También cuando en la sucesión testamentaria, el testador, en ejercicio de su facultad de libre disposición,

ha decidido dejar, a título de legado y de manera conjunta, a favor de dos o más personas “uno o más de sus bienes, o una parte de ellos.

Fuentes legales: Nos referimos a todos aquellos casos en los que la cotitularidad de un bien tiene su fuente determinante en la voluntad del legislador, es decir, los casos en que dados ciertos presupuestos sobreviene una imposición de la ley que determina la indivisión respecto de ciertos bienes a favor de dos o más personas. V.gr.: La que nace como consecuencia de la presunción de medianería como paredes, muros, zanjas, cercos y árboles entre los predios o los que resulten de la unión o mezcla de bienes muebles.

Fuentes judiciales: Nacen de una decisión de la justicia. V. gr.: Por la adjudicación en una partición, que concluye por medio de la subasta del bien. Podría catalogarse dentro de ella, porque requiere una sentencia judicial, la prescripción adquisitiva en el que la coposesión de un bien, prolongada en el tiempo por el plazo establecido por la ley y con las características o condiciones que ella exige según se trate de la prescripción corta u ordinaria o de la prescripción larga o extraordinaria, se convierte en copropiedad precisamente porque los coposedores deciden invocar este modo de adquirir.

Características:

- Pluralidad de sujetos, dos por lo menos, titulares del derecho de propiedad.
- Unidad del objeto, pero ello no significa que haya un solo bien, puede haber diversidad de bienes, pero el derecho de propiedad de los estos, se ejercita conjuntamente, sobre uno o más bienes.
- La atribución de las cuotas ideales, lo que implica que ningún copropietario tiene para sí una parte definida, concreta, del bien.
- Debe recaer sobre bienes, sean muebles o inmuebles, pero no el bien mismo que puede estar dividido, sino el derecho de propiedad sobre el bien.

■ COPROPIETARIO

Derechos de los copropietarios:

Cada copropietario tiene facultades sobre la totalidad del bien y son las siguientes: uso y derecho a servirse, disfrute, disposición de la cuota ideal y sus frutos, reivindicación, pedir la partición, tanteo o preferencia, retracto, establecer servidumbres y asumir la administración del bien común.

Asimismo, cada copropietario también ejerce derechos colectivos con los demás copropietarios, es así que se establece un régimen de decisiones:

Los actos de disposición o gravamen, junto con los de administración extraordinaria, son considerados por

el Código como actos significativamente trascendentes, de ahí la exigencia de la unanimidad, mientras que los actos de administración ordinaria son considerados como menos trascendentes, por lo que se establece que la aprobación de los mismos tenga lugar solo sobre la base de la mayoría absoluta. Cuando exista empate entre los copropietarios, resolverá el juez por la vía sumarísima.

La aprobación por mayoría absoluta de los copropietarios determina que la minoría se encuentre obligada a acatar la decisión adoptada y, por consiguiente, se verá beneficiada o perjudicada proporcionalmente por los resultados económicos que pudiera tener la decisión adoptada. Los actos que sean precisos concluir para ejecutar la decisión adoptada pueden ser celebrados solo por los integrantes de la mayoría, eso será suficiente para acreditar la validez de lo acordado y para, en la relación interna, lograr hacer efectiva la responsabilidad a que hubiere lugar por parte de los integrantes de la minoría.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, se establece un derecho de veto a favor de cualquiera de los copropietarios. En efecto, bastará el voto en contra de cualquiera de ellos, sin importar la cuantía de su participación para frustrar la eficacia del acto que se quiera realizar

Cada copropietario tiene derecho a servirse del bien común sin más limitación que respetar el destino del

bien y no perjudicar el interés de los demás, lo que hace es configurar a la facultad de uso con el carácter de solidaria. En ese sentido, la naturaleza de la facultad de uso de la cosa común impone una especie de solidaridad en el ejercicio de la misma de modo que cada codueño podrá servirse enteramente de la cosa y no en la proporción exacta equivalente a su cuota.

La facultad de uso del bien común se configura como una de carácter no cuantificable. En consecuencia: (i) no puede ser fraccionada en función de las cuotas atribuidas a cada condómino; y (ii) no puede circunscribirse el ejercicio de dicha facultad a una división material del bien, operada en función de la cuota, con la intención de hacer recaer sobre cada fracción de la cosa dividida su ejercicio exclusivo.

Obligaciones de los copropietarios:

- Responder proporcionalmente por las mejoras.
- Concurrir en los gastos.
- Saneamiento por evicción.
- Hacer la partición del bien común.
- El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda. No se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, no presupone la existencia de daños y perjuicios.

- Cada copropietario está obligado a reembolsarse proporcionalmente los provechos obtenidos del bien. Si los frutos aún existen en especie dentro de las posesiones del copropietario, los demás tendrán derecho al reparto de estos. Tratándose de bienes determinados únicamente por su especie y cantidad, se debe entender que quedan incorporados al patrimonio del copropietario con la obligación de devolverlos en especie o en dinero. Si los frutos ya no estuvieran en posesión del copropietario, porque ya dispuso de ellos, los demás copropietarios tendrían derecho al reembolso en dinero de estos

■ CUARTA FALCIDIA

Figura del derecho de sucesiones que tiene por objetivo separar la cuarta parte de la masa hereditaria en beneficio del heredero voluntario, cuando el causante no presente herederos forzosos y tenga libre disposición de la totalidad de sus bienes, limitando el otorgamiento de legados a una cuota no mayor de las tres cuartas partes de la masa hereditaria.

La cuarta falcidia es llamada así en virtud del tribuno romano Cayo Falcidia, quien en el derecho romano instituyó la *Lex Falcidia*, por el cual se otorgaba el derecho a la cuarta parte de la herencia al

heredero voluntario instituido junto a los legatarios^(*).

La razón que motiva la cuarta falcidia es que el heredero voluntario no repudie la herencia, pues en caso que la masa hereditaria fuera repartida entre los legatarios el heredero voluntario aceptaría una herencia sin ninguna utilidad ya que tendría que distribuir toda la masa hereditaria entre los legatarios, constituyéndose simplemente en un ejecutor del testamento.

■ CUASIUSUFRUCTO

Es requisito esencial del usufructo el recaer sobre objetos que no se alteran de manera sustancial por el primer uso. En efecto, el segundo párrafo del artículo 999 del Código establece que el usufructo recae sobre bienes no consumibles; no obstante, los artículos 1018, 1019 y 1020 del Código Civil admiten expresamente la posibilidad de constituir usufructo sobre bienes consumibles.

El supuesto descrito es lo que se conoce en doctrina como usufructo impropio o cuasiusufructo, por ser contrario al carácter esencial de esta institución de mantener indemne el bien usufructuado. En tal virtud, el carácter esencial del cuasiusufructo no radica en la naturaleza consumible del bien, sino en que este sea

(*) FERRERO COSTA, Augusto. "Artículo 771. Cuarta falcidia". En: *El Código Civil Comentado*. Tomo IV, Gaceta Jurídica, 2010, p. 305.

efectivamente consumido a su primer uso, estableciéndose la obligación del usufructuario de efectuar la restitución.

Mención particular merece el denominado “usufructo de dinero”, que nuestro Código Civil regula en el artículo 1018 del Código Civil y que –en apariencia– constituiría un supuesto sui generis de cuasiusufructo. En efecto, el cuasiusufructo a que se refieren la doctrina y la legislación comparada importa el consumo del bien con la obligación de restitución; el cuasiusufructo que regula el artículo bajo análisis, en cambio, no obstante referirse a un bien eminentemente consumible como el dinero, establece de manera implícita la prohibición de usarlo, pues “el usufructo de dinero **solo** da derecho a percibir la renta”.

Sobre el particular, no debe perderse de vista que la condición de consumible de un bien la determina, no la constitución física de la cosa, sino el destino que recibe cuando se la adscribe a un cierto disfrute que necesariamente cause su inmediata destrucción. Siguiendo esta tesis sobre lo que debe entenderse por “consumible”, es posible concluir que el usufructo de dinero en nuestro Código no es en sentido estricto, un cuasiusufructo. En efecto, el usufructo de dinero en el Perú, aun cuando se refiera a un bien eminentemente consumible, no llega a ser un cuasiusufructo, en la medida en que no se permite que el uso

conlleve la extinción del bien, con la obligación de restitución; de ahí que el carácter consumible del bien como presupuesto de cuasiusufructo no dependa solamente de su naturaleza física, sino de que el ordenamiento permita su consumo efectivo por el usufructuario.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que el usufructo sobre dinero peruano, tal y como ha sido regulado, lejos de constituir un cuasiusufructo, es un usufructo perfecto, habida cuenta que el objeto del usufructo (dinero), no obstante ser un bien consumible por naturaleza, no puede ser usado por el usufructuario, dado que la norma bajo comentario lo prohíbe.

■ CUERPO HUMANO

El cuerpo humano es la estructura física y material del ser humano. El cuerpo humano de un adulto tiene 206 huesos, mientras que el de un recién nacido está formado por cerca de 300, ya que algunos huesos, sobre todo los de la cabeza, se van fusionando durante la etapa de crecimiento.

El cuerpo humano está organizado en diferentes niveles jerarquizados. Así, está compuesto de aparatos; estos los integran sistemas, que a su vez están compuestos por órganos conformados por tejidos, que están formados por células compuestas por moléculas.

Asimismo, posee más de cincuenta billones de células, estas se agrupan en tejidos, los cuales se organizan en órganos, y estos en ocho aparatos o sistemas: locomotor (muscular y óseo), respiratorio, digestivo, excretor, circulatorio, endocrino, nervioso y reproductor.

Sus elementos constitutivos son el Hidrógeno (H), Oxígeno (O), Carbono (C) y Nitrógeno (N), presentándose otros muchos elementos en proporciones más bajas. Estos átomos se unen entre sí para formar moléculas, ya sean inorgánicas como el agua (el constituyente más abundante de nuestro organismo, 60%) u orgánicas como los glúcidos, lípidos, proteínas, que convierten al ser humano en una extraordinaria máquina compleja, analizable desde cualquier nivel: bioquímico, citológico, histológico, anatómico, etc.

En cuanto a su relevancia jurídica, el cuerpo humano, al ser la base física o material de la persona humana, es materia de protección por parte del derecho, y asume una particular relevancia en lo que respecta a los actos de disposición que sobre el mismo la persona podría realizar.

En este sentido, el artículo 6 del Código Civil establece de forma categórica que “los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas

costumbres. Sin embargo, esta regla admite excepciones cuando la realización de tales actos responden a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están insorados por motivos humanitarios. Es decir, solo en estos casos los actos de disposición sobre el cuerpo humano, no obstante que ocasionan una disminución permanente de la integridad física, son válidos. Una consecuencia implícita de esta norma es que está proscrita la venta de todo tipo de parte integrante del cuerpo humano”.

Habiendo establecido el Código Civil la posibilidad de disponer del propio cuerpo en determinadas circunstancias y bajo estrictos parámetros, de lo que se encarga el artículo 7 del Código Civil es de establecer pautas o lineamientos en cuanto a la forma en que estos actos de disposición deben ser realizados. Así, el referido artículo señala que la donación de partes del cuerpo o de órganos o tejidos que no se regeneren no debe perjudicar gravemente la salud o reducir sensiblemente el tiempo de vida del donante. En todo caso, tal disposición está sujeta a consentimiento expreso y escrito del donante, conservando este el derecho de revocar tal consentimiento en el momento que él decida, pero siempre que aún no se hubiese realizado el trasplante.

■ CULPA

Culpa es el término jurídico que, al igual que la negligencia, supone la

“voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho”.

A esta teoría se le han formulado diversas críticas, lo que no implica que no se reconozca que el concepto de previsibilidad desempeña un papel de importancia en la culpa, sino tan solo que ese elemento no puede considerarse como suficiente para servirle de fundamento, dado que en otras razones, aun siendo previsible el resultado, puede no darse la culpa, si el sujeto ha actuado con la debida diligencia y prudencia. Por ello, comúnmente se sostiene que la culpa en realidad debe ser entendida como una ruptura o contravención a un estándar de conducta.

En todo ámbito jurídico la culpa se define por una omisión de la conducta debida para prever y evitar el daño. Se manifiesta por la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos o deberes. Sin embargo, en la apreciación de la culpa a los fines del resarcimiento del daño, en un caso, y de la represión del delito, en el otro, existen pautas diversas: en el primer caso, la culpa se aprecia como un criterio muy afinado para no dejar a la víctima sin reparación; en el segundo, existe mayor rigor para valorar las circunstancias constitutivas de la culpa con el propósito de no condenar a un inocente. De allí que la más leve culpa impone responsabilidad civil al autor de un daño y, por consiguiente, una absolución penal por

falta de culpa no hace cosa juzgada en lo civil. Corolario del mismo principio es que puede fundarse la responsabilidad civil en una simple culpa en la vigilancia y que aun esta se presume, lo que no se admite, en principio, en materia penal.

La culpa tiene muchas formas de manifestarse. Así:

Imprudencia.- Punible e inexcusable negligencia con olvido de las precauciones que la prudencia vulgar aconseja, la cual conduce a ejecutar actos que se realizan sin la diligencia debida y que son previsibles desde un punto de vista objetivo, siendo considerados como delito.

Impericia.- Falta de pericia, sabiduría, práctica, experiencia y habilidad en una ciencia o arte.

Inobservancia.- Consiste que al desempeñar ciertas actividades o cargos, el sujeto omita cumplir los deberes impuestos por los reglamentos u ordenanzas.

De igual forma, se debe distinguir entre:

Culpa objetiva.- Es la culpa por la violación de leyes. También se le conoce como culpa *in abstracto*. Apreciar esta culpa es preguntarse lo que habría hecho otra persona en las mismas circunstancias, proceder por comparación con la conducta de un tipo abstracto.

Culpa subjetiva.- Es aquella que se basa en las características personales

del agente. En este tipo de culpa se tiende a atribuir relieve a las cualidades físicas del agente; así por ejemplo, el comportamiento del portador de *handicap* será evaluado con referencia al exigible por una persona razonablemente prudente que sufra la misma disminución.

Culpa grave.- es el no uso de la diligencia que es propia de la absoluta mayoría de los hombres; es decir, quien ha tenido una conducta tal no ha hecho lo que todos los hombres hacen comúnmente.

Culpa leve.- es el no uso de la diligencia propia de las personas de capacidad media.

Culpa levísima.- es cuando no se usa la diligencia propia de las personas excepcionalmente prudentes y cautas.

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES

Consiste en la exacta ejecución de la prestación convenida cualquiera fuera su naturaleza de la misma por parte del deudor (entrega de una suma de dinero, entrega de una cosa genérica o específica, realización de un servicio, ejecución de una gestión u omisión de un comportamiento cuando la prestación debida es la de no hacer) destinada a satisfacer el interés del acreedor. Se admite pacíficamente que con el término “cumplimiento” (que se equipara, sustancialmente, al término “pago”, solo que este se refiere, con más propiedad, al

cumplimiento de obligaciones pecuniarias, aunque es utilizado por el legislador fuera de dicho ámbito), se indica la forma como se realiza el contenido de la obligación.

El cumplimiento no es la realización de un simple comportamiento, sino una conducta alineada con los términos que se pactaron: lo que se convino (objeto), la totalidad de lo que se convino (integridad) y el tiempo en el que deberá ejecutarse lo que se convino (oportunidad). El cumplimiento del deudor es un acto material, no es un negocio jurídico, puesto que se trata de una prestación debida poco importa la voluntad del deudor (no importa si quiere pagar o no, solo la intención de pagar), tampoco importa la voluntad del acreedor si él obtiene materialmente lo que correspondía.

Requisitos generales para la validez del cumplimiento

- La preexistencia de una obligación. Solo si la obligación es previa puede entenderse el cumplimiento.
- La intención de pagarlo. Es el *animus solvendi* lo que lo diferencia de otros actos. V. gr.: El deudor puede hacer una donación a su propio acreedor lo que constituye un *animus donandi*.
- El cumplimiento de la prestación debida. Es el cumplimiento de lo que se debe. La regla es que el acreedor no puede ser obligado a recibir un bien distinto del que

ha sido materia de la celebración. Igualmente, el acreedor no puede ser obligado a recibir el cumplimiento por partes; no obstante si el acreedor acepta, el cumplimiento puede tener eficacia.

- La existencia del acreedor y del deudor. Sin deudor no hay deuda ni cumplimiento, y sin acreedor no hay crédito que pagar.

Requisitos especiales para la validez del cumplimiento

La capacidad plena en el deudor. Es indispensable para lograr la transferencia de disposición o de enajenación. Un incapaz privado de discernimiento no puede efectuar un negocio válido de enajenación.

Se exige la auténtica propiedad del deudor respecto del bien que transfiere.

Solo reuniendo ambos requisitos el deudor podrá realizar un cumplimiento inatacable e inimpugnable.

Persona a quien debe efectuarse el cumplimiento

El cumplimiento extingue la obligación cuando se efectúa ante el acreedor o ante el designado por el juez o la ley. Igualmente se considerará extinguida cuando se realice ante una persona no autorizada, pero que ha sido ratificada o el cumplimiento haya sido aprovechado por el acreedor. Sin embargo, no podría el acreedor pretender un cumplimiento adicional, porque constituiría un enriquecimiento indebido.

El cumplimiento también se puede realizar a quien está en la posesión del derecho.

El cumplimiento realizado a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales no extingue la obligación. Si se prueba que el cumplimiento fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada. Se protege al incapaz que no podría aprovechar útilmente aquello que se le pueda dar en cumplimiento.

La prueba del cumplimiento

La prueba del cumplimiento incumbe a quien pretende haberlo efectuado, lo que equivale a decir que corresponde al deudor la carga de la prueba. Si no se le otorga el recibo correspondiente, el deudor queda facultado para retener el cumplimiento, por cuanto el recibo constituye la declaración escrita del acreedor aceptando la satisfacción del cumplimiento.

■ CURADOR

El curador es la persona designada para ejercer la curatela de un (a) incapaz, (b) bienes o (c) respecto de un asunto determinado. En el primer caso, el curador protege al incapaz, provee en lo posible a su restablecimiento y, en caso necesario, a su colocación en un establecimiento adecuado; y lo representa o lo asiste, según el grado de la incapacidad, en sus negocios. En los otros casos, el curador es el encargo por velar de los bienes o de los especiales asuntos

para los que ha sido designado. En todos los casos, el curador deberá de realizar el encargo con la debida diligencia a efectos de no causar daños a la persona del sujeto a curatela o sobre sus bienes.

El curador es el representante legal de los incapaces, de los bienes o de los asuntos que se encuentran bajo su guarda en tal sentido, tiene el derecho de ejercer las pretensiones frente a terceros que sean las más idóneas para cumplir con su encargo, pudiendo demandar en juicio o a través de la vía respectiva a los terceros. Asimismo, al ser el representante legal deberá comparecer en juicio cuando terceros acreedores demanden al incapaz o cuando terceros quieran realizar actos sobre los bienes o asuntos que se encuentran bajo su guarda.

En el caso del curador del incapaz, los frutos de los bienes de este último, se emplearán principalmente en su sostenimiento y en procurar su restablecimiento. En caso sea necesario se emplearán también los capitales, con autorización judicial.

En lo que respecta al curador de bienes, se ha establecido que el mismo no puede ejecutar otros actos administrativos que los de custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas. Sin embargo, los actos que le son prohibidos serán válidos si, justificada su necesidad o utilidad, los autoriza el juez, previa audiencia del consejo de familia.

■ CURATELA

La curatela es una institución del derecho de familia destinada a brindar amparo familiar que se instituye para (a) la incapacidad de mayores de edad, (b) la administración de bienes o (c) asuntos determinados.

1. Curatela por incapacidad de mayores de edad: Tal como lo señala el artículo 566, en el caso de incapaces no se puede nombrar curador sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44, es decir, respecto de aquellos que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

Así, son sujetos de la curatela (1) los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento, (2) los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable, (3) los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad, (4) los retardados mentales, (5) los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, (6) los pródigos, (7) los que incurren en mala gestión, (8) los ebrios habituales, (9) los toxicómanos y (10) los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

2. Curatela de bienes: La curatela es de bienes, en los siguientes casos:

- a) Curatela interina sobre los bienes de una persona que se ausenta o ha desaparecido de su domicilio, ignorándose su paradero.
 - b) Curatela sobre los bienes que han de corresponder al que está por nacer, serán encargados a un curador si el padre muere estando la madre destituida de la patria potestad.
 - i. Curatela sobre bienes cuyo cuidado no incumbe a nadie, especialmente:
 - ii. Cuando los derechos sucesorios son inciertos.
 - iii. Cuando por cualquier causa, la asociación o el comité no puedan seguir funcionando, sin haberse previsto solución alguna en el estatuto respectivo.
 - iv. Cuando una persona sea incapaz de administrar por sí misma sus bienes o de escoger mandatario, sin que proceda el nombramiento de curador.
 - c) Curatela cuando el usufructuario no preste las garantías a que está obligado conforme al artículo 1007 del Código Civil.
- 3. Curatela especial:** El artículo 606 del Código Civil establece que se nombrará curador especial cuando:
- a) Los intereses de los hijos estén en oposición a los de sus padres que ejerzan la patria potestad.
 - b) Los hijos adquieran bienes cuya administración no corresponda a sus padres.
 - c) Los padres pierdan la administración de los bienes de sus hijos.
 - d) Los intereses de los sujetos a tutela o a curatela estén en oposición a los de sus tutores o curadores, o a los de otros menores o incapaces que con ellos se hallen bajo un tutor o curador común.
 - e) Los menores o incapaces tengan bienes lejos de su domicilio que no puedan ser convenientemente administrados por el tutor o curador.
 - f) Haya negocios que exijan conocimientos especiales que no tenga el tutor o curador, o una administración separada de la que desempeña aquel.
 - g) Los que estando bajo tutela o curatela adquieran bienes con la cláusula de no ser administrados por su tutor o curador general.
 - h) El representante legal esté impedido de ejercer sus funciones.
 - i) Una persona capaz no pueda intervenir en un asunto urgente ni designar apoderado.
- 4. Fin de la curatela:** Teniendo en cuenta los diversos tipos de curatela la misma cesa según lo siguiente:
- a) La curatela instituida conforme a los artículos 43, incisos 2 y 3, y 44, incisos 2 a 7, cesa por

declaración judicial que levanta la interdicción.

- b) La curatela del condenado a pena que lleva anexa la interdicción civil acaba al mismo tiempo que la privación de la libertad.
- c) La curatela de los bienes cesa por la extinción de estos o por haber desaparecido los motivos que la determinaron.
- d) La curatela de los bienes del desaparecido cesa cuando reaparece o cuando se le declara ausente o presuntamente muerto.
- e) La curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte.
- f) La curatela especial se acaba cuando concluyen los asuntos que la determinaron.
- g) La curatela se rige supletoriamente por las normas de la tutela, según lo dispone el artículo 568 del Código Civil.

CURATELA POR VOLUNTAD ANTICIPADA

La curatela es una institución del derecho de familia orientada a resguardar (a) la persona y bienes de un incapaz, (b) bienes determinados o (c) respecto de un asunto determinado. En el caso de la curatela del incapaz el artículo 568-A ha previsto la posibilidad que toda persona adulta mayor con capacidad plena de ejercicio de sus derechos

civiles puede nombrar a su curador, curadores o curadores sustitutos por escritura pública. Lo anterior es una posibilidad que el ordenamiento jurídico brinda al mayor de edad, a efectos de poder tener certeza del curador a designar en previsión de ser declarado interdicto en el futuro. La referida designación es vinculante para el juez.

A dichos efectos, el nombramiento, el cual es un acto jurídico familiar, deberá realizarse, debido a la importancia del acto, con la presencia de dos (2) testigos. Por otro lado, a fin de otorgar plenos efectos frente a terceros, dicho acto debe inscribirse en el Registro Personal de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (Sunarp). En tal sentido, en caso haberse iniciado un proceso de interdicción, el juez a cargo del proceso deberá recabar la constancia registral de la inscripción del nombramiento anticipado, a efectos de verificar la existencia del nombramiento.

Adicionalmente a lo anterior, se ha previsto expresamente que la facultad de la designación anticipada implica también la posibilidad de establecer qué personas no deben ser designadas como curadoras, se entiende esto en caso no se hubiera nombrado curador anticipado o por algún motivo ninguno de los nombrados o sus sustitutos haya podido asumir el cargo. Por otro lado, también será posible establecer el alcance de las facultades que gozará quien sea nombrado como curador.

D

■ DACIÓN EN PAGO

La dación en pago es una de las formas de extinguir la obligación a través de una prestación diferente a la cual se tenía prefijada por el acto jurídico, de esta forma el acreedor queda pagado con la recepción de aquella prestación.

El efecto principal de la dación en pago es que pone fin a la relación obligatoria, extinguiéndose esta como si se hubiese cumplido con la prestación original. De esta manera, puede decirse que se extingue la obligación mediante el cumplimiento de una prestación distinta de la que era el objeto de la obligación.

Para la configuración de la dación en pago, debe existir un acuerdo de voluntades entre el acreedor y deudor para que la obligación sea satisfecha de manera diferente, no pudiendo el deudor imponer la dación al acreedor, ya que este no está obligado a recibir una prestación por otra.

■ DAÑO A LA PERSONA

El daño a la persona puede ser entendido como el daño a los derechos de la personalidad, entendiendo estos como aquellos inherentes al ser humano tales como la vida, la salud, la libertad y otros de naturaleza similar. En tal caso, ante la lesión de los derechos de la personalidad uno de los mecanismos de tutela con los que cuenta el sujeto dañado es la responsabilidad civil, sin perjuicio de que este pueda acudir a otras vías como la penal o la constitucional.

Mayoritariamente se considera que el daño a la persona se define por su pertenencia a los daños de tipo extra-patrimonial debido a que los bienes que lesionan no son patrimoniales. Asimismo, se lo considera, junto con el daño moral, como un daño evento, en razón del bien jurídico tutelado y dañado.

Sin bien la resarcibilidad del daño a la persona solo está consagrada en el artículo 1985 del Código Civil referida a la responsabilidad

extracontractual, parte de la doctrina considera que el mismo también es resarcible en los casos de daño causado por la inejecución de las obligaciones a pesar de que el mismo no haya sido consagrado de manera expresa en dichos casos.

En los casos de determinación del monto de responsabilidad, dependiendo del derecho el resarcimiento podrá consistir en una suma de dinero o en otros actos que puedan tutelar el derecho en cuestión como medidas inhibitorias u órdenes de rectificación, por ejemplo en el caso de dichos que hubieran afectado el honor de la persona. En el caso de la entrega de la suma del dinero se deberá acreditar el perjuicio sufrido, ya sea por los gastos de curación o los tratamientos a los que se deberá someter el dañado.

■ DAÑO EMERGENTE

En la responsabilidad civil, el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial. El primero consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada, entendida como un daño que puede ser valorado objetivamente por el juez con referencia a parámetros económicos, y se subdivide en “daño emergente” y “lucro cesante”. El daño emergente es “la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito”; el lucro cesante “se manifiesta por el

no incremento en el patrimonio del dañado” (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito).

Partiendo de un punto histórico, una antigua tradición escolástica que ha llegado hasta nosotros estableció, para medir el alcance del daño patrimonial resarcible los conceptos de *damnum emergens* y *lucrum cessans*: En el daño emergente se comprende todas las pérdidas efectivamente sufridas que deben medirse en el valor común del mercado del bien sobre el que recaigan y las disminuciones de valor económico que por vía refleja se puedan producir (p. ej., la destrucción de un elemento de una colección repercute en la colección entera).

En nuestro sistema de responsabilidad civil, rige la regla según la cual el daño, definido como el menoscabo que sufre un sujeto dentro de su esfera jurídica patrimonial o extrapatrimonial, debe ser reparado o indemnizado, teniendo como daños patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante; y como daños extrapatrimoniales, el daño moral y el daño a la persona”.

En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (arts. 1321 y 1322). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (artículo 1985).

Si nos encontramos ante un daño emergente (lo que egresa del patrimonio por efectos del daño), se

deberá demostrar que el bien se encontraba en el patrimonio del sujeto antes del evento dañoso y que, como consecuencia de este, ha salido de la esfera patrimonial de la víctima, por lo que se requerirá de testigos o de algún otro medio que acredite la existencia del bien como parte del patrimonio (como bien corpóreo o como derecho), por ejemplo, “si en mi patrimonio tenía un automóvil, el cual entregué en alquiler a Juan hace un mes, el que (al haber concluido el plazo del contrato de arrendamiento, según el artículo 1699 del Código Civil) debió ser restituido y no lo hizo porque perdió el auto en un accidente automovilístico causado por su negligencia, entonces podré demostrar que el bien formaba parte de mi patrimonio mediante la exhibición del documento contractual y con la copia de la tarjeta de propiedad del auto; mientras que demostraré que el auto ya no se encuentra en mi propiedad mediante una inspección judicial o por medio de la copia del atestado policial que describa el accidente y sus consecuencias”.

El daño emergente incluye la pérdida de la posibilidad de obtener una utilidad futura (chance). En efecto, como se ha indicado, el daño se divide, para efectos de su resarcimiento, en “daño emergente” y “lucro cesante”. Los estudiosos se han preguntado, entonces, en cuál de estos compartimientos debe ser incluida la pérdida de chance. El parecer unánime en nuestros días inserta la figura en el “daño emergente”, porque la

oportunidad o posibilidad de conseguir un resultado favorable tiene un valor económico y forma parte actual del patrimonio del damnificado.

En los casos de daños corporales, ha considerado como daño emergente a los gastos de curación y tratamiento, incluyendo los que se requieran en el futuro, como es el caso de la renovación de aparatos de prótesis a que antes hemos hecho referencia. En los casos de daños a propiedades, ha considerado como daño emergente la reparación de los desperfectos; por ejemplo, el levantamiento de una pared medianera que se derrumbó debido a que el vecino procedió a demoler su propiedad en épocas de lluvias y sin tomar las debidas precauciones. Así también, los gastos de reparación del vehículo chocado.

■ DAÑO MORAL

El daño moral ha sido regulado como un tipo de daño resarcible en aquellos casos en los que nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad contractual, artículo 1322 del Código Civil, o responsabilidad extracontractual, artículo 1984 del Código Civil. Así lo señaló la Cas. N° 950-95 al referir que “[e]l daño moral es resarcible y cuantificable económicamente, ya sea que se derive de la responsabilidad contractual o extracontractual, opción que ha sido asumida por el legislador del Código Civil de 1984”. En el caso de la responsabilidad extracontractual

se establece en el artículo antes referido que además del lucro cesante y el daño emergente, el “daño moral, cuando se hubiere irrogado, también es susceptible de resarcimiento”. Por su parte, el artículo 1984 establece que “[e]l daño moral es indemnizando considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia”. En dicho sentido se establece expresamente que a pesar de no haber sido directamente dañado, es posible, en condición de familiar, que se produzca daño moral. Asimismo, se ha interpretado que no es necesaria que exista una relación familiar en estricto, sino que también podrían alegarse otro tipo de relaciones afectivas tales como la convivencia o el noviazgo a efectos de poder alegar el daño moral que se pudiera producir por un evento dañoso.

El daño moral puede ser entendido de dos formas:

- a) Una forma a la que podríamos llamar restrictiva y lo asimila con aquella situación de sufrimiento o pena que sufre el sujeto debido a la realización de un evento dañoso. Es esta la consideración más extendida sobre el daño moral. En este caso, se lo considera, junto con el daño a la persona, como un daño evento, en razón del bien jurídico tutelado y dañado.
- b) En su segunda acepción, el daño moral puede ser entendido como

daño no material o extrapatrimonial, para algunos, en el sentido que el mismo no solo está referido a la sensación de sufrimiento, sino también a la afectación a aquellos derechos llamados derechos de la personalidad. En tal caso, el daño moral incluiría al daño a la persona.

Atendiendo a lo antes señalado, por ejemplo, la Cas. N° 949-95-Arequipa señaló que “[s]i bien no existe un concepto unívoco de daño moral, es menester considerar que este es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual”. Tal como se señaló, la doctrina no es pacífica en cuanto a establecer cuál es el concepto de daño moral. Ahora bien, a nivel legislativo, las cosas tampoco están claras debido a que en la responsabilidad contractual se señala de manera expresa al daño moral como daño resarcible no pasando lo mismo con el daño a la persona, el cual si aparece en la responsabilidad extracontractual.

Atendiendo al carácter no objetivo del daño moral, sobre todo entendido como situación de sufrimiento, el juzgador deberá realizar una ponderación equitativa, salvo que pueda demostrarse fehacientemente (por ejemplo, determinando el costo de

un tratamiento psicológico a efectos de mitigar los daños sufridos) la cuantía de los daños al momento de otorgar el resarcimiento.

DAÑO ULTERIOR

El daño ulterior tiene importancia en aquellas situaciones en las que, debido a la voluntad de la ley o de las partes, el resarcimiento de los daños producidos por el incumplimiento de alguna obligación hubiera venido fijado de antemano y para su cobro se hubiera establecido la no necesidad de prueba alguna, representando el daño ulterior, el mayor daño producido al previamente establecido. Así tenemos las siguientes situaciones:

a) Inejecución de obligaciones dinerarias: El artículo 1324 del Código Civil establece que “las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú, desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno”. Además establece, a efectos de fijar un elemento disuasorio para el deudor que, si antes de la mora se debían intereses mayores, ellos continuarán devengándose después del día de la mora, con la calidad de intereses moratorios. Tal como está establecido en este caso de inejecución, el resarcimiento por la inejecución

será el valor de los días en mora y a efectos de su pago no será necesario acreditar daño alguno. No obstante lo anterior, siempre que se hubiera pactado, el acreedor podrá solicitar los daños adicionales a la suma resarcitoria generada siempre que pueda demostrar, como en cualquier caso de responsabilidad civil, que hubiera sufrido un daño superior al efectivamente resarcido. A este daño no resarcido se le denomina, en este caso, el daño ulterior.

b) Obligaciones con cláusula penal: El artículo 1341 establece que “el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior”. Una de las principales consecuencias que se derivan de la fijación de la cláusula penal es que no es necesario que se realice la prueba efectiva de la producción del daño bastando el incumplimiento para poder reclamar la misma. Sin embargo, existen supuestos en los que el daño efectivamente producido es superior al pactado con lo que, siempre que se hubiera pactado, el acreedor puede proceder a solicitar el mismo. En este caso, se deberán acreditar dichos daños mayores. Finalmente, el deudor

deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero esta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

■ DAÑOS Y PERJUICIOS

El daño, llamado en algunas veces de manera coloquial “daños y perjuicios”, es una condición desfavorable para un sujeto de derecho que merece ser resarcida, siempre que el evento que la ha producido afecte una posición protegida por el ordenamiento, y cuando sea imputable a otro sujeto, según un juicio reglamentado por la ley; todo lo cual conforma el fenómeno de la responsabilidad civil. Jurídicamente, se ha postulado que consiste en la “lesión de una situación jurídicamente tutelada”. Esta última definición es la corriente en el derecho francés, y aparece recogida, igualmente, en los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil.

La dificultad que presenta la construcción de un concepto jurídico de daño, que resulte mínimamente satisfactorio, es que debe situarse en un ámbito genérico que pueda dar respuesta a una serie de problemas que, sin embargo, el daño no puede ser entendido solo como la lesión de un interés protegido, por cuanto el daño incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos

vinculados entre sí, pero autónomos conceptualmente, en cuanto al contenido y a la naturaleza.

Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un daño-evento (lesión del interés tutelado) y de un daño consecuencia (daño emergente, lucro cesante y daño moral). Estas dos acepciones de daño pueden, como no, coincidir. La doctrina hace notar que los daños no se ven, y que respecto de ellos no son coincidentes el plano de la realidad con el plano jurídico. Lo que sí puede constatarse, con mayor o menor facilidad, son las consecuencias de un evento (“evento dañoso”).

Bajo la tradición del sistema romano germánico existen dos sistemas de clasificación de los daños: El sistema francés que se funda en la susceptibilidad o no de efectuar una valorización económica directa del daño. O sea, que la clasificación está pensada en función de la cuantificación. Por otro lado, el sistema alemán, que parte de la naturaleza del bien jurídico afectado.

En el Perú no se ha seguido la clasificación alemana (daño “patrimonial” y daño “no patrimonial”), sino la francesa (daño “material” y daño “moral”). Los alemanes distinguen el daño “patrimonial” del daño “no patrimonial”, no solamente en el ámbito del derecho civil, sino también en

el del derecho penal. En Alemania, el daño no patrimonial se “compensa” (no se “resarce”) solo cuando la ley lo dispone.

Los daños materiales son los daños susceptibles de valorización económica directa. “Daño emergente” es la pérdida económica (p. ej. la resultante de calcular el valor de reposición de un bien). El daño emergente incluye la pérdida de la posibilidad de obtener una utilidad futura (chance). “Lucro cesante” es la ganancia frustrada, o sea, la pérdida de una utilidad futura, pero cierta.

“Daño moral” es aquel no susceptible de valorización económica directa (es forzoso recurrir a la equidad). En tal sentido, se trata de un daño exactamente contrario al material, cuya valorización económica sí es directa (la equidad cumple un papel del todo extraordinario). La suma en dinero concedida a título de “daño moral” recibe el nombre de *pretium doloris* o “reparación”, atendiendo a que no es, estrictamente, “resarcitoria”.

Para que un daño sea indemnizable, además de concurrir necesariamente un título de imputación subjetiva de la responsabilidad por apreciación de culpa o, en virtud de una norma jurídica, por el riesgo creado, es preciso que en el daño mismo concurren algunas condiciones o algunos requisitos. De esta suerte, trata el ordenamiento de limitar, por una parte, las consecuencias ulteriores de las acciones humanas y, por otra,

el derecho al resarcimiento del perjudicado cuando pueden encontrarse serias razones para ello.

DEFECTO O DEFICIENCIA DE LA LEY

Numerosos hechos de la vida social no han podido ser previstos por el derecho y, por lo tanto, no existe para ellos una norma expresa. A este fenómeno, que consiste en ausencia de regulación específica, se le denomina laguna. Sin embargo, hay hechos que cuentan con una regulación legislativa, pero esta es imperfecta. Estos dos escenarios dentro de un sistema jurídico podrían ser sintetizados del siguiente modo:

- i. Defecto normativo; esto es, cuando hay insuficiencia de normas existentes para regular el fenómeno factual;
- ii. El vacío o inexistencia de normativa; es decir, cuando no existe norma alguna para regular la realidad concreta.

Estas contingencias en el sistema jurídico –vacío y deficiencia– son consecuencia de que la ley no puede comprender en su formulación todos los innumerables casos posibles que la realidad presenta. El paso del tiempo, el cambio de las circunstancias, el avance de la tecnología, hacen que la ley revele tarde o temprano sus imperfecciones. En otras ocasiones los vacíos son debidos a la

incompetencia del legislador, tal es el caso cuando la ley es elaborada de manera incompleta, de tal forma que esta no responde a la realidad que pretende regular, y por lo tanto no cumple su objetivo.

Se presenta supuesto de defecto o deficiencia de la ley en dos casos concretos:

1. Cuando la ley solo da al juez una orientación general, señalándole expresa o tácitamente hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares (entonces la ley remite al juez a la buena fe o a los usos del tráfico o deja a su apreciación si existe un mal uso). Este caso es el que la doctrina llama un vacío *intra legem*, que consiste en la falta de regulación querida por la misma ley. Se presenta cuando la ley se limita a dar directivas de carácter general y deja al juez la tarea de completarlas al aplicar la norma al caso específico.
2. Cuando la ley es incompleta. Se refiere al caso en que la ley regula una materia pero sin tener en cuenta algunas de sus posibilidades.

Finalmente, debe tenerse en consideración que si bien el Derecho tiene una enorme vocación normativa, existen aspectos de la vida que no necesariamente tienen que ser regulados por él; es decir, actividades que no siendo ilegales se encuentran al margen del Derecho, y que son normadas por otro tipo de reglas

(ya sean sociales, éticas, religiosas, etc.). Tal ausencia de normativa legal no autoriza a hablar de defectos o deficiencias en la ley. Por el contrario, se trata del llamado “espacio jurídico vacío”, esto es, aquella zona donde la libre actividad humana no es alcanzada por el Derecho.

DEFENSA DE LA POSESIÓN

Los efectos de la posesión pueden contemplarse desde dos puntos de vista; en primer término, los que son generales a toda relación posesoria, es decir, que producen cualquier poder de hecho sobre las cosas sin tener en cuenta la licitud o ilicitud, o su naturaleza jurídica; en segundo lugar, los especiales a ciertos grupos de relaciones posesorias. Así, la posesión de buena fe, además de los generales, produce otros especiales que no engendra la de mala fe; la posesión de inmuebles no produce los mismos efectos que la de muebles, ni la posesión en nombre ajeno los de la posesión de propietario”.

Uno de los efectos de la posesión, aplicables para todo tipo de posesión (sea que esta se ampare o no en un derecho) es su defensa. Así, toda posesión, cualquiera que sea su clase, es protegida jurídicamente contra los ataques o lesiones provenientes de las demás personas.

La posesión es un derecho real provisional y como tal es protegida en

forma análoga o como son protegidos los derechos. Característica especial de cualquier derecho es el de poderse hacer valer frente a los demás, es decir, imponerse ante los ataques ilícitos que lo lesionen o desconozcan. Desde este punto de vista, existen medidas tutelares cuyo fin es el evitar que un derecho o la posesión sean desconocidos o violados por una conducta ilícita ajena; si estas medidas no son suficientes y la violación o perturbación alcanza a perpetrarse, existen, entonces, otras medidas protectoras dirigidas a hacer cesar la violación y a imponer el restablecimiento del derecho o de la posesión a su estado anterior.

La defensa posesoria, dependiendo de la forma en que se ejercita, puede ser judicial o extrajudicial. La primera constituye la posibilidad de defenderse por sí mismo de un ataque a la posesión, enmarcada esta defensa en los límites legalmente requeribles para su viabilidad. Este tipo por mano propia, lejos de contradecir la interdicción de las vías privadas y la prohibición de perturbar cualquier clase de posesión, entronca con un concepto más amplio, denominado legítima defensa de la persona y de sus derechos, ínsito en todo el ordenamiento jurídico y que aquí recibe un aplicación específica.

No obstante, este tipo de defensa posesoria requiere cumplir con ciertos requisitos:

- a) Que en el caso de que los auxilios de la justicia lleguen demasiado tarde. Aquí la palabra “justicia” debe ser interpretada como sinónimo de autoridad pública competente para prevenir y reprimir tales hechos.
- b) No debe mediar intervalo de tiempo entre el ataque y la defensa. Es el requisito de la inmediatez. Es decir, debe existir unidad de tiempo y de acción entre el ataque y la defensa; si el poseedor deja transcurrir algún tiempo, por breve que sea, sin ejercer su derecho de repeler la fuerza con la fuerza, más tarde ya no podrá ejercerlo y solo le quedará el recurso de las acciones posesorias. Existe coincidencia también en que el requisito de la inmediatez excluye los casos de desposesión clandestina, aplicándose exclusivamente esta defensa privada a los supuestos de ataques violentos.
- c) No se debe exceder los límites de la propia defensa. Debe haber proporcionalidad entre los medios empleados para el ataque y los empleados para la defensa. Es una cuestión de hecho que quedará reservada al arbitrio prudente del juez.

Por su parte, la defensa posesoria judicial aplica en todos los casos en que el poseedor no haya podido mantenerse en la posesión o no pueda recobrarla en forma inmediata

mediante sus propias fuerzas, para lo cual puede recurrir a los jueces para que estos lo mantengan en ella u ordenen la devolución de la cosa de que fue despojado. Tal es el sentido más amplio de las tradicionales acciones posesorias de conservación o mantenimiento y de recuperación.

Sobre este tipo de posesión, el Código es demasiado parco. Así el artículo 921, único artículo que regula todo el universo sustantivo de la tutela posesoria judicial, establece que: “Todo poseedor de muebles inscritos y de inmuebles puede utilizar las acciones posesorias y los interdictos. Si su posesión es de más de un año puede rechazar los interdictos que se promuevan contra él”.

Es notorio que esta norma, en forma muy escueta, establece dos alternativas para la tutela jurisdiccional de la posesión: las acciones posesorias y los interdictos.

El Código Procesal Civil regula los interdictos, clasificándolos en dos: interdictos de recobrar e interdictos de retener. El interdicto de recobrar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 603 del Código Procesal Civil, es aquel que procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo. Por su parte, el interdicto de retener, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 606 del Código Procesal Civil, procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión. Dicha perturbación

puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obra o la existencia de construcciones en estado ruinoso. La pretensión materia de este interdicto es que cesen los actos perturbadores.

Existe una distinción conceptual, jurídica y procesal entre acción posesoria e interdictos, no solo por la redacción del artículo 921 acotado —que las distingue con la conjunción y—, sino que los interdictos exigen solamente la posesión actual y material, “la posesión como hecho y no la posesión como derecho; esto es, no se busca encontrar un derecho o causa por el cual se haya ejercido la posesión sino tan solo determinar fácticamente que se estuvo poseyendo el bien”, en tanto que las acciones posesorias debaten el derecho a la posesión. No se “requiere aquí poseer fácticamente; puede no tener la posesión efectiva, pero precisamente el mejor derecho a poseer es su objeto. De ahí que para poder plantear la acción se requiere título, es decir, ser poseedor legítimo. Y esa es justamente la diferencia sustancial con el legitimado activo del interdicto, que puede ser inclusive un poseedor ilegítimo, vicioso”.

Siendo la diferencia de tipo sustancial, es de verse que las sentencias en ambos procesos van a diferir también en cuanto al fondo. Mientras que el interdicto concluye con una resolución provisional —esta sentencia puede ser demandada en un proceso de conocimiento— la acción

posesoria culmina con una resolución con carácter de cosa juzgada en materia de posesión, lo que es coherente con el tipo de proceso, por cuanto los interdictos, al ser ventilados en proceso sumarísimo, solo admiten medios probatorios referidos exclusivamente a probar la posesión y el acto perturbatorio, no teniendo en cuenta la calidad del título posesorio, en tanto que las acciones posesorias exigen ausencia de vicios, pues el título posesorio que se tenga va a probar el mejor derecho a la posesión.

■ DELEGACIÓN

La palabra delegación implica encomendar el realizar determinada conducta a un sujeto diferente al sujeto originario, ya sea que este haya sido designado a su vez o tuviera, de manera originaria, determinada condición. Así, encontramos en el Código Civil dos usos principales de dicho vocablo:

a) Delegación de facultades: El término delegación se utiliza usualmente en aquellos casos en los que un sujeto investido de determinado poder, ya sea otorgado por negocio jurídico o instaurado por la ley, confiere a otro sujeto determinadas facultades para que el mismo pueda realizar los actos para los que el primero tenía facultades. Por ejemplo, el artículo 260 del Código Civil, en

su primer párrafo establece que “[e]l alcalde puede delegar, por escrito, la facultad de celebrar el matrimonio a otros regidores, a los funcionarios municipales, directores o jefes de hospitales o establecimientos análogos”.

La delegación también es usada en otorgamiento de poderes a través de negocio jurídico o en los casos de representación de las personas jurídicas en la que los representantes pueden delegar las facultades a las que estuvieran autorizados a delegar.

b) Novación por delegación: La novación es un mecanismo de extinción de las obligaciones. Es subjetiva cuando se produce el cambio del deudor o del acreedor en la relación obligatoria. A su vez, puede ser subjetiva por delegación cuando el deudor originario delega en otro sujeto el cumplimiento de la obligación. En este caso, debido a la importancia del cambio de deudor, teniendo en cuenta las nuevas condiciones crediticias del segundo, se necesita contar con la aprobación del acreedor. El artículo 1283 establece de manera expresa que en la novación por delegación “la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso de que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda”.

■ DEPÓSITO

Por el contrato de depósito, una parte (el depositario) se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando se lo solicite la otra parte (el depositante). El depositario se obliga a conservar el bien con una diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las persona, del tiempo y del lugar. El contrato puede ser oneroso o gratuito.

Clases:

- 1. Depósito voluntario.-** Por este contrato el depositario voluntariamente se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante. Cabe señalar que el depositario está impedido de usar el bien dado, salvo autorización expresa del depositante o del juez, es consensual y se presume gratuito, salvo prueba en contrario.
- 2. Depósito necesario.-** En este caso, el depósito se realiza en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación imprevistos. El depósito necesario es obligatorio aun contra la voluntad del depositario, ya que no se trata de un contrato sino de una obligación a cumplirse. Ejemplo, cuando surge algún accidente del que deriva la urgencia de poner una cosa bajo la custodia de alguien,

como en el caso de un incendio, de un naufragio o de otro acontecimiento no previsto.

- 3. Depósitos especiales.-** El artículo 1853 del Código Civil dispone que los depósitos realizados en los bancos, cooperativas, almacenes generales de depósitos y otras instituciones análogas se rigen por las leyes especiales que los regulan.
- 4. Depósito administrativo:** Cuando la ley lo ordena como requisito para el otorgamiento de una concesión, permiso o autorización administrativa.
- 5. Depósito judicial.** Cuando se constituye en cumplimiento de una resolución del juez, para garantizar el pago de daños y perjuicios o cualquier otra obligación. Este depósito, en el Código Procesal Civil, se denomina secuestro.

Medio procesal que guarda relación con el depósito.- El medio procesal que guarda relación con el depósito es una medida cautelar para futura ejecución forzada, un embargo en forma de depósito. Esta medida cautelar consiste en la afectación de los bienes muebles del ejecutado en un proceso para una futura ejecución forzada, con la peculiaridad que se nombra depositario al mismo ejecutado, es decir, él se hace responsable de velar por la conservación de los bienes que probablemente pasen a favor del ejecutante.

Sujetos:

El depositante.- Es el que entrega la cosa. Puede ser el propietario o simplemente el poseedor.

El depositario.- Es el que recibe la cosa y tiene la obligación de custodiarla.

Obligaciones del depositante:

- Entregar el bien objeto del contrato.
- Pagar al depositario los gastos extraordinarios irrogados por la custodia.
- Reembolsar al depositario todos los gastos que haya efectuado en la conservación del bien, así como pagarle la indemnización correspondiente.

Obligaciones del depositario:

- Cuidar el bien depositado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación.
- No hacer uso de la cosa depositada, bajo responsabilidad, salvo que haya consentimiento expreso del depositante o del juez.
- No registrar las cosas que se han depositado en arca, cofre, fardo, paquete cerrado o sellado.
- El depositario de títulos valores o documentos que devenguen intereses está obligado a realizar su cobro en las épocas de sus vencimientos, así como a practicar los negocios que sean necesarios

para que dichos documentos conserven el valor los derechos que les corresponda.

- Devolver el bien depositado cuando lo pida el depositante, con sus productos, frutos e intereses, salvo que el contrato haya sido celebrado en beneficio del depositario o de un tercero.

■ DERECHO DE ACRECER

Derecho de acrecimiento, o Derecho de acrecencia, consiste en la oportunidad que tienen los sucesores de acrecentar su participación de la masa hereditaria en el supuesto de que uno de ellos renuncie o no esté en condiciones de recibir la suya.

El derecho de acrecer se caracteriza por el aumento patrimonial de las cuotas de los sucesores con base en el beneficio percibido de la división de la cuota no recibida por el renunciante o el imposibilitado, siempre y cuando no haya habido delimitación de partes o estas se hayan dado en partes iguales.

Este derecho se configura siempre y cuando no medie una representación sucesoria; ya que en este caso los representantes reciben la herencia que corresponde a los representados.

Así, por ejemplo, cuando un heredero renuncia a la herencia o es indigno de sucederle o es desheredado o no existe representación sucesoria, dicha cuota es repartida entre los

demás coherederos, salvo que el causante haya indicado disposición diferente.

El derecho de acrecer no solo se configura para el caso de los herederos, sino también de los legatarios, siempre y cuando un mismo bien haya sido legado a varias personas sin determinación de partes y una de ellas no quiera o no pueda recibir lo que le corresponde, pues de no mediar la pluralidad de legatarios sobre un mismo bien, sino la singularidad del sujeto, y ante la imposibilidad de este de recibir el legado, el bien se reincorporará a la masa hereditaria.

■ DERECHO DE FAMILIA

Por Derecho de Familia se entiende el conjunto de normas jurídicas que regulan la familia, entendida esta como institución natural y social, en todos sus aspectos de Derecho Privado.

El Derecho de Familia regula fundamentalmente tres aspectos:

- a) El matrimonio, a su vez, comprende las normas jurídicas relativas tanto a su celebración, como a sus efectos personales y económicos, incluidos los regímenes económicos matrimoniales, y las distintas situaciones de crisis como son la nulidad, la separación y el matrimonio.
- b) La filiación incluye tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial y la adoptiva, y en último lugar la patria potestad.

- c) La tutela comprende el conjunto de normas jurídicas referentes a la guarda y protección de menores o incapacitados no sujetos a la patria potestad.

El Derecho de Familia, tradicionalmente había sido considerado, como parte integrante del Derecho Civil, esto es, dentro del ámbito del Derecho Privado.

En relación con su naturaleza jurídica, siempre ha sido referente importante la doctrina que mantiene la separación entre el Derecho de Familia y el Derecho Privado, y la afinidad entre aquel y el Derecho Público, y ello por cuanto se entendía que el Derecho Público es el que persigue la satisfacción de intereses supranacionales, mientras que el Derecho Privado regula la satisfacción de intereses individuales.

Sin embargo, hoy en día la mayor parte de la doctrina suele tratar el Derecho de Familia como Derecho Privado y no público, y por ende como parte integrante del Derecho Civil.

Las características esenciales del Derecho de Familia son las siguientes:

- a) Contenido ético, ya que las normas jurídicas que integran esta rama del Derecho dimanar, más que del Derecho positivo, de la ética, toda vez que la familia tiene una concepción de institución natural y social aceptada y regulada por el Derecho.

- b) Prevalencia de las relaciones personales y del interés supraindividual; y ello atendiendo a que el Derecho de Familia regula fundamentalmente tanto situaciones como derechos y deberes personales. Ahora, si bien es cierto también regula relaciones económicas, tales como alimentos, régimen económico matrimonial, estas poseen un carácter accesorio, no siendo reguladas de forma principal, sino como consecuencia de las relaciones personales.
- c) Carácter de función; y ello porque la finalidad en la concesión de un derecho, no es tanto la satisfacción de un interés digno de protección, sino para cumplir un deber; así, normalmente el deber de los padres para con los hijos, o los de los cónyuges entre sí, o los de administración y disposición de bienes.
- d) Limitada autonomía privada, ya que si bien es cierto que dentro del Derecho Privado, el principio de autonomía privada es básico, en el ámbito del Derecho de Familia no es tan amplio, sino sometido a la regulación legal y a la supervisión y control judicial.
- e) Finalmente, todos los derechos de familia son absolutamente indisponibles, en cuanto resultan intransmisibles, irrenunciables e imprescriptibles.

DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE

El derecho de habitación es el derecho de usar una casa o parte de aquella como morada. En el caso del derecho de habitación a favor del cónyuge, la constitución de dicho derecho se hace en virtud de lo establecido en el Código Civil y siempre que así lo decida el cónyuge sobreviviente. Así el artículo 731 establece que “[c]uando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcanzaren el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y gratuita sobre la referida casa (...)”. En tal sentido, se le otorga posibilidad de que el cónyuge sobreviviente pueda optar por la constitución de dicho derecho.

Al respecto, debe tenerse en cuenta las siguientes reglas específicas:

- a) El derecho de habitación recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales. La diferencia de valor afectará la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de estos.

- b) En su caso, los otros bienes se dividen entre los demás herederos, con exclusión del cónyuge sobreviviente.
- c) Mientras esté afectado por el derecho de habitación la casa-habitación tendrá la condición legal de patrimonio familiar.
- d) Si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.

DERECHO DE OBLIGACIONES

La relación obligatoria es una relación jurídica intersubjetiva de contenido patrimonial. La relación obligatoria constituye un cauce para que las personas puedan realizar entre ellas actividades de cooperación social. El intercambio es importante desde el punto de vista económico, puesto que permite que los bienes y servicios fluyan de las manos de quienes menos los valoren a quienes los valoren más. En tal sentido el Derecho, a través del Derecho de Obligaciones (y de manera más amplia el derecho de contratos), tiene como función asegurar que estos intercambios se realicen.

La función primordial del derecho de obligaciones consiste en propor-

cionar un conjunto de reglas y de mecanismos que garanticen el cumplimiento de esas reglas que aseguran el intercambio.

Esta función se realiza por medio de dos tareas: a) reduciendo los costos de transacción; y b) asegurando el cumplimiento.

a) Reducción de los costos de transacción:

Esta función se realiza de diversas maneras:

- Reduciendo las complicaciones y complejidades innecesarias, que no serían sino costes adicionales que dificultan el intercambio.
- Suministrando reglas de aplicación para el caso de contingencias no previstas por las partes (normas supletorias).

b) Asegurar el cumplimiento:

El derecho de obligaciones tiene como objeto el cumplimiento de las relaciones obligatorias, puesto que de lo contrario se estaría disuadiendo el intercambio. Se asegura el cumplimiento proporcionando remedios para el caso de lesiones al crédito.

En efecto, el derecho de obligaciones representa, sin duda, la rama que más evidencia la solidaridad entre la ciencia jurídica y la ciencia económica. El circuito económico se realiza, básicamente, por medio del mecanismo de los vínculos crediticios. De tal forma, el derecho de

obligaciones, al cual se atribuye un especial valor para las juristas, desempeña también un importante papel en la formación de los cultores de la economía. Esto se debe a que no solo comunica el rigor típico del método jurídico, sino que también les posibilita un conocimiento pleno de la vida económica.

El derecho de obligaciones no tiene por objeto un sector vital uniforme, como acontece en el derecho de familia, el derecho de sociedades, el derecho laboral, ya que las relaciones obligatorias pueden resultar de diferentes acontecimientos vitales, y de entre estos, los más importantes son el tráfico jurídico y los daños imputables, que fundamentan una obligación de indemnizar frente al perjudicado. Bajo el concepto de intercambio de tráfico jurídico, se entiende el intercambio de bienes y servicios que se produce de acuerdo a la voluntad de los sujetos de derecho, que se lleva a cabo mediante la celebración de contratos con efectos patrimoniales, principalmente obligatorios, por ello el derecho de obligaciones se basa en la regulación sobre el posible contenido de los contratos, así como las relativas al desenvolvimiento, ejecución y extinción de los distintos negocios jurídicos con efectos obligatorios.

Frecuentemente se califica al derecho de obligaciones como derecho del tráfico de bienes o servicios en contraposición con el derecho real, que se considera como derecho de

dominio o señorío permanente sobre los bienes. Quiere expresarse así la función económica y social del derecho de obligaciones; sin embargo, la misión del derecho de obligaciones excede ello, porque sirven todos los negocios obligatorios a la preparación de una modificación de la distribución de bienes, del señorío o dominio sobre los bienes y más que eso a la prestación en general, porque existe una relación obligatoria siempre que existe una obligación frente a determinadas personas para hacer una determinada prestación.

DERECHO DE SUCESIONES

El derecho de sucesiones es la parte del Derecho Civil que se encarga de regular las relaciones de los sucesores una vez que una persona natural, denominada causante, ha dejado de existir. En tal sentido, se regula la transferencia *mortis causa* de los bienes del causante. Este tipo de derecho responde a la propia realidad social en la que, en general, los padres transmiten sus bienes a favor de sus hijos a efectos de que estos se puedan conservar dentro del patrimonio familiar.

Una vez que se ha producido el deceso del causante opera la transferencia de aquellas situaciones jurídicas de las que era titular el causante, siempre que atendiendo a su naturaleza sean transferibles y no concurra alguna causal para que

no se realice aquello como algún supuesto de indignidad. Antes de que esta transferencia se produzca, todos los bienes transferibles del causante forman un sujeto de derecho denominado masa hereditaria, la cual está conformada por todo el patrimonio del causante, sobre la misma no se ostenta copropiedad por parte de los sucesores, sino un derecho a ser titulares de los bienes individualizados de los mismos, ya sea a título individual o como copropietarios, según se establezca en el testamento o se haya determinado en el proceso de sucesión intestada.

La sucesión puede dividirse en sucesión testada o intestada, dependiendo si la sucesión se regulará por el negocio jurídico del testamento o por las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para aquellos casos en los que falta tal documento. En el primer caso, el Derecho de Sucesiones establece los tipos de testamento, sus formalidades de otorgamiento y efectos del último acto de voluntad del causante. Por su parte, la sucesión intestada regula los efectos que produce el deceso del causante frente a los sucesores en ausencia de regulación expresa por parte del causante. Una de las instituciones importantes en ambos casos, es la legítima, la cual es la “parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos”.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho Internacional Privado, según la doctrina privatista, tiene por objeto la relación privada internacional, vale decir, aquella en que algunos de sus elementos esenciales: sujeto, objeto, hecho o acto jurídico, se localizan en diversos países. En lo que respecta al contenido, la concepción amplia de la escuela francesa sostiene que esta disciplina trata del goce, ejercicio y sanción de los derechos.

Un primer concepto que se debe manejar para poder conceptualizar al Derecho Internacional Privado es el de relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos extranjeros; es decir, el de relaciones jurídicas privadas internacionales, las cuales constituyen el núcleo para el sistema de fuentes del Derecho Internacional Privado.

Se trata de aquella relación jurídica que se verifica entre particulares –no excluyendo al Estado cuando actúa despojado de su *ius imperium*, en una relación paritaria frente a un particular– donde se aprecian además elementos de intensificación que la vinculan con ordenamientos jurídicos extranjeros (por ejemplo, en virtud al domicilio internacional, al lugar de ubicación de un bien, al lugar de ejecución de las obligaciones, al

lugar de registro, al derecho elegido por las partes, etc.).

En cuanto a sus fuentes, algunos autores enuncian entre estas a la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho Internacional Privado, el Tratado, la doctrina y la ley; correspondiendo resolver las relaciones que se tejen entre las mismas, atendiendo a su origen nacional o internacional basado en dos teorías:

- a) La teoría dualista o de la separación entre el ordenamiento jurídico interno y el ordenamiento jurídico internacional, sustentada en la transformación de la norma internacional a través de una norma interna para ser aplicada en el ámbito interno.
- b) La teoría monista o de la unidad en torno a los sistemas jurídicos de las normas de Derecho Interno con las normas de Derecho Internacional, lo cual explica aspectos como los de la incorporación automática de las reglas positivas de Derecho Internacional. Pueden incluso distinguirse tres tendencias al interior de esta teoría:
 - Monismo con primacía del Derecho Internacional
 - Monismo con primacía de Derecho Interno.
 - Teorías de la coordinación.

Los sistemas jurídicos contemporáneos rechazan la segunda tendencia, que supondría en la práctica que una ley anterior pueda modificar o derogar un tratado anterior o que una ley anterior impida la entrada en vigor de un tratado posterior, excesos que la han equiparado, a la teoría dualista, por anteponer siempre el ordenamiento jurídico estatal.

En cambio, la consecuencia del monismo con primacía del Derecho Internacional es que la ley posterior dictada en un Estado no puede modificar ni derogar el tratado vigente con anterioridad.

Las dos primeras tendencias se afinan en la teoría de la coordinación en cuya virtud por ejemplo, los tratados son leyes nacionales, no con subsistencia nacional, sino internacional.

Asimismo, en lo que respecta a las normas conflictuales de Derecho Internacional Privado, aquellas rigen en defecto de tratado; por ejemplo, frente a relaciones jurídicas privadas internacionales, ligadas a ordenamientos jurídicos extranjeros pertenecientes al resto del mundo con los que no existe vinculación.

Finalmente, las normas conflictuales de Derecho Internacional Privado se ensamblan con tres elementos activos: la categoría o tipo legal o supuesto de hecho, el factor o punto de conexión y la consecuencia jurídica.

■ DERECHOS ADQUIRIDOS

Son derechos adquiridos aquellos que han entrado en nuestro dominio, que hacen parte de él y de los cuales ya no pueden privarnos. Se diferencia entre derechos adquiridos, facultades y expectativas. Las facultades, sostiene la doctrina, son atribuciones genéricas para actuar de acuerdo con el Derecho y, en tanto, no son derechos adquiridos porque no entran en nuestro dominio. Las expectativas, por su parte, constituyen virtualidades no actualizadas y, por lo tanto, tampoco han ingresado en el dominio de la persona.

No obstante, los hechos no son tan sencillos. La doctrina admite que el caso de las expectativas es claro. Así por ejemplo, cuando una persona celebra con otra un contrato de compraventa sobre un inmueble, estableciéndose como condición suspensiva (por ejemplo) que el comprador obtenga su título universitario, es obvio que este aún no será titular de un derecho de propiedad sobre el bien objeto del contrato, sino únicamente titular de una expectativa, la cual se concretizará y mutará a un derecho subjetivo cuando se cumpla el hecho futuro e incierto establecido por las partes como condición para la plena eficacia del contrato.

Sin embargo, la distinción no es tan clara en el caso de las facultades. Por ejemplo, si alguien adquirió plena

capacidad de obrar a los 18 años según la ley actual y, en menos de un año, entra en vigencia una nueva ley que establece los veinticinco años como la edad en que se adquiere dicha capacidad. En este caso, no puede fácilmente sostenerse que no se ha adquirido el derecho a la plena capacidad con la ley anterior. Este ejemplo, como muchos otros, demuestra las limitaciones de definición que tiene la teoría de los derechos adquiridos.

Analizando la teoría de los derechos adquiridos en función a la aplicación de la ley en el tiempo, se puede comprobar que lo que en verdad propugna es que la norma, bajo la cual nació el derecho, continúe rigiéndolo mientras tal derecho surta efecto; aunque en el trayecto exista un momento en el que dicha norma sea derogada o sustituida. En otras palabras, lo que formalmente plantea la teoría de los derechos adquiridos es la ultractividad de la normativa bajo cuya aplicación inmediata se originó el derecho adquirido.

Los defensores de esta teoría, sin embargo, han planteado los hechos de manera distinta. Sostiene que el derecho adquirido no puede ser modificado por normas posteriores porque, en ese caso, se estaría haciendo aplicación retroactiva de ella. Lo explican de la siguiente forma:

Imagínese que existe una norma “A”, que en un momento “Q”, es derogada por la norma “B”, la cual

pasa a ser la norma vigente aplicable para el futuro. Según esta teoría, el derecho adquirido se origina en algún momento antes de “Q”, estando vigente la norma “A”, y se extiende hasta después de “Q”. Entonces, ni aún después de “Q” (momento en que la norma “A” deja de estar vigente, en la medida que es derogada por la norma “B”) podría aplicarse al derecho adquirido la norma “B”, porque de acuerdo con esta teoría, se trataría de una aplicación retroactiva.

Sin embargo, si se toman en cuenta las normas constitucionales y legales que regulan lo referente a la entrada en vigencia y derogación de las normas jurídicas, lo cierto es que aplicar la norma “B” después de “Q”, no es una aplicación retroactiva, sino precisamente lo contrario, una aplicación inmediata.

Entonces, la teoría de los derechos adquiridos no hace sino crear una ficción, llamando aplicación retroactiva a lo que, en verdad, es aplicación inmediata, con el afán de dar estabilidad normativa al llamado derecho adquirido.

Por tales consideraciones, esta teoría no ha sido admitida como regla general en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil.

■ DERECHOS CIVILES

Los derechos civiles son aquellas situaciones jurídicas subjetivas que

tienen como facultad el ejercicio de las calidades inherentes al ser humano o la protección de su patrimonio.

Así, en el primer caso estaremos ante derechos como la vida, la salud, la integridad física, entre otros, los cuales tutelan alguna forma de expresión del libre desarrollo de la personalidad del ser humano. A estos derechos podemos denominarles derechos de la persona o derechos de la personalidad. Los cuales gozan de las características de ser originarios o innatos, ser absolutos (es decir opinables frente a cualquiera), extrapatrimoniales e imprescriptibles. En dicho sentido, la primera parte del artículo 5 del Código Civil establece que el “derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión”.

En el segundo caso, estaremos ante situaciones que busquen proteger el patrimonio del ser humano tales como el derecho de propiedad o la libertad contractual. No debe existir duda que los derechos civiles vinculados con el patrimonio también contribuyen al desarrollo de la personalidad.

Actualmente estos derechos se ven reforzados en su ejercicio debido a que muchos de estos gozan además del carácter de ser reconocidos por el ordenamiento civil el de ser derechos constitucionales.

Respecto de los derechos civiles es importante tener en cuenta el goce

y el ejercicio de estos. En el primer caso nos encontraremos ante la denominada capacidad de goce que puede ser entendida como la aptitud para ser titular de dichos derechos. En el segundo caso nos encontramos ante la capacidad de ejercicio, la cual puede ser entendida como la aptitud de poder ejercer los derechos civiles por sí mismos o a través de un representante nombrado por uno mismo. En los casos de incapacidad se deberá tener en cuenta los institutos de representación legal tales como la patria potestad, la tutela y la curatela, mediante los cuales se resguarda el ejercicio de los derechos civiles de los incapaces absolutos o relativos de ejercicio.

Un tema que se encarga de dejar en claro el Código Civil es la igualdad del varón y la mujer en el caso de la capacidad de goce y de ejercicio de los derechos civiles, aquello en concordancia con el principio y el derecho a la igualdad constitucionalmente protegida.

Por su parte, existe consenso en cuanto a que las personas jurídicas pueden ser también titulares de derechos civiles. En este caso, estos no estarán vinculados al carácter ontológico del ser humano sino a la propia realidad normativa que le otorga derechos siempre que sean compatibles con su naturales como los derechos a la libertad contractual o la propiedad.

Finalmente, el artículo 2046 del Código Civil hace referencia a que los

“derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que, por motivo de necesidad nacional, se establecen para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras”. En tal sentido, se asienta a nivel legal el principio de igualdad, reflejado en este caso entre nacionales o extranjeros, ya sean personas naturales o jurídicas.

DERECHO DE LAS PERSONAS

Los derechos de la persona son aquellos que tienen por objeto establecer en qué condiciones el ser humano o sus agrupaciones son sujetos de derecho, y la medida en que lo son. De esta forma, los derechos de la personalidad constituyen el conjunto de reglas aplicables a los sujetos de derecho considerados en sí mismo. En efecto, las otras reglas del derecho no se aplican a la persona considerada en sí misma, en su existencia y en su aptitud para desempeñar un papel jurídico, sino a la persona considerada en sus relaciones con los demás, sean relaciones familiares o patrimoniales.

Suele haber confusión en diferenciar los conceptos de derechos humanos, derechos fundamentales y derechos de las personas. Cuando se hace referencia a los derechos humanos, se trata de los derechos cuyo fundamento reside en la propia naturaleza del ser humano, del mínimo

indispensable de libertades sin las cuales es imposible atribuir una específica dignidad social a nadie. Los derechos humanos y los derechos fundamentales son entendidos como sinónimos, salvo para la doctrina española, que considera que los derechos fundamentales son aquellos regulados en la Constitución. Clásicamente, los derechos humanos han sido clasificados en derechos políticos y civiles y por otro lado, en económicos, sociales y culturales.

Los derechos de las personas, por su parte, se refieren al conjunto de situaciones jurídicas existenciales que forman parte, al lado de las patrimoniales, de los derechos civiles. Por ello, entre los derechos humanos y los derechos de las personas, existe una relación de género a especie. En efecto, para los constitucionalistas el Derecho Civil hace una suerte de reglamentación infraconstitucional de los derechos humanos.

Los derechos de las personas podrían ser clasificados del siguiente modo:

1. Derechos psicosomáticos: derecho a la vida, derecho a la integridad, derecho a disponer del propio cuerpo (que engloba, a su vez, el derecho a disponer de las partes separadas del cuerpo y el derecho a disponer del cadáver) y el derecho a la salud.
2. Derechos tutelares del desenvolvimiento de la persona en cuanto tal: derecho a la libertad, derecho

a la identidad, derecho al honor, derecho al secreto, reserva o vida privada y el derecho a la imagen y a la voz.

3. Derechos personales o morales de autor: Derecho al inédito, derecho a la paternidad de la obra, derecho a la integridad de la obra y el derecho a la retractación y arrepentimiento.

En cuanto a sus características, los derechos de las personas se distinguen por lo siguiente:

1. Son derechos originarios o innatos, es decir, inherentes al ser humano, incluso antes de nacer; una vez nacido, individualmente considerado, o también agrupado con otros seres humanos en búsqueda de un fin valioso, cumpliendo, o no, con la formalidad de inscribirse en el registro.
2. Son derechos únicos, por cuanto no es admisible la pluralidad del mismo atributo a un mismo sujeto de derecho.
3. Son derechos absolutos o *erga omnes*, o sea, que pueden hacerse valer ante toda la colectividad, sin más restricción que el interés social.
4. Son derechos extrapatrimoniales, por cuanto es imposible evaluarlos económicamente, toda vez que la persona humana es incuantificable. No obstante, ello no implica que si se lesiona uno de los derechos de las personas,

el sujeto dañado no tenga un derecho a un resarcimiento. Asimismo, el hecho de que muchas personas dispongan de sus derechos de la personalidad (por ejemplo, las modelos que cobran para que se reproduzca su imagen, los acuerdos publicitarios que utilizan el nombre de las personas, las personas que venden su privacidad en los *reality show*) no conlleva a una patrimonialización de estos, en la medida que aquello que se patrimonializa no es el derecho, sino el ejercicio de las facultades de disposición.

5. Son irreductibles, debido a que la voluntad privada no puede crearlos, ni modificarlos ni extinguirlos, salvo ciertas restricciones autorizadas por ley.
6. Son imprescriptibles, lo cual quiere decir que el transcurso del tiempo no produce la extinción de la pretensión que corresponde a la tutela del mismo derecho.

DERECHOS INCORPORALES

En principio, todo derecho es incorporal por definición, ya que este es producto del intelecto y una abstracción jurídica respecto de las facultades de actuar que se tiene sobre un bien o respecto de determinado sujeto a fin de exigir una conducta o sobre la colectividad. Sin embargo,

cuando se habla de derechos incorporales se habla de aquellos que tienen por objeto un bien incorporal, es decir uno que no puede ser apreciado en sí mismo por los sentidos salvo la reproducción que de este pueda hacerse. Podemos encontrar derechos incorporales, los cuales se rigen por normativa especial, tal como lo señala el artículo 884 del Código Civil, donde se habla de propiedades incorporales, en la normativa sobre Derechos de Autor y Propiedad Industrial:

1. **Derechos de autor:** Regulados en el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre Derechos de Autor. Al respecto, el artículo 3 de la referida norma establece que “[l]a protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad”. Asimismo, el referido artículo se encarga de establecer de manera expresa la diferencia existente entre la creación u obra como bien incorporal y el objeto en el que la misma se representa o a través de la cual se representa. Así, el segundo párrafo del referido artículo establece que “[l]os derechos reconocidos en esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad”.

2. Propiedad industrial: Regulados en el Decreto Legislativo N° 1075, Norma que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión N° 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre Propiedad Industrial. En general, los elementos de la propiedad industrial son bienes que están vinculados a la actividad de la empresa y que sirven como ventaja competitiva en el mercado. La referida norma establece los siguientes elementos de la propiedad industrial (a) patentes de invención, (b) certificados de protección, (c) patentes de modelos de utilidad, (d) diseños industriales, (e) secretos empresariales, (f) esquemas de trazado de circuitos integrados, (g) marcas de productos y de servicios, (h) marcas colectivas, (i) marcas de certificación, (j) nombres comerciales, (k) lemas comerciales y (l) denominaciones de origen.

DERECHOS REALES DE GARANTÍA

El patrimonio del sujeto constituye garantía genérica sobre las obligaciones que pudiera asumir frente a sus acreedores. No obstante aquello, existe el peligro de que los bienes que conforman el patrimonio sean dispuestos a favor de algún tercero y los acreedores vean defraudadas sus expectativas de cobro, a pesar

de que el ordenamiento otorga mecanismos de tutela tales como la acción pauliana. A fin de atenuar dicho riesgo, existen las garantías reales. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. Especificidad del bien gravado:

La garantía real consiste en la afectación en garantía de un bien determinado del patrimonio de un sujeto a efectos de servir de respaldo de pago de una obligación del propio constituyente o de un tercero. En tal sentido, se afecta un bien determinado al cumplimiento de una obligación. Los bienes afectados pueden ser muebles o inmuebles. En el primer caso estaremos ante una garantía mobiliaria y en el segundo ante una hipoteca o una anticresis.

2. Constitución: Si bien es usual que las garantías reales fueran constituidas por los sujetos en uso de su autonomía privada es posible que esta venga impuesta por ley como en el caso de la hipoteca legal. En tal sentido, el artículo 1118 del Código Civil establece supuestos de hipotecas legales. En tal sentido, se señala que: “Además de las hipotecas legales establecidas en otras leyes, se reconocen las siguientes: (1) La del inmueble enajenado sin que su precio haya sido pagado totalmente o lo haya sido con dinero de un tercero. (2) La del inmueble para cuya fabricación

o reparación se haya proporcionado trabajo o materiales por el contratista y por el monto que el comitente se haya obligado a pagarle. (3) La de los inmuebles adquiridos en una partición con la obligación de hacer amortizaciones en dinero a otros de los copropietarios”. Lo anterior, sin perjuicio de la renuncia expresa del beneficiario de la hipoteca, tal como lo dispone el artículo 1120 del Código Civil.

3. **Accesoriedad:** Tradicionalmente se ha considerado a los derechos reales de garantía como derechos accesorios, en el sentido de que no tienen una existencia propia, sino que estos son accesorios del derecho de crédito que garantizan. Sin embargo, esta característica se ha visto atenuada con la existencia de la denominada preconstitución de la garantía mobiliaria, en la cual se puede preconstituir la misma en casos de aseguramiento de obligaciones futuras o eventuales. La eficacia de la garantía mobiliaria estará supeditada a la existencia de por lo menos una obligación (futura o eventual).
4. **Gravamen:** El bien objeto de la garantía responderá hasta un monto determinado de obligaciones garantizadas, lo cual deberá establecerse en su acto constitutivo.
5. **Indivisibilidad:** El derecho real de garantía recae sobre todo

bien objeto de garantía (indivisibilidad en cuanto al objeto) y sobre el íntegro de la obligación (indivisibilidad en cuanto a la obligación). En este último caso, si se hubiera pagado el parte de la obligación, no por aquello la totalidad del bien dejará de estar afectado, sin perjuicio de que por acuerdo de las partes se reduzca el monto de aquella.

6. **Oponibilidad:** Ahora bien, a efectos de que dicha garantía sea oponible frente a terceros es necesario que se el acto de afectación se publicite. Los dos mecanismos clásicos de publicidad en estos casos son la posesión y la inscripción. Mediante el primero el garantizado adquiere la posesión del bien objeto de la garantía a efectos de que el constituyente no pueda disponer de este. Por su parte, a través de la inscripción se deja constancia en un registro público que se ha celebrado una constitución de garantía sobre determinado bien. En nuestro ordenamiento, se ha contemplado la inscripción como mecanismos de publicidad en el caso de la hipoteca, la posesión en el caso de anticresis y la posesión e inscripción en el caso de garantías mobiliarias.
7. **Persecutoriedad:** Otro aspecto a tomar en cuenta es que, debido al carácter de garantía real a pesar de que el sujeto disponga del bien, la garantía seguirá

recayendo sobre el bien objeto de la garantía. El adquirente del bien adquirirá el bien con la garantía constituida sobre el bien, con las consecuencias que aquello podría acarrear en caso de que el deudor beneficiario de la garantía ejecute la misma ante el incumplimiento de las obligaciones del deudor.

DERECHOS REALES PRINCIPALES

La sección tercera del Libro IV del Código Civil está dedicada a los derechos reales principales: posesión, propiedad, usufructo, uso, habitación, superficie y servidumbre. Los derechos reales principales constituyen un poder inmediato sobre el bien que permiten a su titular, principalmente, usar y disfrutar del bien objeto del derecho real. Al respecto, podemos señalar lo siguiente:

- a) **Posesión:** Es un poder de hecho que se ejerce sobre una cosa con el fin de obtener una utilidad personal o económica. En general solo se puede poseer bienes materiales ya que esta implica la relación directa con el bien objeto de posesión.
- b) **Propiedad:** La propiedad es un derecho que tiene las facultades de usar y disfrutar de un bien. Las facultades señaladas en el artículo 923 del Código Civil referidas a las de disponer

y reivindicar el bien objeto de la propiedad constituyen, en el primer caso, un poder que tienen todos los sujetos de disponer de los derechos de los que son titulares, y no solo la propiedad, y en el segundo caso, la reivindicación constituye un mecanismo de tutela a efectos de que el propietario no poseedor pueda recuperar el bien del poseedor no propietario.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 008-2003-AI señaló que “[e]stablecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2 de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno”. “Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando estos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y frutos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal, deviene en

el atributo más completo que se puede tener sobre una cosa”.

- c) **Derechos reales derivados:** En este grupo encontramos a todos los derechos que tienen como presupuesto al derecho de propiedad, en el sentido de que estos derivan de aquel, ya sea porque la constitución se haya realizado a través de la autonomía privada (aquí las constituciones pueden ser unilaterales o contractuales) o por mandato de la ley. A su vez constituyen limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, ya que existirá un tercero que tendrá un derecho oponible frente al propio propietario para usar o disfrutar el bien, ya sea a través de un derecho de usufructo, uso, habitación, superficie o servidumbre. En general, dichos derechos tienen el carácter temporal, salvo la servidumbre que es perpetua, salvo pacto en contrario o mandato de la ley, por lo que una vez terminado el plazo de vigencia del derecho o acaecidas las condiciones para la extinción del derecho, el propietario recupera de forma total las facultades inherentes a la propiedad. No debe olvidarse tampoco que a fin de lograr oponibilidad de los derechos reales derivados será necesario que el derecho conste inscrito en el registro correspondiente o se cuente con la posesión, según corresponda.

■ DERECHOS REALES

Los derechos reales son aquellos que tienen como objeto de referencia, a efectos de satisfacer el interés de su titular, un bien mueble o inmueble que implica una relación directa sobre el mismo o su afectación jurídica a efectos de resguardar el cumplimiento de una determinada obligación. Al respecto, podemos señalar lo siguiente:

- a) **Númerus clausus:** Uno de las características de los derechos reales es que los mismos constituyen números clausus, es decir, estos no pueden ser creados por la autonomía privada, sino que existe un número fijo de los mismos en la legislación. Así lo establece el artículo 881 del Código Civil establece que “los derechos reales solo pueden ser creados por ley”.
- b) **Clasificación:** El Código Civil regula dos clases de derechos reales:
1. Derechos reales principales
 - a) Posesión
 - b) Propiedad
 - c) Usufructo
 - d) Uso
 - e) Habitación
 - f) Superficie
 - g) Servidumbre

2. Derechos reales de garantía

- a) Hipoteca
- b) Anticresis

Por otro lado, encontramos derechos reales en otra normativa como la Ley de Garantías Mobiliarias que regula la garantía mobiliaria y el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, Decreto Supremo N° 014-92-EM el cual regula el derecho real de concesión el cual es considerado como un bien inmueble.

- c) **Constitución:** El nacimiento de los derechos reales puede deberse a un modo establecido por ley, tales como la apropiación, o por la autonomía privada, mediante la constitución de una hipoteca a través de escritura pública.
- d) **Oponibilidad:** Los derechos reales son oponibles frente a cualquier tercero, ya que su titularidad se acredita mediante un mecanismo de propiedad que puede ser la posesión o la inscripción registral.

DEROGACIÓN DE LA LEY (ABROGACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS)

Si bien el precepto constitucional y la norma del Código Civil se refieren a la ley, esta debe ser entendida en sentido genérico, como toda norma jurídica escrita y emanada del

Estado. En efecto, la ley puede ser derogada también por un decreto legislativo, que es una norma de rango equivalente a la ley, si bien con denominación distinta, y que se origina en el Poder Ejecutivo previa la correspondiente habilitación legislativa, conforme al artículo 104 de la Constitución. Igualmente, si bien la ley no puede ser derogada por una norma de inferior jerarquía, sí puede acontecer que su vigencia cese por una de rango superior como la Constitución.

La cesación de vigencia de una norma legal puede deberse a dos tipos de causas: una **extrínseca**, es decir, exterior a la propia norma, y otra **intrínseca**, esto es, inherente a ella misma.

Constituyen causas intrínsecas de cesación de vigencia de las normas legales el transcurso del plazo fijado expresa o tácitamente por ella misma para su vigencia, la realización (o no) del propósito por el cual fue dictada y la terminación del estado de cosas que constituía su objeto (por ejemplo, una situación de guerra), lo que implica que la norma jurídica pierde su vigencia en razón de una circunstancia inherente a ella misma, por eso reciben la denominación de normas temporales.

La abrogación está comprendida dentro de las causas extrínsecas de cesación de vigencia de la ley. También debe incluirse el caso de la modificación, en la medida en que esta supone

la sustitución de una norma por otra (salvo en el caso de la modificación que corresponde calificar como aditiva, donde lo que ocurre es que se agrega algo nuevo a una norma, sin alterar en lo demás el texto original que se mantiene incólume), lo que necesariamente importa la supresión previa de la norma original.

Siguiendo la distinción que se hacía en el antiguo Derecho Romano, se utiliza el término abrogación como principal forma de extinción de la norma jurídica, que puede ser total, cuando comprende toda la norma jurídica, o parcial, cuando comprende una parte de esta. En cambio, derogar significa o bien introducir excepciones a una norma, o bien crear normas que se apartan, por su contenido, de otras normas preexistentes, y de este modo, las abroga parcialmente, aunque se los toma como sinónimos.

La derogación total o abrogación se producirá cuando la supresión afecta totalmente a una norma. La derogación parcial o derogación propiamente dicha, en cambio, la afecta solo en parte, conservando vigencia en lo restante.

Luego, la derogación puede ser:

Expresa.- Cuando el propio legislador establece explícitamente que tal o cual norma pierde su vigor obligatorio.

Tácita.- Resulta de la incompatibilidad, contradicción o absorción entre

las disposiciones de la ley nueva y las de la antigua. La incompatibilidad debe ser verificada respecto a las disposiciones individualmente consideradas, para lo cual se toman criterios de existencia de igualdad de materias, de destinatarios y analizar las finalidades. La frase “quedan derogadas todas las disposiciones contrarias a la presente ley(...)” es un supuesto de derogación tácita, porque la derogación se produce de todos modos por la incompatibilidad de la nueva ley con la antigua, fundamento de este tipo de derogaciones.

La derogación indirecta de las leyes subordinadas es un tipo de derogación tácita que consiste en quitar eficacia a las normas jurídicas que dependen de institutos expresa o tácitamente abrogados y cuya supervivencia no solo carecería de fundamento, sino que estaría en pugna con las innovaciones legislativas introducidas. En este sentido, deroga una norma jurídica quedan derogadas también las disposiciones de rango inferior dictadas para aplicarla, salvo que en esta no se establezca desarrollo de los preceptos legales, sino que se limite a sentar excepciones o a restarle ámbito de vigencia en cuestiones dudosas.

■ DESAPARICIÓN

La desaparición es una situación de hecho que se configura cuando concurren los dos presupuestos siguientes: que una persona no esté presente

más en el lugar de su último domicilio o de la última residencia suya, y que no se tengan de ella más noticias (*ignorantur ubi sit et an sit*, decían los romanos).

Los efectos que la ley asigna a la simple ocurrencia del hecho del desaparecimiento de una persona conciernen exclusivamente a las relaciones patrimoniales referidas a dicha persona. Admitiendo que la desaparición es un hecho jurídico, esta no da lugar, como tal, a la incertidumbre jurídica sobre la existencia de la persona y no incide, por consiguiente, en su estado. Más bien se trata de un episodio de la persona relevante a los fines de la conservación de su patrimonio. En efecto, la desaparición puede hacer oportuno el nombramiento de un curador que provea el cumplimiento de los actos de gestión y de conservación de los bienes del desaparecido.

En el Código Civil peruano la desaparición está regulada en el artículo 47, y de este se aprecia que el legislador la concibió como una situación de facto que surge por la necesaria y contemporánea presencia de dos notas: la primera se refiere al hecho que la persona no se halla en su domicilio. Pero ello no es suficiente. Se requiere, además, que no se sepa dónde se encuentra, esto es, que no exista ninguna información sobre su paradero. Asimismo, la desaparición es el antecedente de hecho de la declaración judicial de ausencia, la que puede ocurrir si han transcurrido dos años de haberse producido tal evento.

Mientras se mantenga la situación de desaparición, esta solo dará lugar al nombramiento de un curador interino (al que hace referencia el primer párrafo del artículo 47 del Código Civil) mediante resolución judicial o al nombramiento del representante hecho previamente por el desaparecido (artículo 47 segundo párrafo), situaciones que se inscriben en el Registro de Mandatos y Poderes (art. 2036 del Código Civil), que a su vez es integrante del Registro de Personas Naturales unificado por la Ley de Creación del Sistema Nacional y la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Ley N° 26366.

Existe interés social en cuidar del patrimonio del desaparecido y velar por sus derechos mientras se define su situación jurídica. Por ello, no solo quien tenga legítimo interés, sino cualquier persona o el Ministerio Público pueden solicitar al juez competente la designación de un curador interino. Cabe también que el Ministerio Público actúe de oficio. No obstante, carece de objeto la designación de un curador interino si es que el desaparecido cuenta con representante premunido de facultades suficientes para la debida protección y administración de sus bienes. En esta hipótesis, si los alcances del poder lo permite y el representante no tiene limitaciones o restricciones para el ejercicio de su cargo, resulta innecesario el nombramiento de curador interino para realizar similares tareas.

Finalmente, resulta un error que el artículo 44 inciso e) de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil, Ley N° 26497 establezca que se inscriben en el Registro Personal las resoluciones que declaren la desaparición, en la medida que esta –conforme ya se indicó– no implica un pronunciamiento sobre el estatus de la persona, por lo que no debería ser susceptible de inscripción en el Registro Personal.

■ DESHEREDACIÓN

Sanción civil que consiste en la exclusión de un heredero forzoso hecha por el causante en su testamento en virtud de una causa legal. Se diferencia de la exclusión por indignidad ya que la causal la impone el testador y no el juez quien la declara por sentencia en acción promovida contra el indigno por los llamados a suceder en concurrencia o sustitución.

Así, la desheredación se yergue como una sanción por parte del causante a nivel testamentario, al comportamiento reprochable del sujeto llamado a heredar impidiendo que este crezca su patrimonio con los bienes de otra sin merecerlo.

Las causales de desheredación se orientan de acuerdo al vínculo de parentesco entre el causante y el sujeto llamado a heredar. Así se da la siguiente clasificación:

Desheredación de los descendientes:

- a) Haber maltratado de obra o injuriado grave y reiteradamente al ascendiente o a su cónyuge si este es también ascendiente del ofensor.
- b) Haberle negado al ascendiente, sin motivo justificado, los alimentos o haberlo abandonado encontrándose este gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo.
- c) Haber privado de su libertad al ascendiente injustificadamente.
- d) Llevar el descendiente una vida deshonrosa o inmoral.

Desheredación de los ascendientes:

- a) Haber negado estos injustificadamente los alimentos a sus descendientes.
- b) Haber incurrido el ascendiente en alguna de las causales por las que pierde la patria potestad, o haber sido privado de ella.

Desheredación del cónyuge:

- a) El adulterio.
- b) La sevicia.
- c) El atentado contra la vida del cónyuge.
- d) La injuria grave.
- e) El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono exceda a este plazo.

f) La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.

DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL POR TERCERO

Las partes de un contrato dentro de su autonomía privada pueden estipular que la determinación de la obligación que es objeto del contrato pueda ser determinada por un tercero. Nótese que en dicha situación no es que una de las partes encargue que un tercero determine la obligación a su nombre, sino que son ambas partes las que confían dicha determinación. En tal sentido, la determinación del tercero viene a constituir un mecanismo de integración del contrato, en el sentido de contribuir a la determinación de la obligación que es objeto del contrato. Nada impide que el arbitrador reciba una contraprestación por cumplir con el encargo.

Aquí debe tenerse en cuenta que a dicho tercero suele denominarse arbitrador no debiendo confundir a aquel con el árbitro, el cual es el encargado de dirimir un conflicto de intereses a través de un laudo.

A efectos de determinar la obligación existe una distinción procedente del Derecho Romano entre el arbitrio de equidad (*arbitrium boni viri*) y el mero arbitrio (*arbitrium merum*).

a) **Arbitrador de equidad.-** La referida distinción también está presente en nuestro Código Civil, así el artículo 1407 establece que si no resulta “que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo”. En este caso estaremos ante el arbitrador *boni viri*, el cual deberá proceder con carácter equitativo a fin de proceder a integrar el contrato. Este tipo de determinación es presumida por ley, ya que de no señalarse que las partes se someten al mero arbitrador, se deberá presumir que se han sometido al arbitrador de equidad.

b) **Mero arbitrador.-** Mientras que el artículo 1408 establece que la “determinación librada al mero arbitrio de un tercero no puede impugnarse si no se prueba su mala fe”. En este caso estaremos ante el mero arbitrador, el cual deberá actuar a su libre elección en la determinación encargada, pero siempre de buena fe, caso contrario se podría cuestionar la integración del contrato.

Finalmente, el artículo 1408 establece que “si falta la determinación y las partes no se ponen de acuerdo para sustituir al tercero, el contrato es nulo”. Aquí debe resaltarse que el arbitrador debe cumplir el encargo en los plazos requeridos o razonables según el tipo contractual y que en caso no cumpliera

con aquello, las partes, en uso de su autonomía privada tienen la posibilidad de cambiar al arbitrador designado. Caso contrario, si no se ponen de acuerdo en la designación del mismo se sanciona con la nulidad al contrato. Debe tenerse en cuenta que más que una nulidad estamos ante una ineficacia del contrato debido a que este ya se habría formado, y al no existir nulidades sobrevinientes, el mecanismo de tutela adecuado es la ineficacia del acto de autonomía privada.

■ DIVORCIO REMEDIO

El Tercer Pleno Casatorio Civil define al divorcio remedio como “aquel en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines, sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó”.

Se puede subclasificar al divorcio remedio en: A) Divorcio-remedio restringido: cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración. B) Divorcio-remedio extensivo: que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (númerus clausus), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (númerus apertus).

A diferencia del divorcio sanción, el divorcio remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna.

La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

La consagración del divorcio remedio altera radicalmente el fundamento de

la institución del divorcio y representa una idea nueva del matrimonio y de la familia. En la práctica asistimos al derrumbe del sistema del divorcio-sanción por causas específicas y bien determinadas.

Podemos decir que la diferencia sustancial entre la concepción del divorcio sanción y del divorcio remedio, reside en que la primera considera que la causa del conflicto conyugal es la causa del divorcio, mientras la segunda entiende que el conflicto es, él mismo, la causa del divorcio, sin que interesen las causas de ese conflicto. En otras palabras, la concepción del divorcio sanción, responde a la pregunta: ¿cuál es la causa del conflicto conyugal?; mientras que la concepción del divorcio remedio, responde a esta otra: ¿debe ser el conflicto conyugal causa de divorcio? Desde esta perspectiva, el divorcio, antes que servir para que los cónyuges, mirando hacia su pasado, traten de atribuirse las causas del fracaso de su unión, debe constituirse en el remedio para evitar que una convivencia imposible perdure cuando esta no es testimonio de unidad familiar.

Mediante la Ley N° 27495 del 7 de julio de 2001 se incorporan modificaciones importantes en la regulación del Código Civil, precisándose algunos cambios en las causales ya existentes, pero particularmente se introduce dos nuevas causales de divorcio, las previstas en los numerales 11 y 12 del artículo 333 del Código Civil, esto es la separación de hecho

de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años si no tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen; así como la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.

Se trata en principio de dos causales que en términos teóricos y legislativos generales son propias del sistema divorcio remedio, en su modalidad de causal objetiva la primera y de causal genérica de divorcio quiebre la segunda.

■ DIVORCIO SANCIÓN

El sistema del “divorciosanción” o sistema subjetivo es el sistema tradicional de causas subjetivas que implican culpabilidad de uno de los cónyuges, o incluso de ambos, contempla la existencia de causas legales de inculpación y la imposibilidad de fundamentar la demanda en el hecho propio. Comporta una sanción para el culpable incurso en la causa legal, sanción que repercute en los efectos personales y patrimoniales del divorcio, que son diferentes para el inocente y para el culpable.

Se formula como el castigo merecido que debe recibir el cónyuge culpable que ha dado motivos para el divorcio. Esta doctrina presenta como requisito la culpabilidad de uno de los cónyuges, la tipificación de causales que dan lugar al divorcio y el carácter penalizador del divorcio para el cónyuge culpable.

No obstante, se cuestiona esta posición atendiendo a la dificultad que representa determinar que tal o cual comportamiento de los cónyuges merezca un premio o una sanción, lo cual podría conllevar a que la sentencia que declare el divorcio termine por constituir un premio al culpable y un castigo para el inocente.

Asimismo, este tipo de divorcio no hace más que agudizar los conflictos, sin resolverlos, pues “instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que sacarán a relucir las miserias del otro, o terminarán inventándolas para conseguir el divorcio”.

La doctrina del divorcio sanción atraviesa en la actualidad por serios aprietos. Los conceptos de “culpable” e “inocente”, son a todas luces insuficientes para comprender las crisis de las parejas desavenidas. No logra la aplicación de estas categorías tradicionales otra cosa que agudizar los conflictos sin resolverlos, pues instala a los esposos en un campo de batalla, en un terreno de confrontación, en el que sacarán a relucir las miserias del otro, o terminarán inventándolas para conseguir el divorcio.

El Tercer Pleno Casatorio Civil define al divorcio sanción como aquel que considera solo a uno de los cónyuges –o a ambos– como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la

conducta que el juez valora como grave por ser moralmente negativa, y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

La causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el juez califica negativamente y de grave. Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables.

En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal. En el llamado divorcio-sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares.

■ DIVORCIO

La palabra divorcio tiene sus raíces en el término latino *divortium*, que a

su vez proviene del verbo *divertere*, que significa separarse o irse cada uno por su lado. Cabe precisar que, si bien el concepto de divorcio suele aplicarse de manera indistinta tanto a la disolución del vínculo conyugal como a la separación de cuerpos, estos supuestos presentan una diferencia sustancial, habida cuenta que mientras el primer caso faculta a los excónyuges a contraer un nuevo matrimonio con otra persona, la separación de cuerpos no lo permite, sino hasta que se destruya totalmente el vínculo anterior. Hecha esta salvedad. La referencia a divorcio deberá entenderse efectuada únicamente a la destrucción del vínculo conyugal.

La separación personal, que no disuelve el vínculo matrimonial, y el divorcio vincular constituyen situaciones que la ley prevé, frente al conflicto matrimonial. Como soluciones que brinda la ley ante situaciones de conflicto matrimonial, la separación personal y el divorcio vincular pueden aparecer como soluciones alternativas o autónomas, o, finalmente, ser la separación de cuerpos una solución previa al divorcio vincular.

En el derecho comparado, en la actualidad, es mayoritaria la tendencia a legislar autónomamente la separación de cuerpos y el divorcio, y, simultáneamente, prever la conversión de la separación personal en divorcio vincular

El divorcio debe entenderse como la disolución definitiva del vínculo matrimonial declarada judicialmente

o notarialmente o a través de una Resolución de Alcaldía al haberse incurrido en alguna de las causales previstas por la ley, y con la cual se pone fin a los deberes conyugales y a la sociedad de gananciales, si es que los cónyuges optaron por dicho régimen patrimonial.

A diferencia de la separación, que es fundada sobre la intolerabilidad de la convivencia, el divorcio está fundado sobre la consideración objetiva del estar venida a menos la comunión de vida de los cónyuges. Hay dos concepciones del divorcio en las cuales se inspiran los ordenamientos contemporáneos: el divorcio remedio y el divorcio sanción.

El sistema actual concede más amplios espacios de la autonomía negocial de las partes, también con resguardo a la disponibilidad de los derechos derivados por el vínculo matrimonial.

Las formas en que se puede conseguir el divorcio, en nuestro sistema jurídico, puede ser mediante resolución judicial, resolución de alcaldía o mediante documento notarial.

Nuestro Código Civil se adhiere a la tesis divorcista y dentro de ella opta por combinar el divorcio sanción y el divorcio remedio, derivando en un sistema mixto.

Tipos de divorcio:

Divorcio sanción.- Por culpa de un cónyuge.

Divorcio repudio.- Surte efectos la disolución del vínculo matrimonial sin la concurrencia de acuerdo mutuo o causal alguna.

Divorcio quiebra.- Se toma en cuenta los actos realizados surgidos en el matrimonio. Se encuentra relacionado con el divorcio causal, pero básicamente se aplica cuando hay una amplitud para poder considerar un incumplimiento fuera de las causales taxativas que se encuentran reguladas.

Divorcio remedio o por mutuo acuerdo.- Antiguamente, se le llamaba divorcio a la separación de cuerpos. El Código Civil de 1936 contemplaba el divorcio absoluto al relativo. Actualmente el código civil de 1984 deja de lado aspectos teóricos de la naturaleza del divorcio, procediendo a definirlo y aplicarlo de manera práctica. No obstante, el pensamiento recogido en la legislación vigente tiende a ser antidivorcista, pues regula elementos disuasivos para iniciar el proceso de divorcio, aunque ha disminuido dicha tendencia con la permisión del divorcio en vía extrajudicial.

■ DOLO

En el Derecho Civil, el dolo es también concebido como engaño, siendo una causal de anulabilidad del acto jurídico consistente en la acción u omisión por la cual una persona hace creer a otra algo que

no se ajusta a la verdad, logrando que esta perfeccione el acto jurídico con una percepción equivocada de la realidad.

El dolo se define, para efectos civiles, como la conducta de un sujeto ajeno al declarante que causa un error en este mediante artificios, astucias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un negocio o a su celebración de una manera determinada, normalmente y de ordinario en beneficio, ventaja o provecho del contratante^(*).

El autor del dolo puede ser un sujeto parte del acto; jurídico, en el caso en el que procede la anulabilidad del acto, sin embargo, también puede ser llevado a cabo por un tercero ajeno al acto jurídico, pero que tenga interés en que este se perfeccione. En este caso, el acto jurídico solo será anulable si la contraparte tenía conocimiento del engaño, en el caso en que la contraparte no tenga conocimiento del engaño causado, el acto jurídico no podrá ser observado por esta causal, pues se privilegia la seguridad jurídica de los actos.

En el caso que el engaño sea irrelevante para la realización del negocio jurídico, este tampoco podrá alegarse como causal de anulabilidad.

(*) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. "Dolo causante". En: *Código Civil Comentado*. Gaceta Jurídica, Lima.

■ DOMICILIO

El domicilio se constituye en una situación jurídica de la persona que tiene como principal función ubicarlo en un espacio determinado para efectos de que puedan ejercitar sus derechos y contraer obligaciones. El domicilio permite individualizar a una persona, puesto que a través de este los terceros pueden localizarlo en cualquier lugar que se encuentre. Tanto la persona natural como jurídica son titulares de un domicilio.

Es importante distinguir el domicilio de la residencia, morada o habitación. La residencia es el lugar donde la persona se encuentra de manera estable. La habitación es el lugar donde la persona se encuentra accidentalmente, como cuando se encuentra de vacaciones o realizando determinados negocios. En cambio el domicilio es un dato brindado por la ley, por ello el domicilio puede muchas veces coincidir con la residencia.

Respecto de su naturaleza jurídica, podemos mencionar que el domicilio se constituye en una carga y no un derecho. La carga es el comportamiento que debe realizar el sujeto para adquirir y ejercitar determinados derechos. El incumplimiento de la carga acarrea la exclusión de algunos beneficios o derechos y no una intervención coactiva por parte del ordenamiento jurídico como sucede en el deber jurídico. En efecto, la fijación del domicilio permite

ejercitar de manera adecuada determinados derechos o más en general, situaciones jurídicas subjetivas.

El domicilio puede ser general o especial. El primero es aquel que le permite a su titular el ejercicio de todas las situaciones jurídicas subjetivas en general, por ello abarca la totalidad de los derechos y obligaciones. Sus características principales son la necesidad, mutabilidad y unicidad.

El segundo es establecido por los particulares, en virtud de su autonomía privada. Tenemos al domicilio que fijan las partes durante el proceso o aquel que es fijado para la ejecución de determinados negocios.

El artículo 33 del Código Civil peruano señala que el domicilio se constituye por la residencia habitual de la persona en un lugar. Al respecto podemos mencionar que la redacción del artículo descarta el elemento subjetivo para efectos de constituir un domicilio. La solución resulta plausible porque preconiza el elemento objetivo, es decir, el hecho material de residir habitualmente en un determinado lugar, que a su vez resulta de más fácil probanza. En caso de que haya dificultades para acreditar el domicilio de una persona se aplicara, supletoriamente, el artículo 41 del Código Civil que señala: A la persona que no tiene residencia habitual se le considera domiciliada en el lugar donde se encuentre.

El artículo 40 del Código Civil establece que el cambio de domicilio no puede oponerse a los acreedores si no ha sido puesto en su conocimiento mediante comunicación indubitable; lo que debe entenderse en el sentido de que el deudor solo puede oponer a su acreedor el cambio de su domicilio, si es que lo hace a través de una comunicación que no genere duda alguna de su contenido en cuanto a dicha variación.

■ DONACIÓN

El contrato de donación es aquel por el cual una de las partes, a quien se le denomina donante, se obliga a transferir de forma gratuita la propiedad de un bien a la otra, a quien se le conoce como donatario.

Se trata de un contrato con prestación unilateral, pues la única prestación debida es aquella a que se obliga el donante, consistente en transferir la propiedad de un bien. Esto conlleva a que sea también un contrato a título gratuito, en la medida que existe un espíritu de liberalidad que determina un empobrecimiento en el donante y un enriquecimiento en el donatario.

Igualmente la donación es un contrato conmutativo en la medida de que no existe en este contrato la presencia de elementos aleatorios, pues tanto el donante como el donatario son conscientes de los alcances y las consecuencias económicas del contrato que celebran.

Es un contrato meramente consensual cuando recae sobre bienes muebles de escaso valor. En efecto, el artículo 1623 del Código Civil establece que la donación de bienes muebles puede hacerse verbalmente, cuando su valor no exceda del 25% de la Unidad Impositiva Tributaria vigente al momento en que se celebre el contrato.

En cambio, la donación deberá ser un contrato formal cuando recaiga sobre bienes muebles que excedan dicho valor o cuando se trate de bienes inmuebles. En el primer caso, el artículo 1624 del citado código establece que si el valor de los bienes muebles excede el límite anterior, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad; estableciéndose además que en el instrumento deberá especificarse y valorizarse los bienes que se donan. Por otro lado, tratándose de bienes inmuebles, el artículo 1625 prescribe que la donación deberá hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad. En ambos casos, como puede apreciarse, se establece una formalidad *ad solemnitatem*, por lo que en aplicación del artículo 144 del Código Civil, de no observarse dicha formalidad el contrato no tendría validez.

Por último, vale precisar que la donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares no está sujeta a las formalidades anteriormente señaladas.

DONACIÓN DE ÓRGANOS

El trasplante o injerto médico es un tratamiento médico complejo que consiste en trasladar órganos, tejidos o células de una persona a otra. El órgano trasplantado reemplaza y asume la función del órgano dañado del receptor, salvándole la vida o mejorando la calidad de vida. Una variedad de órganos macizos y tejidos pueden ser trasplantados, incluyendo riñones, pulmones, corazones, y precursores hematopoyéticos. Hay algunos riesgos asociados con este procedimiento que dependen del tipo del trasplante, que frecuentemente incluyen infección y rechazo del injerto.

En sentido estricto, es incorrecto el empleo de la palabra “donación” para referirse a los trasplantes de órganos. La palabra donación implica la realización de un contrato por el cual se transfiere a título gratuito la propiedad de un bien, el cual es valorizable en dinero, es decir, que está dentro del comercio, se puede comprar y vender, contratar sobre él. Sin embargo, cuando se hace referencia al cuerpo humano, no es posible atribuirle un sentido patrimonial toda vez que el cuerpo humano está fuera del comercio de los hombres y, por lo tanto, no es valorizable en dinero.

En función de la relación existente entre cedente y receptor, se distinguen los siguientes tipos de trasplantes:

1. Autotrasplante o autoinjerto: El donante y el receptor son el

mismo individuo. No existe ningún problema con la incompatibilidad, porque el injerto y el receptor son genéticamente idénticos. Ejemplos de este tipo incluyen trasplantes de piel (de un lugar corporal a otro) y trasplantes de médula ósea autólogos.

2. Isotrasplante o trasplante singé- nico: El donante y el receptor son individuos distintos pero genéticamente idénticos, como gemelos univitelinos. Casi no hay riesgo de rechazo.
3. Alotrasplante u homotrasplante: El donante y el receptor son genéticamente distintos y de la misma especie. Este es el tipo de trasplante más común de células, tejidos y órganos entre humanos. Para evitar el rechazo generalmente se necesita tener en cuenta la inmunocompatibilidad entre donante y receptor. En la mayoría de casos es necesario seguir tomando fármacos inmunosupresivos por la vida del injerto.
4. Xenotrasplante, heterotrasplante, o trasplante xenogénico: El donante y el receptor son individuos de diferentes especies. Por ejemplo, los reemplazos valvulares pueden usar válvulas bovinas o porcinas.

El artículo 6 del Código Civil hace referencia a la donación (rectius cesión) de órganos en su artículo 6: “Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de

alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados en motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia”.

Precisamente, la Ley N° 27282, Ley de la materia, señala como requisitos para ser cedente de órganos los siguientes:

1. Ser mayor de dieciocho años y menor de sesenta y cinco.
2. Otorgar su consentimiento de forma expresa, libre e informada.

■ DONACIÓN INOFICIOSA

Se denomina como donación inoficiosa a aquella en la que el donatario percibe del donante aquello que este no puede disponer de su patrimonio por testamento, al haberse excedido y afectado la legítima de sus herederos legales; en este caso, una vez aperturada la sucesión del donante, dicha donación inoficiosa deberá ser reducida y restituida por el donatario a fin de que no se perjudique la legítima a la que tienen derecho los herederos legales del donante.

Conforme al artículo 1629 del Código Civil, nadie puede dar por vía de donación más de lo que puede

disponer por testamento. Se señala asimismo que la donación es inválida en todo lo que exceda de esta medida, y que el exceso se regula por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante.

Como podrá recordarse, la legítima asciende a las dos terceras partes de los bienes del causante si este tiene cónyuge, hijos u otros descendientes (conforme prevé el artículo 725 del Código Civil), o a la mitad de los bienes si solo tiene padres u otros ascendientes (artículo 726 del citado código).

Pues bien, en caso de que el donante hubiera entregado en donación una cantidad que afecte los importes antes mencionados, los herederos del donante ya fallecido podrán ejercer la acción de inoficiosa de la donación, destinada a que el donatario restituya a estos lo que percibió indebidamente del donante, al haber dispuesto sobre la legítima de los herederos.

Es preciso notar que conforme al último párrafo del artículo 1629, el exceso de lo percibido por el donatario se debe regular por el valor que tengan o debían tener los bienes al momento de la muerte del donante, con lo que se logra que el valor de dichos bienes se mantenga actualizado.

■ DONACIÓN MORTIS CAUSA

La donación mortis causa, también conocida como donación a la muerte

del donante, es aquella en la que la transferencia gratuita de la propiedad de los bienes objeto del contrato está sujeta a la condición suspensiva del fallecimiento del donante.

A diferencia de la donación *inter vivos*, en la que los efectos de la donación se presentan antes en vida del donante, vale decir, antes de su muerte; la donación *mortis causa* dichos efectos se materializan después del fallecimiento del donante.

El artículo 1622 del Código Civil establece que la donación que ha de producir sus efectos por muerte del donante se rige por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria.

No constituye una disposición testamentaria (de carácter unilateral) sino un acto contractual (plurilateral), por lo que debe contar con la oferta del donante y la aceptación del donatario. Asimismo, para su validez deben presentarse las demás formalidades del contrato de donación, en la medida que no colisionen con las disposiciones que rigen a los legados.

DONACIÓN POR BODA O MATRIMONIO

La donación por boda o matrimonio es aquella en la que la razón o motivo para la transferencia gratuita de la propiedad de los bienes objeto del contrato se debe a la realización de una boda o matrimonio civil o religioso.

Conforme al artículo 1626 del Código Civil, la donación de bienes muebles con ocasión de bodas o acontecimientos similares no está sujeta a las formalidades solemnes establecidas por los artículos 1624 (si el valor de los bienes muebles excede el 25% de la Unidad Impositiva Tributaria vigente al momento en que se celebre el contrato, la donación se deberá hacer por escrito de fecha cierta, bajo sanción de nulidad) y 1625 (la donación de bienes inmuebles, debe hacerse por escritura pública, con indicación individual del inmueble o inmuebles donados, de su valor real y el de las cargas que ha de satisfacer el donatario, bajo sanción de nulidad).

Como bien señala Max Arias: “Sería engorroso, por decir lo menos, que en el obsequio de bienes muebles valiosos (joyas, títulos valores, etc.) con motivo de una boda, cumpleaños, aniversario o situaciones afines tenga que exigirse, para su validez, que el donatario suscriba un documento de fecha cierta. Esto significa, lisa y llanamente, que en esta clase de donaciones no será necesario cumplir ninguna formalidad y que el contrato podrá celebrarse verbalmente y con la aceptación tácita del donatario, en tanto que su ejecución se produciría con la entrega del bien obsequiado”^(*).

(*) ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo II, Contratos Nominados, Gaceta Jurídica, Segunda edición, Lima, 2011, p. 188.

Ahora bien, cuestión que debe ser materia de alguna precisión es determinar qué debe entenderse por “acontecimientos similares”. Sobre el particular, cabe señalar que las mismas razones por las cuales se exonera de las formalidades antes señaladas a las donaciones por boda permite comprender en dicha exoneración a los obsequios por cumpleaños, graduaciones, festividades por el día de la madre o padre, etc.

DONACIÓN REMUNERATORIA

La donación remuneratoria es aquella modalidad del contrato de donación en la cual el donante se obliga a transferir gratuitamente la propiedad de un bien a favor del donatario en atención a los servicios que este ha ofrecido a aquel. De ordinario, debe constar en el instrumento constitutivo del contrato que la donación

efectuada se realiza como retribución a tales servicios, pues de lo contrario se considerará una donación simple.

Cabe precisar que las donaciones remuneratorias son, en el fondo, liberalidades realizadas en espontánea retribución o agradecimiento de servicios u otros actos del donatario a favor del donante o de terceros, que no tienen naturaleza de exigibles o que no se hicieron en consideración a una contraprestación. En otras palabras, el donante quiere hacer la liberalidad precisamente en recompensa de algo que el donatario no podía exigirle*).

El artículo 1642 del Código Civil prevé que en caso de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo, su invalidación o revocación determina la obligación del donante de abonar al donatario el valor del servicio prestado o del cargo satisfecho.

(*) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. “Invalidez o revocación de donaciones remuneratorias o sujetas a cargo”. En: *Código Civil Comentado*. Tomo VIII, Gaceta Jurídica, Lima, 2007, p. 437.

EJERCICIO DE DERECHOS POR HIJOS MENORES

El artículo 1358 del Código Civil establece que los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. Sin embargo, tratándose del menor que tenga más de dieciséis años de edad y menos de dieciocho, este puede contraer obligaciones o renunciar a derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.

Así por ejemplo, en el caso de un reconocimiento de deuda efectuado a favor de un menor, este no podrá renunciar al derecho de crédito que se le reconoce si no cuenta primero con autorización de sus padres (o de su tutor, en caso de que el menor no estuviese bajo la patria potestad) o en todo caso, si habiendo renunciado al crédito sin autorización de sus padres, estos no hayan ratificado tal acto jurídico unilateral de renuncia.

En definitiva, la autorización previa o ratificación posterior de los padres respecto del acto realizado por su menor hijo, equivale a que ellos lo hubiesen practicado en nombre del menor en ejercicio de las facultades conferidas por la patria potestad.

El incumplimiento de este supuesto legal (es decir, la realización del contrato por parte del menor sin autorización de sus padres o sin que estos lo hubiesen ratificado) equivale a que el acto jurídico realizado por el menor sea ineficaz (no anulable) y deba devolver la contraprestación que lo beneficie (caso contrario, esto implicaría un enriquecimiento sin causa, de conformidad con lo establecido en el art. 1954 del Código Civil). Así, en la medida que el artículo 456 del Código Civil hace referencia a la ratificación del acto por parte de los padres del menor, se colige que la ausencia de esta ratificación conlleva a la ineficacia del acto; ello por cuanto la ratificación es el acto jurídico unilateral mediante el cual un acto jurídico ineficaz adquiere eficacia. Entonces, si la ley dice que se requiere la ratificación, es

porque antes de la misma el acto resultaba ineficaz.

Por otro lado, el menor que de forma dolosa haya contraído obligaciones o haya renunciado a algún derecho sin autorización de sus padres, ante la negativa de estos de ratificar dicho acto jurídico, responderá por los daños y perjuicios que hubiese causado a la contraparte.

Esta regulación legal contenida en el artículo 456 del Código Civil debe ser aplicada de forma sistemática con lo dispuesto por el artículo 65 del Código de Niños y Adolescentes, el cual parte del principio de la capacidad jurídica del adolescente para celebrar actos o contratos relacionados con su actividad laboral y económica. Textualmente, la referida norma señala que: “Los adolescentes trabajadores podrán reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica”.

EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO

Todo derecho cuenta con un fin económico y social determinado. En líneas generales, se entiende como ejercicio regular del mismo a aquel que se efectúa respetando los parámetros propios que son consustanciales a dicho fin y que se encuentran inspirados por el principio general de buena fe.

Por ser titular de un derecho en particular, el sujeto cuenta con un conjunto de atribuciones que incluyen, en términos latos, diversos mecanismos de actuación. Es al poner en práctica estas atribuciones, esto es, al hacer ejercicio regular de un derecho, que —en algunos casos—, se pueden generar daños en la esfera jurídica de un tercero siendo, incluso, que esos daños pueden ser consecuencia natural del referido ejercicio.

La doctrina ha optado por no establecer límites al ejercicio regular del derecho, lo que conlleva asumir la generación de ciertos daños. La decisión se entiende por cuanto restringir o limitar un ejercicio regular es, desde ya, limitar el derecho o, más aún, desnaturalizarlo.

Así, el ejercicio regular de un derecho es considerado un acto no antijurídico, más precisamente, un hecho dañoso justificado. Como consecuencia de esto, el sujeto que actúa dentro de los parámetros del derecho que ostenta, aun cuando cause un daño, no responde civilmente.

Este estatus de hecho dañoso justificado del ejercicio regular de un derecho se encuentra, por supuesto, en el carácter regular de dicho ejercicio. Con esto queda del todo claro que cuando medie una transgresión al fin económico y social para el cual fue establecido un derecho, no se estará en presencia de un hecho antijurídico, sino todo lo contrario.

Como consecuencia de esto, resulta claro que tanto el abuso del derecho como el hecho ilícito no constituyen supuestos de ejercicio regular de un derecho. Ambas figuras, por el contrario, se encuentran sometidas a las reglas propias de la responsabilidad civil.

De esto último, se aprecia que el legislador nacional ha dejado de lado la idea de considerar al ejercicio regular de un derecho como la antítesis de los actos ilícitos.

■ EMBARAZO

El embarazo es el estado fisiológico de la mujer en el periodo comprendido desde la fecundación de un óvulo hasta el momento del parto.

La fecundación del óvulo se produce de forma natural, en su unión con un espermatozoide. Sin embargo, hoy en día es posible que esta fecundación se verifique de forma artificial, por medio de las llamadas técnicas de reproducción humana asistida.

De este modo, a través de técnicas artificiales se puede generar una situación de embarazo. Estas técnicas hoy en día son dos:

(i) Inseminación artificial: Es todo aquel método de reproducción asistida que consiste en el depósito de espermatozoides de manera no natural en la mujer o hembra mediante instrumental especializado y utilizando técnicas que

reemplazan a la copulación, ya sea en óvulos (intrafolicular), en el útero, en el cérvix o en las trompas de Falopio, con el fin de conseguir un embarazo.

Esta técnica se aplica principalmente en casos de infertilidad. Según la naturaleza de la infertilidad se puede distinguir dos tipos de inseminación artificial: a) inseminación homóloga: los espermatozoides empleados con los de la pareja de la mujer inseminada; b) inseminación heteróloga: en este caso los espermatozoides son aportados por un tercero ajeno a la pareja.

Los métodos más simples de inseminación artificial (tanto homóloga como heteróloga) consisten en observar cuidadosamente el ciclo menstrual de la mujer, depositando el semen en su vagina justo cuando un óvulo es liberado. Procedimientos más complicados, como depositar los espermatozoides directamente en el útero, son empleados según cada caso y aumentan la probabilidad de que la fecundación tenga éxito.

(ii) Fecundación in vitro o extrauterina: es una técnica por la cual la fecundación de los ovocitos por los espermatozoides se realiza fuera del cuerpo de la madre. La FIV es el principal tratamiento para la esterilidad cuando otros métodos de reproducción asistida no han tenido éxito. El

proceso implica el control hormonal del proceso ovulatorio, extrayendo uno o varios ovocitos de los ovarios maternos, para permitir que sean fecundados por espermatozoides en un medio líquido. El ovocito fecundado (el preembrión) puede entonces ser transferido al útero de la mujer, para iniciar un embarazo, siempre antes de los catorce (14) días desde que el ovocito es fecundado, tiempo durante el cual el cigoto recibe el nombre de preembrión, después de esas dos (2) semanas recibe el nombre de embrión hasta los cincuenta y siete (57) días desde la fecundación del óvulo.

Al igual que en el caso de la inseminación artificial, aquí también el material genético puede ser aportado por la pareja (caso en el cual la fecundación será homóloga) o por terceras personas, ya sea que aporten los óvulos o el semen (en este caso la fecundación será heteróloga). Sin embargo, en este caso juega un rol determinante un elemento o variable que no se presenta en el caso de la inseminación artificial: quien aporte el útero para llevar adelante el embarazo. En la medida que en la inseminación artificial las calidades de madre genética (quien aporta los óvulos) y gestante (quien lleva al feto en su útero) siempre coinciden, no se presenta ningún inconveniente. En cambio, en el caso de la fecundación in vitro, las calidades de madre gestante y madre genética pueden no

coincidir, por lo que se presentarían los siguientes escenarios:

- a) El óvulo y el útero son aportados por la esposa, y el semen del esposo: en este caso la filiación es natural por parte de ambos cónyuges.
- b) El óvulo y el útero son aportados por la esposa, y el semen por un tercero: la filiación es natural de la esposa y legal del esposo (adopción)
- c) El óvulo y el semen son aportados por la pareja, pero el útero por una tercera persona: es un típico caso del denominado “vientre de alquiler”.
- d) El semen y el útero son aportados por la pareja, pero los óvulos por una tercera persona: es un típico ejemplo de ovodonación.

ENAJENACIÓN (ACTOS DE DISPOSICIÓN)

Se ubica dentro de los actos de gestión patrimonial, en la cual ubicamos a los actos de administración y actos de disposición. Para la doctrina tradicional o clásica, el acto de administración es el que se refiere a la conservación, uso y goce de un bien, mientras que el acto de disposición es el que supone la enajenación o gravamen de un bien. En este sentido, se ha sostenido que en el acto de disposición se transmite el dominio de la cosa; por ejemplo la venta, la donación, el testamento. En el acto

de administración solo se transfiere la posesión, el uso; como ocurre en, el arrendamiento y el comodato.

Existe una tendencia que cuestiona la anterior diferenciación, enfocando el problema no solo desde una perspectiva netamente jurídica, sino principalmente desde la perspectiva económica. Así, se señala que para establecer la distinción entre negocios de administración y negocios que exceden de esta hay que recurrir a un criterio económico y no jurídico.

A diferencia de los actos de administración, cuya finalidad es la de mantener íntegro o aumentar el patrimonio por medio de la explotación de los bienes que lo componen, los actos de disposición provocan una modificación sustancial de la composición del patrimonio mediante un egreso anormal de bienes, seguido o no de una contraprestación. O sea que los actos de disposición pueden ser a título oneroso o a título gratuito. En el primer caso, hay bienes que ingresan en el patrimonio en compensación de los que egresan, tal como ocurre en la compraventa. En el segundo caso, hay una reducción del patrimonio, como ocurre con las donaciones.

La compraventa, generalmente citada como acto de disposición, no lo es cuando se trata de la venta del producto anual y regular de un establecimiento agrícola-ganadero

o industrial, en cuyo caso importa un acto de administración. Por otra parte, hay casos en que la locación, por pactarse por un tiempo muy prolongado y afectar con ello el valor del inmueble y el patrimonio, se transforma en acto de disposición.

Los actos de disposición o enajenación no buscan un rendimiento normal de los bienes que integran el patrimonio, sino el acrecentamiento rápido de los valores, sin relación directa entre lo invertido y lo esperado y bajo los riesgos propios de la especulación. Igualmente los que se realizan sin esperar ninguna contraprestación económica. De lo que se deduce que son actos de disposición o enajenación los que no reúnen las condiciones de la administración. Por tal motivo los actos de disposición o enajenación envuelven siempre una idea de especulación y explotación anormal, por lo que solo puede realizarlos un propietario o un representante legal o convencional expresamente autorizado.

En sentido estricto, los actos de disposición pueden consistir tanto en obligarse como en enajenar “si afecta al capital o a cualquier obligación no necesaria para la gestión ordinaria del patrimonio”. En estos casos, los actos no inciden en las rentas, utilidades o ganancias producidas por los bienes de capital, pero sí sobre estos últimos, poniendo en riesgo su permanencia como parte integrante de los activos patrimoniales.

Disponer es prescindir del bien (mejor aún, del derecho), deshacerse de la cosa, ya sea jurídica o físicamente.

Es preciso remarcar entonces que el concepto de enajenación no constituye el punto que hay que tener en cuenta para diferenciar a los actos de administración y de disposición, sino que es preciso determinar la función que cumple cualquiera de ellos con relación al patrimonio, de manera que el acto de administración es aquel que procura mantener intangible el patrimonio o el aumento de su valor; mientras que el acto de disposición será aquel que pone en riesgo la existencia o valor del bien o patrimonio a que se refiere, en este caso, los bienes de capital.

ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Aquel que se haya enriquecido sin justa causa en daño de otra persona, es constreñido en los límites del enriquecimiento a compensar a la contraparte por la correlativa disminución patrimonial.

Tiene un efecto restitutorio, en donde su límite está constituido en la magnitud del empobrecimiento, por ello se emplea el término “indemnizatorio”, ya que no se busca el resarcimiento o reparación ni abarcar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales, sino que se busca la reducción del patrimonio del demandado, dentro de los límites del

enriquecimiento injustificado que ha obtenido a expensas del perjudicado. Por ello, se debe advertir una distinción entre el enriquecimiento indebido o sin causa con la responsabilidad civil, pues aquella busca reclamar aquel valor con el que se ha enriquecido el sujeto beneficiado, mas no busca resarcir los daños y perjuicios sufridos por el perjudicado. En la responsabilidad civil hay daño pero no necesariamente enriquecimiento, así también podemos encontrar fenómenos de enriquecimiento injustificado en los que no puede hablarse de daño en sentido técnico.

La institución del enriquecimiento sin causa supone estar ante:

- a) La adquisición de una ventaja patrimonial de un sujeto.
- b) La correlación entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.
- c) La falta de justificación del enriquecimiento.

Como se ha anotado no se exige la presencia del daño propiamente dicho, pero ello no es obstáculo para que un mismo hecho origine no solo un supuesto de enriquecimiento indebido, sino también de responsabilidad civil extracontractual.

El enriquecimiento consiste en el hecho objetivo de haber conseguido un incremento en la esfera de ventajas de las que goza un sujeto. El incremento puede tener carácter

patrimonial, es decir, ser económicamente valorable en un contexto social determinado; este, sin embargo, no solo puede materializarse en un aumento del patrimonio estrictamente considerado, sino también puede revelarse a través de un gasto necesario no efectuado. Se piensa en el caso de un poseedor, de buena fe, que no efectúa retribución alguna por el local que ocupa su negocio o en el caso que un sujeto consuma bienes o frutos que no le correspondan. También se podría calificar como enriquecimiento a una situación a través de la cual se produzca una conservación de la riqueza.

Para explicar la ausencia de justa causa como requisito de operatividad del enriquecimiento, debemos acotar que ella está excluida por la existencia de una válida *fattispecie* contractual que actúe como justificación del enriquecimiento acontecido. A estos fines, es necesario que del contrato emerja una específica voluntad negocial o la intención libre, en caso contrario resulta abierta la puerta a los remedios restitutorios.

Se basa en el principio de subsidiariedad, en el sentido de que deba excluir la admisibilidad del remedio, toda vez que el sujeto tutelado pueda utilizar otro distinto, y es para evitar que mediante el enriquecimiento se perpetúen fraudes a la ley en el sentido de pretender hacerse de compensaciones, aun cuando la ley determina específicamente la vía a seguir para la obtención de tutela.

Esto significa que el enriquecimiento sin causa no puede ser ejercido cuando haya sido cometido un acto ilícito, precisamente, porque el daño puede ejercitar otro remedio, la del resarcimiento del daño, según el artículo 1969 del Código Civil, para evitar un doble enriquecimiento.

Por ejemplo, si el vendedor considera que el valor del terreno objeto de compraventa no era el que le correspondía al momento de la celebración del contrato, no procede demandar el enriquecimiento indebido del comprador, pues el vendedor podía haber ejercido su derecho como vendedor de solicitar el aumento del precio conforme lo señala el artículo 1579 del Código Civil.

■ ERROR

Vicio de consentimiento originado por una equivocada percepción de la realidad de una de las partes actuando de buena fe. Conocimiento imperfecto sobre las personas o las cosas. Es causal de nulidad del acto jurídico cuando se trate de un error esencial siempre y cuando este haya sido advertido por la otra parte.

Se entiende por **error esencial** aquel que cobra una importancia determinante para la configuración del acto jurídico por parte del sujeto. El error esencial es clasificado por la doctrina en tres categorías: **error in negotio**, **error in qualitate personae** y **error iuris**

El **error in negotio** toma en cuenta la cualidad del objeto del acto, comprendiendo la materia central sobre la cual se refiere el acto, o el objeto materia de prestación.

El **error in qualitate personae** cobra relevancia en cuanto las cualidades personales de una de las partes del acto jurídico es de relevancia para su perfeccionamiento. Incluso se ha sustentado su aplicación para actos unilaterales^(*).

Concierne al **error iuris** la falsa percepción de la realidad referente a la esfera jurídica, este tipo de error se configura en el supuesto en el cual el sujeto no pretende sustraerse de las normas del ordenamiento, sino que aduce una alteración en el proceso formativo de su consentimiento obrando en armonía con una directriz legal. Este tipo de error no debe confundirse con el principio *nemo consetur ignorare legem, ignorantia legis non excusat*, bajo el cual el sujeto no puede invocar la ignorancia de la norma para sustraerse de su aplicación.

La doctrina también clasifica el error según la declaración que le da origen en: error motivo y error obstativo.

El **error motivo** corresponde a una falsa representación de la realidad que ha confundido al sujeto y lo ha inducido a perfeccionar el acto de

acuerdo a una voluntad que no corresponde a la correcta expectativa de su esfera volitiva; por el contrario, el **error obstativo** toma en cuenta una falsa interpretación de la declaración de voluntad del sujeto para perfeccionar el acto jurídico, siendo la voluntad real totalmente divergente a la voluntad requerida, incluyéndose la declaración transmitida inexactamente por quien estuviese encargado de hacerlo.

■ ESPECIFICACIÓN

La especificación es un modo de adquirir la propiedad mediante la cual un sujeto adquiere esta a través de la transformación de un bien que era originalmente propiedad de otro. Al respecto, debe precisarse que la transformación del bien debe hacerse de tal forma que nos encontremos ante un nuevo bien, diverso del anterior, y que la transformación se haga sin asentimiento de su propietario original.

El Código Civil ha regulado la especificación de buena fe en el primer párrafo del artículo 937, al señalar que: “(e)l objeto que se hace de buena fe con materia ajena pertenece al artífice, pagando el valor de la cosa empleada”. Al respecto, debe señalarse lo siguiente:

- a) Es condición indispensable para que la adquisición de la propiedad se realice que el artífice haya actuado de buena fe.

(*) Véase: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2010, p. 395.

- b) Si bien la propiedad del nuevo bien se adquiere, el “artífice” deberá de pagar al propietario original el valor de la cosa empleada. No se ha establecido que el pago sea condición para la adquisición de la propiedad por lo que la adquisición debería ser inmediata, sin perjuicio de la obligación de realizar el pago.
- c) El valor de la cosa, en caso no mediar acuerdo entre los intervinientes, deberá ser fijado a través de un tercero, ya sea un juez o un árbitro.
- d) No se ha establecido el caso de la especificación de mala fe. Utilizando una interpretación a contrario sensu, en caso de que el artífice haya procedido de mala fe no adquiere la propiedad del nuevo bien, en cuyo caso el propietario “original” mantiene la propiedad del mismo, sin perjuicio que se solicite el pago de los daños que se hubieran podido causar por el uso de un bien que no le era propio.

■ ESPERANZA INCIERTA

El Código Civil ha establecido de manera expresa que los bienes que son objeto de la prestación que es objeto, a su vez, de la obligación puedan ser una esperanza incierta de que existan, salvo que haya alguna prohibición establecida por ley.

El tema de la esperanza incierta se instala en el más general sobre contratos sobre bienes futuros. En este caso es útil realizar la distinción entre la *emptio rei speratae* entendida como aquella modalidad en la que se tiene la certeza de que los bienes existen y la *emptio spei* (o esperanza incierta) como aquella modalidad en la que esta certeza está ausente. En el primer caso, se ha establecido en la primera parte del artículo 1410 que: “(c)uando la obligación creada por el contrato recae sobre un bien futuro, el compromiso de entrega queda subordinado a su existencia posterior (...)”. En el segundo caso, al encontrarnos ante la esperanza incierta se ha considerado que el contrato es aleatorio.

En el contrato sobre esperanza incierta una de las partes asume el riesgo de que el bien no llegue a existir, resultando en tal sentido un contrato aleatorio. Debido a aquello, a pesar de que el bien no llegara a tener existencia, al asumir el riesgo, el sujeto que lo asume quedará obligado a pagar la contraprestación a favor de la contraparte aun cuando el bien no llegara a existir o no tuviera las propiedades o cualidades que se hubieran prometido.

■ ESPONSALES

Se le define simplemente como la promesa formal y mutuamente aceptada de futuro matrimonio. Tratándose de

contraer un vínculo que se proyecta a durar toda la vida, es justo y oportuno que, mientras no se la haya expresado de un modo solemne, en el acto de celebración del matrimonio, la voluntad de cada uno de los que están por casarse pueda cambiar, sin consecuencias, desde el punto de vista personal y familiar, respetándose la esfera de la libertad de determinación, trascendental en este punto.

En tal sentido, puede considerarse que los esponsales son, en conjunto, un acto previo a la celebración del acto conclusivo dentro del procedimiento complejo de formación del consentimiento matrimonial.

Por consecuencia, la promesa no obliga a contraer el matrimonio o llevar a cabo lo que se acordó para el caso de ruptura. La relevancia de la promesa, en las diversas opiniones doctrinales, oscila entre la atribución de pleno valor jurídico hasta el punto de admitir su ejecución forzada (matrimonio forzado), y la consideración de ella solo como simple hecho, del cual se sigue el efecto secundario del pago de los gastos sostenidos en la confianza de la ejecución de la promesa.

La ruptura de la promesa (y aquí es mejor hablar de ruptura antes que de incumplimiento, ya que no nos encontramos frente a una obligación) genera efectos indemnizatorios.

También para el resarcimiento del daño existen importantes limitaciones; solo se puede exigir si la

promesa se realizó en acto público o en escritura privada, y si los novios son adultos, ocurre luego que la desilusión de la promesa provenga sin justo motivo, de hecho, el daño consiste solo en los intereses negativos (a menudo sin obligaciones contraídas a causa de la promesa). Si el promitente ha hecho donaciones a causa del matrimonio puede exigir la restitución, siendo esto una excepción al principio de la irrelevancia de los motivos para la validez de los negocios jurídicos entre privados.

En efecto, los esponsales solo tiene efectos para proteger los regalos o bienes adelantados. En tal sentido, se va a proteger el derecho que tiene una de las partes a que se le indemnice por los daños y perjuicios causados. Los esponsales no generan una relación jurídico-familiar ni generan parentesco ni afinidad.

De ahí se deduce que los requisitos exigidos por nuestro Código Civil son exigibles para la propia existencia de los esponsales, y no solamente para que se puedan producir los efectos indemnizatorios y restitutorios.

Previamente, debe aclararse que cuando se utiliza el concepto de culpa a efectos de analizar el cese de la promesa, se nos está requiriendo, al menos como el Código lo entiende, el análisis del comportamiento de los contrayentes en relación con un parámetro o estándar de comportamiento objetivo (culpa *in abstracto*), luego de lo cual, y constatándose su transgresión, recién podrá

considerarse como culpable el comportamiento material de cada uno de los promitentes. En esa dirección, no puede identificarse al culpable con el que formalmente ha roto la promesa o se ha negado a cumplirla, en cuanto ello puede ser solamente la consecuencia inevitable del comportamiento del otro promitente.

En este punto es importante verificar la eventual existencia del justo motivo en la ruptura del vínculo pues ello, en nuestro entender, guarda una equivalencia con el concepto de culpa utilizado por el Código, pues la conducta culpable, objetivamente verificada, genera propiamente el justo motivo para el rompimiento. En todo caso, el determinar cuando exista justo motivo, constituye una investigación de hecho que se debe dejar en manos de los órganos jurisdiccionales, los que dentro de los parámetros teóricos esbozados deben decidir, con las pruebas y argumentos aportados por las partes, la existencia de aquel.

■ ESTADO CIVIL

El estado civil de un sujeto constituye el presupuesto necesario para que aquel pueda ejercitar todas las situaciones jurídicas subjetivas, como son los derechos y deberes. El estado civil se define en función del sujeto a una colectividad a la que pertenece, tanto frente a los miembros de familia como al Estado mismo.

El estado civil de un sujeto no puede ser definido sino en función del

concepto de estatus. Por ello resulta imprescindible buscar una noción de aquella. Es la condición, posición o situación personalizada que es atribuida por ley de carácter duradero e institucional, que resulta de una valoración hecha por el ordenamiento jurídico. En concreto, resulta ser una síntesis de situaciones jurídicas subjetivas que fluyen de su capacidad de ejercicio.

En doctrina existen distintas posiciones acerca de la naturaleza del estado civil. Entre ellas cabe mencionar aquella que le niega la categoría de situación jurídica, dando relevancia a los efectos que produce. Otra postura, totalmente contraria a la anterior, señala que es una situación jurídica en cuanto el ordenamiento jurídico lo califica a partir de una valoración que realiza del sujeto con relación al conjunto del que forma parte.

Entre los estatus primordiales podemos mencionar a la situación de padre, de hijo, de casado-soltero, viudo-divorciado.

a) Soltero

Es el estado civil en el que se encuentra un sujeto que no ha contraído matrimonio. En ese sentido, esta resulta ser una situación contraria al matrimonio.

b) Casado

Es aquel estado que se deriva de la pertenencia a un matrimonio. Definir ello es imprescindible puesto que las relaciones jurídicas

derivada de uno de los cónyuges con relación a sus bienes, resulta válida, siempre y cuando sean ambos los que den el consentimiento.

■ ESTADO DE NECESIDAD

Tenemos que partir de la figura de la lesión, El Código Civil peruano solamente regula la lesión para el caso de aprovechamiento malintencionado de un estado de necesidad y cuando cumpla con un elemento objetivo, optándose por el modelo italiano que es el más confuso y fundamentalmente el menos protector, ya que no incluye a todo tipo de obligaciones asumida bajo condiciones inicuas, debido a un determinado estado conocido por la contraparte.

La definición de la figura está en el artículo 1447 del CC y determina básicamente tres elementos:

- a) Una desproporción entre las prestaciones que al momento de celebrar el contrato es mayor a las dos quintas partes.
- b) Un estado de necesidad apremiante de una de las partes.
- c) El aprovechamiento por parte de uno de los contratantes de dicho estado de necesidad.

Estado de necesidad es el elemento subjetivo para la configuración de la lesión del contrato en nuestro sistema. Estado de necesidad del perjudicado que reduce su libertad contractual

(está constreñido a celebrarlo y bajo esa condiciones) y el aprovechamiento del lesionante que explota la inferioridad para arrancarle un contrato desequilibrado en su ventaja.

Los elementos constitutivos del estado de necesidad son:

- a) Un complejo de intereses para satisfacer.
- b) Una deficiencia de bienes para satisfacer tales intereses o las necesidades según las cuales son satisfechos los mismos intereses.
- c) Las eventuales consecuencias dañosas que pueden derivar de la ausencia de satisfacción.

Aunque el Código no lo dice, es claro que “la desproporción está en relación de causalidad con el aprovechamiento del estado de necesidad; es decir, la desproporción se origina en que una de las partes la acepta a fin de salvarse del estado de necesidad en que se encuentra.

El estado de necesidad hace que las opciones del individuo dejen de tener el carácter racional que el esquema de mercado perfecto exige. Un fundamento similar se usa para justificar la existencia de prohibiciones de supuestas cláusulas leoninas. Se entiende que, por condiciones de mercado, ciertos individuos no se comportan racionalmente.

En los diversos códigos que han incorporado el vocablo para caracterizar una de las situaciones en que

puede encontrarse la víctima de un acto lesivo, se ha buscado comprender en la “necesidad” no solo los aspectos de inferioridad económica o material, sino también las situaciones de angustia moral o peligro.

Es el caso de quien, hallándose en dificultades económicas, vende sus propios bienes para obtener dinero, y el comprador que sabe de tales condiciones de necesidad del vendedor, aprovecha ofreciendo un precio irrisorio.

La parte que se aprovecha del estado de peligro o de necesidad, puede evitar el remedio de la rescisión ofreciendo modificar las condiciones del contrato según la equidad. Por eso, el contrato con lesión enorme no es convalidable.

La simple inadecuación de la relación entre las prestaciones (que no llegue al extremo de la ausencia de causa) no basta para activar el remedio, porque en nuestro sistema la objetiva “justicia” del intercambio contractual es, en línea de principio, irrelevante: el remedio se activa solo si a la anomalía objetiva se acumula la anomalía subjetiva, es decir, la necesidad que presiona a la parte.

■ EVICCIÓN

La evicción hace referencia a un mecanismo de tutela a favor del

acreedor-adquirente de un bien cuando este es privado total o parcialmente de la propiedad o posesión como consecuencia de una causa de derecho y no de hecho. En ese sentido se manifiesta nuestro Código Civil en su artículo 1491 cuando señala que se debe el saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho a la propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia.

La Casación N° 1492 ha manifestado, en torno a la evicción, que el transferente queda obligado al saneamiento por evicción cuando el adquirente es privado total o parcialmente del derecho de propiedad, uso o posesión de un bien en virtud de resolución judicial o administrativa firme y por razón de un derecho de tercero, anterior a la transferencia. En este caso el adquirente podrá exigir al obligado la restitución del valor del bien al momento de la evicción, el pago de intereses, tributos, gastos, costas, indemnización por daños, entre otros; potestades que emanan de la aplicación de la norma de derecho privado

Tal como lo señala la norma el saneamiento por evicción para configurarse como tal necesita de tres requisitos imprescindibles, los cuales pasaremos a desarrollar:

1. Transferencia de un derecho de propiedad, uso o posesión de un bien

Este requisito hace referencia a la celebración de un contrato que transfiere la titularidad de un bien. En ese sentido el saneamiento por evicción se encontrará en los contratos de compraventa, de suministro, comodato, mutuo, arrendamiento, donación, depósito, garantía mobiliaria, etc.

2. Privación total o parcial del derecho

Este requisito hace referencia a que el sujeto titular de la propiedad o posesión del bien se encuentra privado de las facultades que le son propias de acuerdo a su derecho. En ese sentido solo basta que la privación se de cómo consecuencia de un sentencia del derecho de propiedad, uso o posesión del bien.

3. Resolución judicial administrativa firme

Tal como se refiere solo es necesario que haya una resolución firme que se encuentre consentida o ejecutoriada tal como lo dispone el artículo 123 del Código Procesal civil. En ese sentido no es necesario que se haya realizado la ejecución material de la sentencia, en otras palabras, no es imprescindible que se presente una desposesión del bien.

■ EXAMEN MÉDICO

El reconocimiento médico o clínico es el examen que se realiza una persona con relación a su cuerpo, y que tiene como finalidad averiguar ciertos aspectos vinculados con la salud de la persona.

El examen médico es parte del método clínico, considerándolo como el proceso o secuencia ordenada de acciones que los médicos han desarrollado para generar su conocimiento desde el comienzo de la era científica. Es el método científico aplicado a la práctica clínica. Es el orden recorrido para estudiar y comprender el proceso de salud y de enfermedad de un sujeto en toda su integridad social, biológica y psicológica.

El tema de los exámenes médicos guarda estrecha relación con el derecho a la integridad y el derecho a la disposición sobre el propio cuerpo. Así, en materia del derecho a la integridad, la valoración jurídica de los actos de libre disposición del cuerpo y su relación con el derecho sobre uno mismo, ha merecido un tratamiento especial en el sentido de que, al ser el hombre dueño de su cuerpo y ejercer un dominio sobre este, no cabría la ejecución de prácticas o exámenes médicos que alteren dicho señorío corpóreo si es que no se cuenta con la autorización respectiva.

Así, siendo el cuerpo la materia directa de las prácticas médicas (análisis, tratamientos, medidas

profilácticas, intervenciones quirúrgicas, exámenes, pericias), toda persona goza de dos facultades que son ejercidas con base a su autodeterminación y libertad. Estas son la de prohibir (no hacer) o permitir (hacer) la realización de actos médicos:

Por un lado, el derecho a rechazar tratamientos o exámenes médicos si bien no está incluido en el artículo 11 del CC, constituye un derecho primigenio de la persona, ya sea porque el rechazo se da en pro de la propia salud o la vida, o porque el tratamiento que se nos quiere hacer tiene como fin proteger el interés de terceros, quienes buscan en nuestro cuerpo elementos que prueben sus pretensiones (como sucede con las pruebas de paternidad).

No obstante, si bien una persona puede legítimamente negarse a que se le realice una práctica médica alegando su derecho de no acción a efectos de impedir la intervención sobre su estructura biológica, la ley puede establecer la obligatoriedad a determinadas prácticas sustentando razones de orden público, como sucede en el caso de las medidas aplicadas en materia poblacional (vacunación obligatoria, certificado prematrimonial, examen médico obligatorio para el servicio militar, internación de enfermos mentales, ingresos a determinadas zonas del país, etc.) o a efectos de establecer la comisión de ilícitos civiles (dosaje etílico) y para casos especiales como la cesión o transfusión de sangre (descarte del VIH).

Por otro lado, también existe el derecho de la persona de realizar sobre sí (permitir) un acto médico determinado. En este sentido, la persona puede someterse a exámenes médicos cotidianos, periódicos o habituales a efectos de saber que nada lo aqueja o para mantener la continuidad y ejecución del contrato en el que la salud o aptitud psíquica sea la esencia de la relación contractual. Dentro de este supuesto se encuadran las denominadas actividades deportivas remuneradas o profesionales, los militares, policías, pilotos y demás profesiones en las que el estado psicofísico es fundamental para el cumplimiento de misiones delicadas.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE PLAZO

Figura propia de los contratos con prestaciones recíprocas. Se diferencia de la excepción de incumplimiento en cuanto aquella se configura para los supuestos de prestaciones diferidas, ya que en el caso de la excepción de caducidad de plazo las partes contratantes han incorporado en el acto jurídico la modalidad de plazos para el cumplimiento de sus respectivas prestaciones.

Por ello, la excepción de caducidad es aplicable a casos en los cuales una parte debe cumplir con la prestación antes que la contraparte, sobreviniendo el riesgo razonable de que la contraparte no pueda realizar

la contraprestación, en ese caso, la parte obligada a ejecutar la obligación en primer lugar podrá incumplir legítimamente su prestación hasta que la contraparte se encuentre en la posibilidad de cumplir con su contraprestación o garantice su cumplimiento.

El fundamento jurídico de esta figura se basa en el principio de seguridad que es inherente a la contratación y que protege al contratante que, según el contrato, debe cumplir su prestación en primer lugar, garantizando el cumplimiento de la contraprestación cuya ejecución se encuentra en riesgo.

EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO

Figura jurídica propia de los contratos con prestaciones recíprocas que consiste en la facultad de ambas partes, de abstenerse a cumplir la prestación, si la otra no cumpliera de manera contemporánea con la suya. Esta figura prevé una causal de incumplimiento legítima, hasta que la contraparte no garantice el cumplimiento de su obligación.

El incumplimiento será legítimo en cuanto las prestaciones se den en un marco de simultaneidad de ambas prestaciones y una de las partes no la realice, facultando a la otra a suspender la prestación hasta que se asegure el cumplimiento.

La finalidad de la excepción de incumplimiento es presionar a la contraparte para que satisfaga la prestación a la que está obligado, confiriendo a la parte la facultad de suspender los efectos del contrato hasta que esta se realice, tratándose a la excepción de incumplimiento como un instrumento de defensa que permite al contratante negarse válidamente a realizar su prestación hasta que la contraparte esté en condiciones de cumplir la suya.

EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN

En principio los contratos se celebran para cumplirse en las condiciones y formas tal como las partes en un comienzo la previeron. En ese sentido se dice que el contrato es ley entre las partes, por cuanto los sujetos vinculados por el contrato deben ejecutar las prestaciones según su contenido.

Sin embargo el respeto irrestricto de este principio, acarrearía muchas consecuencias injustas si tomamos en cuenta la evolución de las sociedades. En efecto, en la actualidad nos damos cuenta que durante la etapa de la ejecución del contrato acaecen múltiples factores ajenos a la voluntad de las partes, que podrían influir de manera significativa durante la etapa de la ejecución de las prestaciones y que razonablemente no se podían prever al momento de

celebrase el contrato. En ese sentido nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a semejante problemática, es por ello que en su artículo 1440 regula la institución de la excesiva onerosidad. En tal sentido se señala que en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas.

Tal como lo señala la norma el contrato debe ser conmutativo, es decir, las prestaciones que surgen deben ser equivalentes, en tal sentido deben excluirse los contratos aleatorios o al azar. Asimismo, el contrato debe ser de ejecución continuada, periódica o diferida, es decir, el contrato debe tener un lapso de tiempo prolongado para que las prestaciones seas cumplidas, en tal sentido se excluyen, por la misma lógica, las prestaciones con ejecución instantánea.

Un último requisito importante que señala la norma es que el acontecimiento que genera la excesiva onerosidad de la prestación debe ser extraordinario o imprevisible. Por consiguiente el hecho que genera tal

circunstancia agravante para una de las partes deber ser anormal, imprevisible, una causa extraña para las partes. Asimismo para valorar tales circunstancias no se debe tener en cuenta criterios rígidos, pues ello conllevaría a desnaturalizar dicha institución, sino que debe tenerse en cuenta las circunstancias del caso como la situación del mercado, la naturaleza del contrato, así como la diligencia de una de las partes para prever tal situación.

■ EXEQUÁTUR

El exequátur es el proceso judicial por el que se reconoce y se da fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera. Este proceso, que en el Perú es no contencioso, no revisa el fondo de dicha sentencia, tiene por objeto investirla de los mismos efectos que cualquier sentencia nacional; es decir, el de cosa juzgada y, dependiendo del tipo de sentencia, el ejecutivo, constitutivo o registral. El exequátur o proceso judicial de homologación y ejecución de sentencias extranjeras tiene lugar en el ordenamiento jurídico nacional con base en el principio de la reciprocidad y cortesía internacional, a fin de evitar la duplicidad de juzgamiento frente a un mismo derecho, siempre que se dé cumplimiento eficaz a la normativa peruana de permisibilidad de esta institución

Una sentencia para que sea sometida a exequátur debe ser definitiva, es

decir, tener la calidad de cosa juzgada al no proceder contra ella ningún recurso impugnatorio o modificación alguna. Este proceso es viable respecto a las sentencias que provienen de procesos contenciosos, de las que se pretende su ejecución en el foro; en cambio, si solo se quiere hacer valer su calidad de cosa juzgada o su mérito probatorio en un proceso en trámite en el país o, son resoluciones emitidas en procesos no contenciosos o de jurisdicción facultativa, no es necesario que sean sometidas a exequátur, solo basta que estén legalizadas por la vía diplomática.

En el Perú se ha considerado que el exequátur homologa la sentencia extranjera a efectos de proceder a su ejecución, aun si la sentencia es constitutiva (por ejemplo, de separación de cuerpo, o de divorcio), por cuanto emitido a la resolución que pone fin al proceso se procede a su inscripción en el registro correspondiente, mediante oficio o partes firmados por el presidente de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia que conoció el proceso. Sin embargo, se ha de precisar que si se trata de una sentencia de condena extranjera, el auto que la homologa se constituye en un título de ejecución, válido para iniciar el proceso de ejecución de resoluciones judiciales ante otra instancia; en consecuencia, su ejecución no se da de inmediato, como la de las sentencias constitutivas o declarativas, infiriéndose además, que el exequátur no tiene como único fin

el de dotar de fuerza ejecutiva a una sentencia extranacional

Cabe señalar que este proceso puede ser iniciado teniendo en cuenta como requisito de primer orden la existencia de tratado(s) sobre la materia que vinculen al Perú con el Estado de procedencia o de origen de la sentencia y, a falta de ellos, el principio de reciprocidad. Una vez verificados uno u otro requisito, se ha de constatar además el cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 2104 del Código Civil; resultando ilógica la exigencia de estas condiciones para el régimen convencional o de tratados, porque ya estos señalan requisitos o condiciones específicas que se han de cumplir para proceder con el exequátur. Es por eso que la mayoría de Estados son conscientes de que los efectos de las sentencias firmes e, incluso, laudos extranacionales deben extraterritorializarse, permitiendo tal posibilidad con el único requisito de su sometimiento al proceso de reconocimiento y ejecución conocido como “exequátur”.

Si en el país que pretende ejecutar un exequátur, no existen tratados bilaterales o convenciones multilaterales, es indispensable acreditar que en la nación de donde proviene la sentencia rige el principio de reciprocidad, y la carga de la prueba incumbe al demandante. Si la sentencia procede de un país en el que no se da cumplimiento a la jurisprudencia

peruana, no tendrá fuerza alguna en la República.

Por ejemplo, para que las sentencias extranjeras de divorcio y separación de cuerpos –derivadas de un matrimonio celebrado en el Perú o de uno inscrito en el consulado peruano correspondiente adquieran fuerza ejecutiva, deben ser sometidas a exequátur; solo así la sentencia extranjera se “nacionalizará” y su mandato se podrá inscribir en el Registro de Estado Civil, retro trayéndose sus efectos a la fecha de emisión de la sentencia extranjera. Como se sabe, el juez al resolver un exequátur no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión controvertida, por lo tanto, no controla la ley aplicada en la sentencia; solo se limita a verificar que se cumplan los requisitos contenidos en los artículos 2102, 2103 y 2104 del Código Civil.

■ EXPROMISIÓN

La expromisión se refiere a una de las modalidades de la novación subjetiva por cambio de deudor. Mediante esta un nuevo deudor se compromete a cumplir con la obligación del deudor primitivo. Al respecto, se debe tener en cuenta lo siguiente:

a) Como toda novación deberá cumplir alguno de los requisitos generales, en el sentido de que a fin de que se produzca la misma es necesario que la voluntad de novar se manifieste

indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

- b) Asimismo, a efectos de su celebración es posible que la misma se celebre aun en contra de la voluntad del deudor primitivo debido a que será el acreedor y el nuevo deudor los que acuerden celebrar dicho acto jurídico, entendiéndose que el acreedor está conforme con las cualidades crediticias de su nuevo deudor.
- c) Parte de la doctrina señala que será indispensable que el acreedor manifieste de manera expresa su voluntad de exonerar del pago al acreedor primitivo, no admitiendo la expromisión tácita.

■ EXPROPIACIÓN

El derecho de propiedad constituye uno de los derechos fundamentales del ser humano y una garantía institucional del Estado Social de Derecho. Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída sobre el Exp. N° 008-2003-AI: “Nuestra Constitución reconoce a la propiedad no solo como un derecho subjetivo (derecho individual), sino también como una garantía institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un ‘instituto’ constitucionalmente garantizado”.

Sin perjuicio de lo anterior, en un Estado Social de Derecho, como es el nuestro, el derecho de propiedad se encuentra sometido a determinados límites, dentro de los mismos encontramos a la expropiación.

La expropiación consiste en la facultad que tiene el Estado de sustraer de la esfera patrimonial de otro sujeto el derecho de propiedad del que es titular, bajo ciertos presupuestos y cumpliendo determinadas condiciones. Así, el artículo 70 de la Constitución Política del Perú establece que: “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. **A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio**” (el resaltado es nuestro).

Al respecto, se ha dado la Ley N° 27117, Ley General de Expropiaciones, la que establece en su artículo 2 que la “expropiación consiste en la transferencia forzosa del derecho de propiedad privada, autorizada únicamente por ley expresa del Congreso en favor del Estado, a iniciativa del Poder Ejecutivo, regiones o gobiernos locales y previo pago en efectivo

de la indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio”.

La expropiación por mandato constitucional deberá siempre responder a un motivo de necesidad pública o seguridad nacional que justifica la expropiación, la cual deberá ser declarada por ley.

Adicionalmente a lo anterior, tal como lo señala la Constitución, se deberá pagar el justiprecio en compensación con la expropiación realizada. Así lo señala también el artículo 15.1 de la Ley General de Expropiaciones que establece que la “indemnización justipreciada comprende el valor de tasación comercial debidamente actualizado del bien que se expropia y la compensación que el sujeto activo de la expropiación debe abonar en caso de acreditarse fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo originados inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia”.

EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD

A diferencia de lo que sucede con los modos extintivos de las obligaciones, las causales de extinción de la propiedad no presentan un desarrollo doctrinal detallado y sistemático. Esto se explica por la naturaleza mucho más dinámica y transitoria de la relación obligacional, que conlleva

una tensión entre el acreedor y el deudor destinada a su extinción. En efecto, las obligaciones surgen para ser cumplidas, ya sea mediante el pago o cualquiera de sus formas subrogadas, léase novación, compensación, transacción, condonación, dación en pago, etc.

Por el contrario, los derechos reales —y en especial la propiedad por su carácter perpetuo— están dotados de cierta estabilidad y permanencia. De este modo, en principio las obligaciones existen para cumplirse mientras que los derechos reales han sido creados para mantenerse.

En doctrina se hace una distinción interesante entre causas absolutas y relativas de extinción de la propiedad. Por las primeras, la propiedad se extingue en forma definitiva, esto es, ya no hay propiedad sobre un bien determinado. Así ocurre con la destrucción del bien, o por el hecho de que este haya sido excluido del comercio de los hombres (por ejemplo, la afectación de un bien al dominio público). Por las segundas, la propiedad se extingue para el sujeto específico, pero el derecho sigue existiendo en cabeza de otro sujeto. En este caso, la propiedad pasa a otro, cambia de manos, se extingue en cuanto al antiguo propietario, pero renace en el nuevo titular; así ocurre en los actos de transmisión de propiedad.

Si bien el artículo 968 del Código Civil consagra las causales de extinción de la propiedad, no distingue

entre aquellas de carácter absoluto con respecto de aquellas otras de carácter relativo.

Entre estas causales, está la destrucción o pérdida total o consumo del bien (artículo 968, inciso 2 Código Civil), que viene a ser la típica causal de extinción absoluta de la propiedad.

Por su parte, el inciso 1 del artículo 968 del Código Civil consagra la causal relativa de extinción: la adquisición del bien por otra persona. Si bien se puede señalar que esta, en sentido estricto no es una causal extintiva de la propiedad porque propiamente no extingue el derecho sino que simplemente pasa a la esfera de otra persona, su previsión resulta útil para efectos prácticos.

La expropiación también es una causal relativa de extinción de la propiedad, pues el derecho no se extingue per se, sino que se extingue con relación al anterior titular, pero renace (mejor dicho, se transmite) en cabeza del nuevo titular, que vendría a ser el Estado. Esta causal extintiva se halla reconocida en el artículo 968 inciso 3 del Código Civil.

Finalmente, el inciso 4 del artículo 968 del Código Civil consagra al abandono del bien por un periodo de 20 años, como una causal de extinción del derecho de propiedad en cabeza del hasta entonces titular del dominio, y su transferencia al dominio del Estado. Un sector de la doctrina ha visto en esta figura la denominada “prescripción extintiva de la propiedad

por el no uso”, sugiriendo que esta causal de extinción de la propiedad se encontraría derogada de forma tácita al contravenir el texto del artículo 70 de la Constitución Política del Perú.

EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES

Las obligaciones como mecanismos de cooperación de los privados tienen un *iter* de desarrollo desde su nacimiento hasta su extinción, en el primer caso estaremos ante las fuentes de las obligaciones y, en el último, frente a los mecanismos de extinción, sin olvidar vicisitudes intermedias como la cesión de los derechos de crédito o la asunción de obligaciones. El Código Civil ha consignado en el Título referente a los “Efectos de las obligaciones” a alguno de los mecanismos de extinción de obligaciones. Antes de señalar brevemente en qué consisten aquellos debe indicarse que no toda extinción de obligaciones trae aparejada la satisfacción del interés del acreedor en cuya virtud nace la obligación; así tenemos por ejemplo a la novación subjetiva por cambio de deudor en donde se reemplaza al deudor primigenio, extinguiéndose la obligación respecto a él, pero sin que el interés del acreedor se haya visto satisfecho. A continuación se señalan a los siguientes mecanismos de extinción de obligaciones:

- a) Pago: El pago entendido como el cumplimiento es el mecanismo natural de extinción de obligaciones y con satisfacción del interés del acreedor ya que las obligaciones se contraen para ser cumplidas. El pago debe revestir las características de ser oportuno, íntegro e idéntico en cuanto al objeto de la prestación. El Código Civil también ha considerado a la dación en pago como mecanismo de extinción de obligaciones señalado en el artículo 1265 contemplando: “pago queda efectuado cuando el acreedor recibe como cancelación total o parcial una prestación diferente a la que debía cumplirse”.
- b) Novación: La novación puede ser objetiva o subjetiva dependiendo si la modificación se produce sobre un elemento “objetivo” o “subjetivo” de la relación jurídica obligatoria. El efecto extintivo se produce al sustituir la obligación primitiva por una nueva. A efectos de que se produzca esta es necesario que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.
- c) Compensación: En aquellos casos en los que las condiciones de deudor y acreedor son comunes a las partes en una relación y se producen ciertos requisitos adicionales se pueden compensar las deudas. Así, el artículo 1288 del

- Código Civil establece que “(p)or la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo”.
- d) Condonación: Es aquella situación en la que el acreedor “perdona” la deuda del acreedor. En nuestro ordenamiento se ha previsto que la condonación sea acordada mutuamente.
- e) Consolidación: En estos casos la calidad de acreedor y deudor recaen sobre un mismo sujeto; por lo que la deuda se extingue.
- f) Transacción: En virtud del artículo 1302 del Código Civil, mediante la transacción las partes “haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado”.
- g) Mutuo disenso: Las partes acuerdan mutuamente dejar sin efecto la relación obligatoria.

F

FACTORES DE ATRIBUCIÓN (CRITERIOS DE IMPUTACIÓN)

Verificado el daño (detrimento, sufrimiento, violación de derechos de la personalidad), quien realiza el juicio de responsabilidad civil procede a dirimir a quién corresponde hacerse cargo de los costos. Es el justificativo teórico del traspaso del peso económico del daño de la víctima al sujeto responsable”. Este traspaso del peso económico del daño, es expresión de la función “redistributiva” de la responsabilidad civil; el elemento que concurre en el juicio de responsabilidad es uno que sirve de pauta o guía (“criterio”) al operador del derecho para determinar las razones de la responsabilidad de alguien.

Entre los criterios de imputación tenemos: a la culpa, el riesgo, la garantía, el abuso del derecho y la equidad. Como vemos, los criterios de imputación de la responsabilidad han sido ampliados respecto a los estudiados en una visión clásica (que

centraba su atención en la culpa y el riesgo), incluyéndose así al “abuso del derecho” que lo tenemos regulado en el artículo 11 del Título Preliminar del Código Civil peruano, a la garantía (que la encontramos en el artículo 1981 del Código Civil) y a la equidad (que se plasma en el artículo 1977 del Código Civil), sin embargo ello no es unánime en doctrina.

El dolo coincide con la voluntad del sujeto de causar el daño o incumplir una obligación, en principio no se presume pero forman parte del repertorio de la responsabilidad extracontractual ciertas hipótesis que solo son concebibles cuando media dolo, es decir, de casos en los cuales el resarcimiento solo será procedente si el agente del daño ha ocasionado este obrando de manera intencional. Por ejemplo, daños por inducción al incumplimiento contractual, incitación o instigación, denuncia calumniosa.

La culpa es el criterio subjetivo de imputación de responsabilidad recogido en la “cláusula general de responsabilidad” del artículo 1969 del

Código Civil, que implica el análisis de los elementos intrínsecos de la conducta del sujeto (imprudencia).

Se debe distinguir:

Culpa objetiva.- También se le llama culpa *in abstracto*, la cual, se opone a la culpa *in concreto* o subjetiva. La culpa objetiva se basa en parámetros determinados por la ley (es por ello que recibe dicha calificación).

Culpa subjetiva.- Es aquella que se basa en las características personales del agente.

La garantía constituye un factor de responsabilidad “directa” o por hecho propio; por efectos de la garantía, el principal responderá frente a la víctima porque se está beneficiando económicamente con la conducta desplegada por su dependiente, que se encuentra recogido en el artículo 1981 del CC.

El riesgo implica un costo asumido por la sociedad a efectos de obtener un beneficio mayor para la misma, siendo una “salida racional” que adopta para proveerse de “bienes indispensables para su desarrollo económico y social”.

El abuso del derecho es aquel factor que ingresará en defecto de la aplicación de alguno de los factores antes analizados.

La equidad es aquel factor atributivo que persigue, en la medida en que no sea posible el pago de la indemnización por parte del representante

legal del incapaz, la aplicación de una “indemnización” a ser cubierta por el “incapaz” a efectos de no dejar desprotegida a la víctima, sin embargo, se critica que la equidad es un concepto genérico, inadecuado para constituir fundamento o medida de la responsabilidad civil, a la cual en el caso se reduce al de ser el criterio para la liquidación de la indemnización.

■ FALLOS ARBITRALES EXTRANJEROS

Antes de definir lo que es un laudo arbitral extranjero, se debe tener en claro qué es un laudo arbitral. Lamentablemente no hay una definición exacta de este término aceptada internacionalmente, tal como lo demuestra el hecho de que no se la incluya en ninguna de las convenciones internacionales sobre arbitraje, como los tratados de Ginebra, la Convención de Nueva York o la Ley Modelo de Uncitral. Es más, el concepto de laudo arbitral ha sido y es objeto de un debate controvertido, razón por la cual las legislaciones de Derecho comparado, los reglamentos de las principales instituciones arbitrales, así como los tratados y convenios internacionales han optado por no incluir una definición de laudo.

No obstante ello, la doctrina se ha animado por definir al laudo arbitral como aquel fallo que decide cada uno de los puntos sometidos

a consideración del tribunal arbitral y a cualquier otra decisión que determine cuestión de fondo. De este modo, el laudo pone fin de forma definitiva y minuciosa a una cuestión litigiosa que las partes han sometido a criterio del Tribunal.

En lo que respecta al calificativo de “extranjero” respecto del laudo, la Ley de Arbitraje (LA) separa la ejecución de laudo según su origen, sean estos nacionales (arts. 67 y 68 de la LA) o extranjeros (arts. 74 a 78). Así, la LA abandona la división de los laudos en nacionales o internacionales, para asumir una nueva basada en el lugar donde los laudos son pronunciados.

De acuerdo con el artículo 5 de la LA, el arbitraje tiene carácter internacional (i) cuando las partes en el convenio arbitral tienen sus domicilios en Estados diferentes; (ii) cuando el lugar del arbitraje está fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios y (iii) cuando el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

De esta forma, no debe confundirse la ejecución de laudos extranjeros con el hecho de que sean o no producto de un arbitraje internacional. De acuerdo con lo expresado en el

artículo 74 de la LA, son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano, y serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el Derecho peruano:

- a) La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
- b) La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
- c) Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.

Asimismo, la norma establece claramente que salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Por lo tanto, puede darse el caso de un arbitraje internacional que es ejecutado según las normas de los artículos 67 y 68 de la Ley de Arbitraje, diseñados para los laudos nacionales. Por ejemplo, si una empresa peruana y otra extranjera decidieran llevar una controversia a arbitraje y pactan que el lugar del arbitraje internacional será la ciudad

de Lima, en el Perú, estaremos ante un arbitraje internacional que producirá un laudo nacional. En cambio, si esa misma empresa peruana hubiere pactado con la empresa extranjera que el lugar del arbitraje sea una ciudad de otro país, estaríamos frente a un laudo extranjero.

■ **FALSUS PROCURATOR**

El artículo 161 del Código Civil señala cuando el apoderado se excede en sus facultades (puede ser tanto en perjuicio o en beneficio del *dominus*) el acto deviene en ineficaz con relación a su representado y del tercero, asumiendo el representante responsabilidad frente al representado como frente a los terceros. El exceso de representación implica superación de los límites de un poder representativo existente. Por ello, comprende supuestos de hecho que pueden situarse en el límite respecto a las de abuso de representación por inobservancia de directivas del representado: se trata de valorar caso por caso si el representante que las viola simplemente desatiende el interés del representado o más radicalmente actúa más allá de sus poderes.

En efecto, es violación de facultades, cuando el representante actúa en conflicto de intereses con el representado (Por ejemplo: Vende el bien del representado a un familiar suyo) o cuando lesiona el interés del mismo (vende el bien del

representado a un precio inferior al del mercado).

También se incluye al quien le falta poder, *falsus procurator*, situación que no debe confundirse con el artículo 164 del CC (credencial del poder). El tercero, ante la ausencia de poder, podrá tener el acto como no celebrado y, como es natural, reclamar la indemnización al representante falso. Solo en esta hipótesis no se llega a dar el supuesto de hecho de una situación de “representación aparente”, en cambio en las demás si no se llega a respetar la carga de la comunicación a terceros y estos no tienen otra manera de enterarse del defecto de poder de representación, la falta de legitimación representativa no impide que el acto tenga eficacia frente al representado. También ocurre cuando su poder ya feneció o su poder le fue otorgado de manera inválida.

Se exige que se presenten cuatro presupuestos: (i) que el *falsus procurator*, indicando el nombre del *dominus*, haya estipulado un contrato con un tercero, contrato que debe ser idóneo a producir efectos jurídicos en caso de producirse la ratificación; (ii) que el tercero no haya tenido culpa al confiar en la eficacia del contrato y en la subsistencia de la legitimación del *falsus procurator*; (iii) que el *falsus procurator* haya actuado con dolo o culpa, pues son los presupuestos que las normas de responsabilidad civil exigen para que sea procedente el derecho

a la indemnización de daños y perjuicios; y, (iv) que no se haya producido la ratificación por parte del *dominus*.

En ese sentido, el negocio celebrado por quien obra como representante sin tener la legitimación respectiva, no produce efectos en la esfera jurídica del representado (puesto que el nombre de este último ha sido indicado ilegítimamente), pero sí produce efectos en la esfera jurídica del representante como si el mismo celebrara el negocio jurídico con el tercero, por imposición legal.

Por otro lado, la mayor parte de la doctrina se inclina por pensar que la naturaleza de la responsabilidad del *falsus procurator*, es extracontractual, ubicándose específicamente en el ámbito precontractual. Ello debido a que el *falsus procurator* no ha violado ningún tipo de deber u obligación derivante del contrato, sino más bien un deber establecido de forma previa y anterior al contrato. En ese sentido, el hecho ilícito del representante es la lesión de la libertad contractual del tercero.

Ante ello el artículo 162 del CC, señala que el acto puede ser ratificado por el representado observando la forma prescrita para su celebración, de donde debe concluirse necesariamente que al ser el acto ratificable no puede padecer de nulidad. La ratificación es un negocio jurídico unilateral (que no requiere la aceptación de una tercera persona), por

el cual alguien consiente en asumir la posición jurídica y los derechos u obligaciones que a dicha posición correspondan y que un tercero hubiera creado para él declarando ante otra persona que actuaba en su representación.

En exceso de atribuciones hay que ver los límites del poder y los límites de las instrucciones, aunque el artículo 75 del Código Procesal Civil, establece que el otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad.

■ FAMILIA

No es posible sentar un concepto preciso de familia, en razón de que se trata de una palabra a la cual pueden asignarse diversas significaciones jurídicas: una amplia, otra restringida y una intermedia.

- a) Familia en sentido amplio (familia extendida): en el sentido más amplio (familia como parentesco) es el conjunto de personas con las cuales existe algún vínculo jurídico-familiar. Desde este punto de vista, la familiar está compuesta por un grupo de personas ligadas por vínculos jurídicos emergentes de la relación intersexual, de la procreación y del parentesco. Este sentido de familia es el que reviste importancia jurídica, puesto que las relaciones a que da lugar son las reguladas por el Derecho de

Familia; sin perjuicio de que en la legislación sea aludida para fines alimentarios y hereditarios, y son la exigencia de que haya vida en común.

- b) Familia en sentido restringido (familia nuclear): la familia comprende solo a las personas unidas por la relación intersexual o la procreación. Desde este punto de vista, la familia está formada por el padre, la madre y los hijos que están bajo su patria potestad. Este sentido de familia asume mayor importancia social que jurídica, por ser el núcleo más limitado de la organización social y el que ha merecido la atención de numerosos textos constitucionales que tienden a imponer al Estado su defensa o protección; aunque sea la más aludida en la legislación.
- c) Familia en sentido intermedio (la denominada familia compuesta): en el concepto intermedio, la familia es el grupo social integrado por las personas que viven en una casa, bajo la autoridad del señor de ella. Este sentido o acepción de familia, solo tiene importancia social, por ello la legislación no la toma en cuenta.

La familia como institución, se encuentra protegida por una serie de principios contenidos en la Constitución Política de 199. Así por ejemplo:

- a) El principio de protección de la familia: el artículo 4 de la

Constitución precisa que la comunidad y el Estado protegen a la familia, reconociéndola como instituto natural y fundamental de la sociedad.

- b) El principio de promoción del matrimonio: este principio importa el fomentar la celebración del matrimonio y el propiciar la conservación del vínculo si fuera celebrado con algún vicio susceptible de convalidación. Este principio guarda relación con el de la forma del matrimonio, contenido también en el párrafo final del artículo 4 de la Constitución, y significa que el matrimonio que debe promoverse es el celebrado conforme a la ley civil; estableciendo esta forma como única y obligatoria para alcanzar los efectos matrimoniales previstos en la ley.
- c) El principio de amparo de las uniones de hecho: este principio sustenta la regla de que la unión voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, sin impedimento matrimonial, produce determinados efectos –personales y patrimoniales– reconocidos en la ley y que son similares a los del matrimonio.
- d) El principio de igualdad de categorías de filiación: este principio significa que todos los hijos tienen iguales derechos y deberes frente a sus padres. En tal virtud, los hijos matrimoniales,

extramatrimoniales y adoptivos se encuentran en un mismo trato paritario ante la ley.

■ FAMILIA ENSAMBLADA

Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia, al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así, cambios sociales y jurídicos tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades, entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del *pater familias*. Consecuencia de ello es que se hayan generado familias con estructuras distintas a la tradicional, como son las surgidas de las uniones de hecho, las monopaternales o las que en doctrina se han denominado familias reconstituidas o ensambladas.

En realidad no existe un acuerdo en doctrina sobre el *nomen iuris* de esta organización familiar, utilizándose diversas denominaciones tales como familias ensambladas, reconstituidas, reconstituidas, recompuestas, familias de segundas nupcias o familiastras. Son familias que se conforman a partir de la viudez o el divorcio. Esta nueva estructura familiar surge a consecuencia de un nuevo matrimonio o compromiso. Así, la familia ensamblada puede

definirse como “la estructura familiar originada en el matrimonio o la unión concubiniaria de una pareja en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de una relación previa”.

Por su propia configuración estas familias tienen una dinámica diferente, presentándose una problemática que tiene diversas aristas, como son los vínculos, deberes y derechos entre los integrantes de la familia reconstituida, tema de especial relevancia en el presente caso, por lo que se procederá a revisarlo.

Las relaciones entre padrastros o madrastras y los hijastros/as deben ser observadas de acuerdo con los matices que el propio contexto impone. Por ejemplo, del artículo 237 del CC, se infiere que entre ellos se genera un parentesco por afinidad, lo que, de por sí, conlleva un efecto tan relevante como es el impedimento matrimonial (art. 242 del CC). Es de indicar que la situación jurídica del hijastro no ha sido tratada por el ordenamiento jurídico nacional de forma explícita, ni tampoco ha sido recogida por la jurisprudencia nacional.

No obstante, sobre la base de lo expuesto queda establecido que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar, con eventuales derechos y deberes especiales, no obstante la patria potestad de los padres biológicos. No reconocerlo traería aparejada una afectación a

la identidad de este nuevo núcleo familiar, lo que de hecho contraría lo dispuesto en la carta fundamental respecto de la protección que merece la familia como instituto jurídico constitucionalmente garantizado.

Desde luego, la relación entre los padres afines y el hijastro tendrá que guardar ciertas características, tales como las de habitar y compartir vida de familia con cierta estabilidad, publicidad y reconocimiento. Es decir, tiene que reconocerse una identidad familiar autónoma, sobre todo si se trata de menores de edad que dependen económicamente del padre o madre afín. De otro lado, si es que el padre o la madre biológica se encuentran con vida, cumpliendo con sus deberes inherentes, ello no implicará de ninguna manera la pérdida de la patria potestad suspendida.

■ FIANZA

Es aquel contrato por el cual una de las partes, denominada fiador, se obliga frente a la otra parte, denominada acreedora, a garantizar una obligación de un tercero si esta no es cumplida íntegramente por este último.

Cabe señalar que en este contrato no es necesaria la participación ni el consentimiento del deudor, pues conforme al artículo 1869 del CC, se puede afianzar sin orden y aun sin noticia o contra la voluntad del deudor.

La fianza es un contrato accesorio, en la medida que es imposible

concebir la existencia de un contrato de fianza sin que tenga por finalidad garantizar una o más obligaciones nacidas de otras relaciones contractuales. En ese sentido, el artículo 1875 del Código Civil establece que la fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal.

Es igualmente un contrato subsidiario, por lo que en principio el fiador responde en segundo término, en defecto del deudor principal. En ese sentido, el artículo 1879 establece a favor del fiador el denominado beneficio de excusión, por el cual este no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de los bienes del deudor. Para que el fiador pueda aprovecharse del beneficio de la excusión, debe oponerle al acreedor luego que este lo requiera para el pago y acreditar la existencia de bienes del deudor realizables dentro del territorio de la República, que sean suficientes para cubrir el importe de la obligación. No obstante, el artículo 1883 establece las causales de improcedencia del beneficio de excusión: i) Cuando el fiador ha renunciado expresamente a ella; ii) cuando se ha obligado solidariamente con el deudor; y, iii) en caso de quiebra del deudor.

Otras características del contrato de fianza es que es de carácter solemne, pues para su validez se requiere que el contrato sea celebrado por escrito.

Así, el artículo 1871 del CC establece que la fianza debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad. Por lo tanto, este artículo establece una formalidad *ad solemnitatem*.

Por otro lado, la fianza puede ser gratuita, pero nada obsta para que sea onerosa, vale decir, el fiador podría recibir una retribución por asumir la obligación de afianzar al deudor.

Se dice igualmente que este contrato tiene como característica la literalidad, en la medida de que el fiador solo queda obligado por aquello a que expresamente se hubiese comprometido. En ese sentido, de ordinario, la obligación del fiador no puede exceder de lo que debe el deudor; sin embargo, por pacto expreso es válido que el fiador se obligue de un modo más eficaz que el deudor.

Ahora bien, una vez que el fiador paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor mantenía contra el deudor. Así, el fiador tiene derecho a exigir al deudor: i) el total de lo pagado por el fiador; ii) el interés legal desde que hubiese hecho saber el pago al deudor, aunque no lo produjese para el acreedor; iii) los gastos que se les haya ocasionado, después de poner este en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago; y, iv) los daños y perjuicios, cuando procedan.

No obstante, el fiador no podrá ejercitar acción contra el deudor si, por haber omitido comunicarle el pago efectuado, este ha cancelado

igualmente la deuda; aunque en este caso subsistirá el derecho de repetición del fiador contra el acreedor.

FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

En la filiación extramatrimonial, los progenitores carecen de un estado legal vinculante con respecto a su descendencia. No existe el negocio jurídico matrimonial (o para algunos un acto jurídico en sentido estricto) que “garantice” –por así decirlo– que la calidad de progenitor reside en el marido de la mujer.

Cuando se trata de los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio, y a falta de emplazamiento, la filiación materna puede ser acreditada con independencia de la paterna, sin que por establecer la una se induzca la existencia de la otra.

De allí que la voluntad (reconocimiento) o la imposición jurisdiccional (declaración judicial) son los únicos medios de establecerla, en efecto, en sentido básico tenemos que los presupuestos de la filiación extramatrimonial son la maternidad y la paternidad de ambos hechos biológicos de los progenitores.

La tendencia moderna en la doctrina es ya no diferenciar la filiación en matrimonial ni extramatrimonial. Máximo se hace una diferencia entre la filiación por sangre (la determinada por la procreación) y la filiación legal (establecida por

un acto jurídico familiar). En efecto, aunque algunos aún defienden el sistema dispar de la filiación, sobre todo los conservadores, existe una fuerte y marcada tendencia a un tratamiento unívoco de la filiación que no distingue entre la matrimonial y la extramatrimonial, como es el caso del sistema brasileiro (art. 1591 y ss. del CC) y el de Québec que expresamente señala que todos los menores con filiación establecida tienen los mismos derechos y obligaciones, sin importar las circunstancias de su nacimiento (art. 522), y la filiación paterna y materna está dada por el nacimiento, sin importar las circunstancias de nacimiento del menor (art. 523).

El artículo 387 del Código Civil, indica que el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o a la maternidad, son los únicos medios de la prueba de afiliación extramatrimonial. El reconocimiento no admite modalidad y es irrevocable.

Por otra parte, por Ley N° 28457 se regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial. Un proceso singular en el que nada vale más que la sindicación de tal persona como progenitor de otra o, sea el caso, el sometimiento a la indagación genética. Quedan atrás, rezagadas, las presunciones de paternidad, los engorrosos juicios y la falta de prueba. Es un proceso especial *ex code*, no tratado en el Código Procesal Civil. El fundamento de este proceso de paternidad justifica su

diseño procedimental especial, economizando al máximo la labor de las partes, dejando a la ciencia sustentar las pretensiones.

Entre las características del nuevo proceso de paternidad extramatrimonial tenemos:

- Es competente para conocer los procesos de declaración judicial de la paternidad extramatrimonial, el juez de paz letrado.
- La acción judicial de paternidad extramatrimonial corresponde “solo” al hijo. Es este quien tiene la legitimidad para obrar pudiendo la madre actuar en su representación si el hijo fuera menor de edad. La nueva ley permite a “quien tenga legítimo interés” poder accionar por paternidad a favor de un tercero.
- Proceso basado en la efectividad del ADN.
- El proceso aprobado solo puede ser utilizado para la paternidad extramatrimonial. No es aplicable a otro tipo de acciones filiales. Se sustenta en la mayor carga procesal. En otras palabras, la materia procesal en este aspecto es reducida, por no decir inexistente, pero no por ello menos importante.

FILIACIÓN MATRIMONIAL

La filiación más que una institución jurídica, es una institución social en

la que emergen un sinnúmero de relaciones personales y patrimoniales que ha trascendido en el tiempo. Es, entre todas las relaciones parentales la más importante y la de mayor jerarquía. Deriva del latín *filius*: hijo y es entendida como la relación jurídica parental yacente entre el hijo y su padre (o madre); es decir, un vínculo jurídico que conecta a dos situaciones jurídicas subjetivas: la del hijo y la del padre. También se podría decir que es la “relación existente entre una persona de una parte, y otras dos, de las cuales una es el padre y la otra la madre de la primera”. Mediante la filiación los padres se vinculan jurídicamente con sus hijos cumpliendo con satisfacer sus necesidades y requerimientos, asistiéndolos, protegiéndolos, y representándolos. La relación paterno-filial; es por ello, un complejo de relaciones familiares entre padres e hijos dándose la denominada autoridad paternal que obedece a la obligación que tienen los padres en la formación de sus hijos.

Sus fuentes básicas son de las más diversas: matrimonio, reconocimiento, sentencia judicial de filiación, adopción (que también se declara mediante sentencia), por ello de acuerdo a la calidad del hijo existe:

- Filiación matrimonial.
- Filiación extramatrimonial.
- Filiación adoptiva.

La filiación produce efectos a nivel de derechos patrimoniales (derechos

sucesorios y alimentarios) y derechos extramatrimoniales (que son los derechos personales).

La filiación matrimonial se funda en tres pilares fundamentales: el vínculo de filiación materno; el vínculo de filiación paterno y el vínculo conyugal entre los padres. ¿Cómo se establece la prueba de esos vínculos? La prueba del matrimonio no presenta mayores dificultades. Normalmente, es la partida de matrimonio expedida por los Registros del Estado Civil, instrumento público que proporciona la prueba del vínculo conyugal de los padres.

Respecto del establecimiento del vínculo de filiación materno, los modos de prueba susceptibles de establecer la maternidad son diversos: la partida de nacimiento, la posesión de estado, cualquier prueba escrita. En general, el principio que reina la materia es aquel que dispone que “es madre del niño aquella que lo alumbró”. La filiación materna supone entonces la reunión de dos hechos complementarios: el alumbramiento y la identidad del niño cuya mujer ha traído al mundo.

Respecto del establecimiento del vínculo de filiación paterno, los modos de prueba tradicionalmente admitidos se fundan en diversos índices, realidades, manifestaciones de voluntad y especialmente presunciones. Ningún niño es sometido, en el momento de su nacimiento, a la verificación de su origen biológico.

Un principio tradicional proclama que la paternidad se presume: el matrimonio de los padres hace presumir la paternidad legítima. Es necesario entonces examinar el significado de la presunción de paternidad: se entiende a esta presunción como que los hijos concebidos o nacidos durante la vigencia del matrimonio o a 300 días siguientes a su disolución, serán atribuidos al marido de la mujer que los parió. Ahora. ¿Por qué la vinculación paterna se deduce de la maternidad de la cónyuge? Es porque se presuponen dos hechos derivados de deberes personales: En primer lugar. Que la esposa ha mantenido relaciones íntimas con su marido (deber de cohabitar, de hacer vida en común) y, en segundo lugar, que solo las ha mantenido con su marido (deber de fidelidad).

Como se advierte, el régimen legal de la filiación otorga protección preferente a la reproducción protagonizada por las parejas estables institucionalizadas por el matrimonio. Esto responde a la concepción de familia del Código Civil: la familia matrimonial; ello no se contradice con el principio de igualdad de derechos de los hijos, pues este se refiere a los efectos jurídicos derivados de la determinación de la filiación.

■ FOLIO PERSONAL

La publicidad registral se constituye en uno de las instituciones jurídicas más trascendentales dentro de las

sociedades modernas pues permite brindar seguridad jurídica a los terceros que quisieran celebrar negocios tomando como base la publicidad, así como permite agilizar el tráfico comercial.

Para una adecuada publicidad de estas situaciones jurídicas, el legislador se encuentra ante una vicisitud de ordenar estas situaciones en base a los bienes, es decir, tomando como referencia todas las transacciones que pesen sobre ella, o en base a las personas, es decir, tomando como referencia las transacciones que realizan los sujetos. Esta última forma de sistematización del Registro es lo que suele llamarse folio personal.

El folio personal es la organización y sistematización del Registro sobre la base de un índice alfabético, el cual hace referencia al nombre de los sujetos que tienen titularidades sobre bienes, que se agrupan cronológicamente sin tener en cuenta su correlación con un determinado bien. En este sistema, los contratos son registrados tomando como punto de partida los sujetos que participaron en dicho negocio, ya sean personas naturales o jurídicas.

Es un sistema complicado, lento y burocrático por cuanto el registrador solo inscribe pocos casos y además había el problema de la homonimia en torno a la inscripción de las personas naturales. Esta forma de organización del Registro no cumple de manera adecuada con la función

que le es inherente como es la de publicitar las diferentes situaciones jurídicas de la manera más rápida y coherente. En ese sentido la única manera de como un tercero pueda tener información acerca de un bien que le interesa es a través, en primer lugar, del nombre de los titulares de los inmuebles, y solo de manera secundaria poder recomponer el historial jurídico de dicho bien.

Asimismo, se advierte que este sistema no requiere del principio del tracto sucesivo, lo cual es sustancial para brindar seguridad jurídica a los terceros cualificados que quisieran adquirir un bien con base en el Registro. Esto se demuestra por cuanto no existe una hoja donde se concentre toda la historia jurídica de dicho bien. Además, cuando se realiza la inscripción no se verifica si el enajenante tiene un título que lo sustente para transmitir su propiedad.

El Derecho italiano es uno de los pocos sistemas jurídicos que acoge semejante forma de organización del registro, en donde la base para publicitar las diversas situaciones jurídicas son los sujetos.

■ FOLIO REAL

El sistema de folio real es la organización del registro tomando como base a los bienes. En ese sentido existe un historial jurídico en donde se inscriben todas las modificaciones, negocios y actos que se realizan sobre un determinado bien.

En dicho sistema las modificaciones que se realizan sobre un determinado bien se efectúa con los asientos registrales de manera sucesiva. Es decir, si hubiera una transacción esta se inscribirá en el respectivo asiento, respetando así las antiguas inscripciones sucesivas en forma cronológica. De esta manera el Registro cumple con su función que le es consustancial, esto es, publicitar las diferentes situaciones jurídicas sobre un determinado bien de manera sencilla y coherente, por cuanto mantiene agrupado todos los asientos registrales sobre un mismo bien.

Este sistema toma como principio orientador el tracto sucesivo, por cuanto las transferencias que se quieran realizar, se harán tomando como referencia al titular que aparece en el Registro. En ese sentido, en base al Registro los terceros que quisieran adquirir un determinado bien tendrán que buscar a su titular, lo cual se verán facilitados, puesto que esta información será brindada por el folio real. Ello brinda seguridad jurídica, por cuanto este sistema solo publicitará un único titular registral, y no varios potenciales como lo hacía el sistema de folio personal. El que quisiera adquirir un bien de aquel que no aparece en Registros, simplemente su adquisición será rechazada.

Este sistema resulta ser sumamente práctico, moderno y seguro por cuanto todas las inscripciones se realizan tomando como base al

mismo bien de manera individual, lo cual se puede apreciar en su historial jurídico.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge este sistema tal como lo señala el artículo, en forma expresa, IV del Título Preliminar del Reglamento de General de Registros Públicos, en donde se menciona que por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquellas, así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno. En tal sentido, en el Perú todos los actos o modificaciones que se realizan sobre un determinado bien se agruparán en una sola hoja.

FORMA DEL ACTO JURÍDICO (NEGOCIO JURÍDICO)

Toda la declaración de voluntad requiere una forma externa que refleje la voluntad. La forma es todo aquello que sirve de vehículo a la exteriorización de la voluntad, pero no todo negocio jurídico requiere de una formalidad, es decir, no todos aquellos requieren tener ritos especiales. La forma es la manera de existir de los negocios jurídicos y desde luego del contrato. Por consiguiente, si bien es verdad que detrás de la importancia de la forma se encuentran razones de seguridad del tráfico jurídico, existe un hecho de mayor relevancia que hace que

la forma sea considerada en ciertos casos como un elemento del acto jurídico: sin la forma este no podría existir.

Cuando la ley no designe una forma específica para un negocio jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente, bajo el principio de libertad de forma.

El negocio jurídico es un instrumento de la autonomía privada para regular intereses jurídicamente relevantes, y a los propios interesados les compete determinar las formalidades (cuando la ley no las determina de manera especial) conjuntamente a la forma de la declaración, los interesados pueden estimar lo conveniente para que quede patente su voluntad.

Clases de formas:

Forma impuesta (formalidad): Es el conjunto de particulares exigencias adicionales a la exteriorización normal de la voluntad. La observancia de ciertas formas admitidas como únicas aptas para la declaración de voluntad. En este sentido, son formas la exigencia del uso del documento, de la escritura pública, de la certificación notarial, de fórmulas solemnes, de medios de comunicación determinados, como la carta certificada.

Funciones de las formalidades:

- Evitar que las partes actúen y se obliguen sin una adecuada meditación.

- Facilitar la interpretación y ejecución del negocio.
- Se reducen las dificultades probatorias (art. 1605).
- Publicidad y seguridad (art. 703).

Son subdividen en dos:

- a) **Solemne.**- Llamada también formalidad constitutiva. Va dirigida dotar de eficacia constitutiva al negocio jurídico, son sustanciales, pues, si se omiten, se priva al negocio jurídico de validez.

La forma solemne más utilizada es la escritura pública, en la que intervienen un notario que da fe del negocio y convierte al instrumento en público, y produce fe respecto de la realidad del negocio verificado ante el funcionario o notario que lo extendió y autorizó.

Por ejemplo: la donación inmobiliaria, cesión de derechos, Formalidad en la aceptación de la oferta, formalidad del negocio preparatorio, formalidad en la modificación del negocio.

- b) **Probatoria.**- Dado a los sujetos para darles beneficios para posibles procesos. Va dirigida a probar la declaración o el negocio de una manera fehaciente. No tiene rigidez y consiste en documentar la declaración de voluntad, sea por instrumento público o privado.

Forma libre

Cuando la manera de emitir o celebrar negocios jurídicos no requiere formalidad alguna.

¿Qué criterios asumir para determinar frente a qué tipo de formalidad me encuentro? Por ejemplo: “bajo pena de nulidad”. Fórmulas prohibitivas de lo contrario: “no podrán celebrarse verbalmente”, o “no podrán otorgarse sin asistencia del notario”. Cuando la disposición sea imperativa o preceptiva: “deberá constar por escrito”.

■ FRUTOS

Son frutos los provechos renovables que produce un bien, sin que se altere ni disminuya su sustancia, que engloba aquellos rendimientos o percepciones que un bien permite obtener, lo que los diferenciaría de los productos ya que estos últimos se generan a partir de la separación de algún bien disminuyendo o alterando su sustancia. Los frutos vienen a ser un excedente económico. Por supuesto, no son frutos los incrementos patrimoniales generados a partir de la enajenación de activos o incrementos excepcionales. Los frutos se insertan como factores de producción, pudiendo ser percibidos monetariamente o mediante especie, no siendo necesario que se destinen al consumo de manera directa o indirecta, asimismo, la periodicidad en el rendimiento económico no es un

elemento consustancial a la existencia de los frutos. Es claro que la generación de excedentes económicos puede ser eventual y generarse en periodos regulares o no. V gr.: Las cosechas, las crías de animales, la tala de los bosques, etc.

Clases:

Frutos naturales: Son aquellos frutos que provienen del bien sin la intervención humana. V gr.: Las crías de los animales, la leche, la lana, las frutas. Los frutos naturales, antes de su separación, forman parte del bien, es decir, son partes accesorias del bien. V gr: La venta de una vaca comprende la de la cría que lleve en el vientre.

Frutos industriales: Son aquellos frutos que produce el bien a causa de la intervención humana. Son frutos industriales los bienes y servicios manufacturados. En este caso, se hablaría de excedentes que no se generan de manera espontánea. Por supuesto, si entendemos que en la generación de frutos siempre interviene de una u otra manera la mano del hombre, todos los frutos serían industriales. V gr.: La industria automotriz, textil o la siderúrgica utilizan materias primas y luego las convierten en productos acabados, con valor agregado.

Frutos civiles: Son aquellos frutos que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica, los frutos civiles también surgen por la mediación de un bien, aunque no

precisamente como resultado de la separación de una parte del mismo. Aun así, se les considera frutos porque al igual que en los casos anteriores nos encontramos ante un medio a través del cual se extrae provecho de un bien, entendido como capital, sin afectar su carácter de tal. De este modo se puede entender que son frutos civiles aquellos que proceden del bien en correspondencia al goce que otra persona distinta de su propietario tiene sobre el mismo.

De este modo, entre los frutos civiles están las rentas que el bien produce. El ejemplo típico es el de la renta generada por el arrendamiento, los intereses de un préstamo de capital, la renta de un contrato de arrendamiento, los productos derivados del trabajo de un animal.

Propiedad de los frutos

Los frutos naturales corresponden al propietario del bien y son percibidos cuando se recogen.

Los frutos industriales pertenecen al productor y se perciben cuando se obtienen.

Los frutos civiles corresponden al titular del derecho, que no es necesariamente el propietario, es decir, el que tiene el goce y disfrute del bien. Se perciben cuando se recaudan.

Cómputo de los frutos industriales o civiles, deducción de los gastos

El que goza, disfruta y cuida de la producción de los frutos, con la intención de hacerlos suyos, tiene a su

cargo los gastos de la producción. Cuando se trate de computar los frutos industriales o civiles, se rebajarán los gastos y desembolsos realizados para obtenerlos. En estricto, solo podemos hablar de frutos una vez que se haya efectuado el descuento sea ya por el de acopio, la manufactura o la recaudación de los mismos. A pesar de que nuestro Código Civil no hace referencia a la deducción de gastos en la generación de frutos naturales, es obvio que estos tienen que reducirse a efectos de determinar claramente si existen o no excedentes económicos. Lo contrario podría generar una situación de enriquecimiento sin causa.

■ FUERZA

La fuerza, desde un punto de vista jurídico, es el sustento o el fundamento de dos tipos de vicios de la voluntad que pueden dar lugar a la anulación del acto jurídico si la parte afectada así lo decide: la violencia y la intimidación.

La intimidación es la amenaza de sufrir un daño grave o inminente (producto, precisamente, del uso de la fuerza) sobre una persona, familiares próximos o sus bienes, que limita la libertad de determinación y hace que la voluntad expresada incurra en un vicio que amerita la anulabilidad del acto.

El artículo 215 del Código Civil asume esta definición cuando señala

que: “Hay intimidación cuando se inspira al agente el fundado temor de sufrir un mal inminente y grave en su persona, su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o en los bienes de unos u otros. Tratándose de otras personas o bienes, corresponderá al juez decidir sobre la anulación, según las circunstancias”.

Por su parte, la violencia es el empleo efectivo de la fuerza física sobre una persona que anula su libertad de determinación.

Sobre el plano de los caracteres típicos, la intimidación debe ser de tal naturaleza que debe impresionar a una persona sensata y de hacerle temer que se expone a sí o a sus bienes a un mal injusto y notable (parámetro objetivo). La aptitud a impresionar (parámetro subjetivo) depende de la atendibilidad de la amenaza, de la puesta en escena, de las posibilidades que le quedan a la víctima de sustraerse al mal, entre otros aspectos. Cuando, en cambio, se agrega que el mal debe ser notable, se entiende que las consecuencias amenazadas no deben ser de pequeña monta. Puede haber, entonces, una amenaza que genera temor a la persona advertida y que, sin embargo, en el plano legal, es irrelevante porque el mal amenazado es tenue. De igual forma, puede haber una amenaza de un mal terrible, el cual en un plano de hecho, no impresiona a nadie, porque la víctima sabe que grandes dificultades obstaculizan su

actuación, y sabe, en todo caso, que podrá sustraerse fácilmente.

En lo que respecta a la violencia, el uso de la fuerza no necesariamente debe cumplir con ciertos caracteres típicos; por el contrario, para determinar si el uso de la fuerza puede dar lugar a la anulación del acto jurídico por la causal de violencia, se debe atender a la edad, al sexo, la condición de la personas y las demás circunstancias que puedan influir sobre su gravedad.

Por otro lado, el término “fuerza” también asume relevancia jurídica en el ámbito contractual, cuando se hace referencia a la fuerza de ley que el contrato tiene entre las partes que lo celebran. Esta fuerza del contrato, sustento del *pacta sunt servanda*, se encuentra reconocido en el artículo 1361 del Código Civil, cuando establece que “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”.

■ FUERZA MAYOR

La fuerza mayor es lo que en el ámbito de la responsabilidad civil se conoce como una causa no imputable que da lugar a la imposibilidad de ejecución de la prestación, lo cual exonera al deudor de su deber de cumplir tal obligación a favor del acreedor así como del resarcimiento de los daños que hubiese podido ocasionar.

De este modo, la fuerza mayor es una causa decisiva y autónoma que media entre determinado

acontecimiento y una consecuencia dañina. Esta causa debe reunir ciertos requisitos: debe ser extraordinaria, imprevisible e inevitable.

La doctrina no se pone de acuerdo respecto de las diferencias prácticas entre catalogar determinado evento como caso fortuito o fuerza mayor. Si bien ambos conceptos son difusos y en muchos casos la legislación los confunde, la doctrina jurídica coincide en señalar que, si bien en ocasiones se puede obligar a un deudor a cumplir una obligación que incumplió por caso fortuito, no se puede exigir nunca una obligación que se incumplió por fuerza mayor.

En el Perú, si bien el Código Civil los distingue, les enlaza las mismas consecuencias jurídicas: exoneración de una persona determinada de asumir el resarcimiento de los daños generados en la contraparte. Así lo establece claramente el artículo 1315 del CC en lo que respecta a la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones (comúnmente denominada responsabilidad contractual): “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”.

En el ámbito de la denominada responsabilidad extracontractual, la fuerza mayor también asume relevancia como un evento que produce la denominada “fractura del nexo causal”. Así, el artículo 1972

del CC establece que: “En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño”.

De este modo, si bien tradicionalmente se distinguía el caso fortuito (actos de Dios) de la fuerza mayor (hechos del hombre), incluyendo dentro de este último a los denominados *factum principis*, esto es, actos y decisiones de las Administraciones Públicas o, en general, de los Poderes Públicos que son de necesaria observancia y que producen un impedimento en la prestación, hoy en día ambos conceptos son agrupados bajo el género de causa no imputable.

En lo que respecta a las características de la fuerza mayor, la doctrina y jurisprudencia extranjeras han hecho referencia a los requisitos de inevitabilidad del hecho, irresistibilidad, imprevisibilidad y extraordinariedad o excepcionalidad del hecho. Sin embargo, en los últimos años se ha observado que ya no es connotación característica de la causa no imputable el requisito de la impredecibilidad, porque pueden darse eventos predecibles absolutamente inevitables.

■ FUNDACIÓN

Es una persona jurídica no lucrativa que se constituye con la afectación

patrimonial con fines altruistas de una o varias personas (fundador o fundadores) en la cual sus integrantes (administradores) se encargan de conservar y cuidar dicho patrimonio, así como de dirigir esta persona jurídica, en beneficio de terceros (beneficiarios), también puede ser definida como organización creada para la gestión de un patrimonio autónomo destinado y vinculado de manera tendencialmente perpetua a la obtención de un fin socialmente relevante preestablecido por el fundador.

Nuestro ordenamiento jurídico señala que la fundación se constituye de dos maneras:

- Por escritura pública, siendo el acto constitutivo unilateral o plurilateral, pensado para la fundación *inter vivos*.
- Por testamento, pensado para la fundación *mortis causa*.

La creación de una fundación no implica, per se, el nacimiento de una persona jurídica, pero sí de un nuevo sujeto de derecho. Para alcanzar el ropaje de persona jurídica es indispensable que el acto constitutivo sea materia de inscripción en el Registro de Personas Jurídicas.

El acto de constitución de la fundación es un negocio unilateral no recepticio que tiene notas especialmente propias:

- a) Es un acto de disposición, pues solo nace si el fundador aporta

todo o parte de su patrimonio. Como lo hemos anotado en precedencia, es un elemento sustancial para el nacimiento de la fundación. Se trata, pues, de un requisito *ab substantia* que distingue a la fundación de las demás personas jurídicas reguladas por el Código Civil. A esta nota señalativa también se le conoce como acto de dotación patrimonial.

- b) Es un acto de organización, pues el fundador organiza a las personas, generalmente terceros para que velen por el patrimonio y lo apliquen a fines de interés social que él ha señalado en el acto de constitución.
- c) Se trata de un acto de creación de un nuevo sujeto de derecho. La fundación, en efecto, es un ente distinto del fundador y este queda al margen de ella. No es su titular.

Elementos de la fundación:

- a) Organización.- Está conformada por un conjunto de personas individuales o colectivas, que administran la fundación, quienes pueden haber sido designados por el fundador, caso contrario, los designa el Consejo de Supervisión de Fundaciones, quien tiene la potestad de sustituirlos, cuando cesan en sus actividades o cuando en el momento de su constitución, se omitió la forma de reemplazarlos. Los interesados crean una

Junta de administradores o bien un administrador único que será el responsable de la marcha de la organización. Por otro lado, no existe impedimento para que la fundación posea otros órganos a los cuales se asigne determinadas competencias. No existe obstáculo para que la administración recaiga sobre personas jurídicas. En este caso será indispensable que la administradora designe a la persona natural que la representará como tal en la fundación.

- b) El patrimonio de la fundación.- Constituido por el conjunto de los bienes afectados por el fundador, pudiendo sufrir modificaciones durante el desarrollo existencial de esta persona jurídica.
- c) Fines.- Estos son no lucrativos. Se socializa el fin fundacional, descartando el fin determinado por la voluntad particular del fundador y se adopta el criterio imperante del fin social.

Hoy en día las fundaciones satisfacen su necesidad de fondos por medio todo tipo de actividades, incluso mercantiles y lucrativas, que sirven como apoyatura instrumental para poder alcanzar sus fines y sin que con ello se las pueda acusar de haber dejado de ser entidades no lucrativas. De esa forma, incrementan sus recursos y acentúan su independencia respecto de favores estatales sustentados en exoneraciones o inafectaciones de orden tributario, que a la fecha no son numerosos.

GARANTÍA MOBILIARIA

Es la afectación de un bien mueble mediante un acto jurídico, destinada a asegurar el cumplimiento de una obligación propia o de un tercero, presente o futura, que puede darse con o sin desposesión del bien, en cuyo caso cabe pactar la entrega del bien afectado al acreedor garantizado o a un tercero.

En virtud de la Ley de la Garantía Mobiliaria, Ley N° 28677 (01/03/2006), se derogaron los artículos 1055 al 1090 (en los que se regulaba la prenda) y los incisos 4, 6 y 9 del artículo 885 y el 1217 del Código Civil; así como algunas disposiciones de otras importantes normas como el Código de Comercio, el TUO de la Ley General de Minería, la Ley de Bancos, entre otros. Esta ley se caracteriza fundamentalmente por concentrar la regulación de todas las garantías que se pueden dar sobre bienes muebles para asegurar obligaciones de toda naturaleza, y también es aplicable a la prelación, oponibilidad y publicidad de los actos jurídicos que afectan

bienes muebles, tales como la cesión de derechos, fideicomisos y arrendamientos, entre otros.

La garantía mobiliaria puede constituirse sobre uno o varios bienes muebles específicos (incluso se puede constituir garantía de segundo o de rangos posteriores, con aviso notarial al primer acreedor garantizado), sobre categorías genéricas de bienes muebles o sobre la totalidad de los bienes muebles del constituyente de la garantía, sean presentes o futuros, corporales o incorporeales. Ella comprende, salvo pacto distinto, la deuda principal, los intereses, las comisiones, los gastos, las primas de seguros pagadas por el acreedor garantizado, las costas y costos procesales, los eventuales gastos de custodia y conservación, las penalidades, la indemnización por daños y perjuicios y cualquier otro concepto acordado por las partes hasta el monto del gravamen establecido en el acto jurídico constitutivo.

La relación jurídica entre las partes derivada de la garantía mobiliaria sobre el bien mueble se constituye

mediante acto jurídico constitutivo unilateral o plurilateral, debidamente otorgado con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación. Para que la garantía mobiliaria sea oponible frente a terceros debe estar inscrita en el registro correspondiente (Registro Mobiliario de Contratos, tratándose de los bienes muebles no registrados, y Registros Jurídicos de Bienes, respecto de los bienes muebles registrados).

Con relación a las obligaciones garantizadas, ya se señaló que estas pueden ser de diversa naturaleza, presentes o futuras, determinadas o determinables, sujetas o no a modalidad. El monto de tales obligaciones puede ser variable, siempre que sea determinable. No será exigible la indicación de un monto determinado cuando se acuerde que garantiza todas las obligaciones presentes o futuras asumidas con el acreedor garantizado.

En líneas generales, la garantía mobiliaria confiere al acreedor garantizado preferencia sobre la base de la fecha de su inscripción en el registro. La misma regla se aplica en caso de que se hubiesen constituido garantías mobiliarias sucesivas sobre el mismo bien mueble. El incumplimiento de la obligación garantizada, le otorga al acreedor garantizado el derecho a adquirir la posesión y, en su caso, retener el bien mueble afectado con dicha garantía.

Concordantemente, el constituyente, eventual adquirente o depositario tienen la obligación de entregar

la posesión del bien mueble dado en garantía mobiliaria al representante designado para su venta o, en su defecto, al acreedor garantizado cuando este notifique al constituyente su decisión de proceder a la ejecución de la garantía mobiliaria, esto es, salvo pacto distinto, tiene el derecho de ejecutar la garantía mobiliaria cuando se produzca el incumplimiento de la obligación.

Ahora bien, en caso de que se enajene el bien afectado en garantía mobiliaria, ello no perjudicará la plena vigencia de esta, salvo si es adquirido en tienda o local abierto al público y siempre que sea amparado por comprobante de pago del transferente (excepción que no es aplicable en el caso de bienes muebles inscritos en un Registro Jurídico de Bienes).

■ GESTIÓN DE NEGOCIOS

Se presenta la figura de gestión de negocios cuando un sujeto sin estar obligado o facultado, realiza espontáneamente actividades de administración o gestión de un negocio o bien de otro, actuando en su interés y provecho, quien ignora esta situación. En efecto, como consecuencia de ello el gestor se encontrará en la posibilidad de pretender del dueño una determinada suma de dinero por los gastos incurridos, siempre que se cumplan determinados requisitos que exige la ley. Semejante actuar lícito toma su fundamento en el principio de solidaridad, de que los

negocios de ausentes o incapaces no sean abandonados al azar, siempre y cuando semejante actuar se desarrolle dentro de los límites de respeto a los intereses de los sujetos.

Un aspecto que define a esta figura es la falta de acuerdo o relación contractual entre el gestor y el dueño. En ese sentido, podemos decir que se presenta una iniciativa, adoptada unilateralmente por parte del gestor. Entre los presupuestos para que se configure esta figura, podemos mencionar las siguientes:

- a) Falta de representación u obligación legal

La gestión se presenta cuando no existe ningún tipo de relación entre el dueño y el gestor.

- b) Negocio ajeno

Es requisito esencial que el gestor tenga la convicción que se encuentra administrando un negocio ajeno, de lo contrario, al ser un negocio propio, se estaría manifestando, simplemente actos de propiedad sobre un bien. Un problema se presenta cuando el sujeto, por error, piensa que se encuentra administrando un bien que es de su propiedad, cuando en realidad es de propiedad de otro. Cabe preguntarse si en el caso es posible aplicar las normas referentes a la gestión de negocios. En realidad se debe descartar una respuesta positiva, por cuanto la misma norma menciona que el gestor debe asumir de forma consciente

la administración de los bienes. Sin embargo, ello no es óbice para aplicar las normas referentes a las mejoras, pudiendo el denominado poseedor pretender un reembolso por los gastos útiles realizados.

- c) Ignorancia de la gestión

El titular de los bienes administrados debe desconocer desde un inicio estos actos llevados por el gestor. Este requisito esencial se presenta para no confundirlo con otro contrato, ya que si el dueño conoce de estos actos, se estaría presentando una aceptación tácita por parte de este.

- d) Ventaja económica del dueño

Debe presentarse una cierta utilidad al *dominus*. La utilidad inicial no es suficiente para que se dé esta figura sino que ella debe estar presente en el resultado. La mera intencionalidad para beneficiar al *dominus* no es tutelada por el derecho, pero a menos que se demuestre objetivamente que en un inicio el *dominus* se encontraba vulnerable a sufrir alguna pérdida por la omisión de la actividad del gestor.

■ GRAVAMEN

El gravamen resulta imprescindible dentro de las sociedades modernas por cuanto permite garantizar los créditos que son realizados por los sujetos, evitando de esta manera los riesgos que se podrían presentar ante

las circunstancias posteriores, por cuanto brinda de alguna manera seguridad jurídica.

En efecto, el gravamen es la afectación que se realiza sobre un determinado bien con la finalidad de asegurar un crédito, para que de esta manera el acreedor se pueda ver garantizado. En tal sentido, el gravamen siempre depende de una obligación, que de incumplirse conllevara la venta del bien afectado. Como resultado de la venta, el acreedor podrá satisfacer su interés que en un comienzo se vio perjudicado ante el incumplimiento de su deudor. A continuación presentamos los siguientes gravámenes que resultan imprescindibles:

a) Hipoteca

La hipoteca resulta ser un derecho real de garantía que otorga a su titular las facultades de preferencia, persecución y venta judicial del bien. En realidad resulta ser un mecanismo de garantía del derecho de crédito, aunque va más allá, porque cobra una existencia tal que se le considera como un típico derecho real de garantía. La hipoteca se constituye por escritura pública, salvo disposición diferente de la ley. Entre sus requisitos de validez se menciona que debe afectarse el bien de un propietario, asegurar el cumplimiento de una obligación determinada o determinable y que el gravamen sea de cantidad determinada o determinable y se inscriba en el registro de la propiedad inmueble.

La hipoteca sávana a diferencia de la hipoteca legal, la cual ha sido descrita anteriormente, toma rasgos propios, hasta contrarias, puesto que aquella se encarga de asegurar el cumplimiento de obligaciones presentes y futuras.

b) Embargo

El embargo es una medida cautelar por el cual se afectan determinados bienes concretos e individualizados para asegurar el cumplimiento de una deuda, que en caso de incumplirse traerá como consecuencia la ejecución forzosa para que se satisfaga el interés del acreedor. Es un acto del juez por el cual se sujeta determinados bienes, para que el proceso de ejecución se lleve de manera coherente.

El artículo 642 del CPC señala que cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley.

Con relación a su naturaleza se menciona que el embargo resulta ser un derecho personal o de crédito, por ello cuando este se encuentre en conflicto frente a un derecho real, este último prevalecerá, por ser aplicables las reglas del Derecho común.

■ HABITACIÓN

El derecho de habitación es el derecho de uso constituido sobre una casa o parte de aquella para servir de morada. En tal sentido, se configura con las mismas peculiaridades del derecho de uso pero con la nota característica que el bien sobre el que recae el derecho de uso es uno de los antes señalados. Hay que tener en cuenta que el Código Civil, en su artículo 1027, establece de manera específica que el referido derecho no se constituye sobre cualquier inmueble sino sobre una “casa” o “parte de aquella” y que tengan como finalidad la de “servir de morada”.

Es discutido en doctrina si atendiendo a lo anterior, el derecho de habitación puede ser constituido a favor de personas jurídicas. En mi opinión la constitución solo se hace a favor de personas naturales debido a la especial característica del derecho. En cualquier caso, siempre quedará expedita la posibilidad de constituir el derecho de uso sobre un inmueble a favor de la persona jurídica.

En el acto constitutivo del derecho deberán establecerse el tiempo de vigencia y determinadas obligaciones sobre el cuidado del bien, sin perjuicio de las normas generales del usufructo, las cuales se aplican por remisión.

Teniendo en cuenta las particularidades del derecho de habitación el artículo 1029 establece que “no pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación”. Aquí se demuestra el carácter personalísimo de dicho derecho, este es otorgado usualmente por consideraciones de índole personal. Así por ejemplo, el artículo 731 establece la constitución por origen legal del derecho de superficie, previa decisión del cónyuge sobreviviente, al señalar lo siguiente: “(c)uando el cónyuge sobreviviente concorra con otros herederos y sus derechos por concepto de legítima y gananciales no alcancen el valor necesario para que le sea adjudicada la casa-habitación en que existió el hogar conyugal, dicho cónyuge podrá optar por el derecho de habitación en forma vitalicia y

gratuita sobre la referida casa. Este derecho recae sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales (...)

Respecto de la consolidación señalada como el único acto jurídico que se puede celebrar, hay que señalar que es inapropiado utilizar el nombre de consolidación para denominar los supuestos en los cuales la titularidad del derecho de propiedad (o cualquier otro derecho que pueda comprender las facultades de actuar contenidas en el derecho de habitación) y el derecho de habitación confluyen en un solo sujeto debido a que la consolidación es una situación reservada para el ámbito del derecho de obligaciones (consistente en el supuesto en el cual la condición de acreedor y deudor confluyen en un mismo sujeto produciéndose de tal manera la extinción de la obligación). En el caso de los derechos reales no se produce técnicamente una consolidación al no estar ante deudas y derechos de crédito sino la confluencia de dos derechos reales en las que uno engloba al otro respecto de sus facultades de actuación.

■ HALLAZGO

El hallazgo consiste en el evento mediante el cual un sujeto toma posesión de un bien que ha tenido un propietario previo pero que ha perdido el bien o lo ha abandonado. Sea cual fuere el supuesto, el que

ha hallado el bien no lo adquiere en propiedad como en el caso de la apropiación debido a que nos encontramos ante un bien que tiene propietario y no ante una *res nullius* (cosa de nadie) como en el caso de la apropiación. En tal sentido, el artículo 932 del Código Civil prescribe que el que hubiera hallado un objeto perdido está obligado a entregarlo a la autoridad municipal. La referida norma además de tener un contenido moral se basa en el entendido que a pesar de la pérdida del bien este no ha dejado de ser propiedad del propietario.

Una vez que la comunicación del hallazgo hubiera sido puesta en conocimiento de la municipalidad se comunicará dicho hallazgo mediante anuncio público. Teniendo en cuenta que el bien no puede estar por un plazo indefinido sin ser aprovechado, se establece que si hubieran transcurrido tres meses y no hubiera sido reclamado por nadie, se venderá en subasta pública.

Ahora bien, vendido el bien bajo el supuesto antes señalado, se establece que el producto se distribuirá por mitades entre la municipalidad y la persona que lo encontró, previa deducción de los gastos aplicables. Los gastos pueden incluir tanto los que hubieran sido incurridos por la persona que halló el bien como por la municipalidad, como ejemplo podemos mencionar gastos de transporte, conservación y los de la venta en subasta pública.

Puede darse el caso que el propietario del bien se apersona para recuperar el bien, en cuyo caso deberá pagar los gastos que se hubieran incurrido respecto del bien. Si bien no se dice nada, debe entenderse que el propietario deberá acreditar de modo suficiente la propiedad del bien, ya sea con documentación pertinente o a través del conocimiento de las particularidades del bien objeto del hallazgo.

Asimismo, si se ofreció una recompensa por el bien se deberá pagar la misma. En caso no se hubiera ofrecido recompensa alguna, se establece en el artículo 933 del Código Civil que se deberá entregar una “adecuada a las circunstancias”. Además, se establece que si la recompensa consiste en dinero no podrá ser menos a una tercera parte del valor del bien recuperado.

■ HECHO PROPIO

El hecho propio o hecho de la propia víctima es una circunstancia que se toma en cuenta a efectos de exonerar del resarcimiento de los daños a determinada persona. En efecto, si la víctima del daño actuó de tal forma que con su propia conducta determinó o permitió que se presente el evento lesivo, entonces esta circunstancia trae distintas consecuencias jurídicas en la parte a quien se pretende imputar el resarcimiento de daños.

En efecto, el hecho de la propia víctima, según su intensidad en la

producción de las consecuencias dañosas, puede ser una conducta, en cuyo caso, aplicándose el artículo 1973 del CC, la indemnización será reducida por el juez, o un supuesto de ruptura del nexo causa.

Esto halla su correspondencia en inejecución de obligaciones, en el artículo 1326 del CC, que establece que si el hecho doloso o culposo del acreedor hubiese concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que se deriven (concausa), y en el artículo 1327 del CC, que prescribe que el resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria.

Con respecto a esto último, se debe tener en consideración que la exigencia de tutela a favor de la parte dañada, puede ser menos intensa cuando el daño podría ser fácilmente evitado por el mismo sujeto que debería ser tutelado. Tal es el caso de una persona que recibe información, por cortesía o amistad, y sobre la base de esta, invierte una gran cantidad de dinero y la pierde.

El dañado pudo evitar el daño, validando esa información con otras personas, o especialistas. Cosa distinta sucedería si la información es proporcionada como prestación de servicios profesionales.

Otro típico caso de hecho de la propia víctima como fundamento de exoneración de responsabilidad a

favor del imputado, se presenta con la llamada asunción voluntaria del riesgo. Es el caso del aviso de “perro bravo” o “cerco eléctrico” en el patio de una casa y, no obstante, una persona invade, imprudentemente, la misma y sufre daños.

Particular análisis merecen los casos de salvamento, es decir, actos heroicos o de abnegación. Este existe desde que su autor consiente en exponer su vida a un peligro cierto, o al menos probable, para socorrer a otro, excediendo los límites de toda obligación legal, y, aun moral. No obstante, el daño que sufre el salvador no es sino parte de los daños que tiene que pagar el responsable original de la situación; tal daño es una mera consecuencia del hecho dañino original, ya que el salvador no actúa por una libre voluntad de arriesgarse sino por un deber moral que nace de la situación misma.

■ HECHOS CUMPLIDOS

Los conflictos que surgen entre las leyes por su aplicación en el tiempo, han pretendido ser resueltos por medio de dos conocidas y antagónicas teorías: la teoría de los derechos adquiridos y la de los hechos cumplidos.

La teoría de los hechos cumplidos sostiene que cada hecho jurídico debe quedar sometido y ser regulado por la ley vigente en el momento en que dicho hecho se produce o

acontece (*tempus regit factum*). Se ha observado que la misma consiste en sostener que la ley no debe afectar la calificación ni las consecuencias jurídicas del hecho ya cumplido, pero debe ser aplicada a los nuevos hechos. Con ello, se le da a la nueva ley efectos *ex nunc*, vale decir, para el futuro.

Esta teoría prefiere la aplicación inmediata de la ley antes que la ultractividad de las normas derogadas. El argumento en que se sustenta reza que las leyes posteriores deben suponerse mejores que las anteriores y, por lo tanto, deben ponerse en inmediata vigencia.

Este principio no suscita mayores discrepancias. Pero las dudas aparecen cuando ya no se trata de apreciar el hecho en sí, sino sus consecuencias. Por ello, se debe diferenciar el hecho de sus efectos, y dentro de estos últimos, se deben distinguir: (i) efectos agotados (cumplidos); (ii) efectos pendientes (derivados sin haberse cumplido); y (iii) efectos futuros (que ni siquiera se han producido).

No obstante, aun partiendo de la máxima *tempus regit factum*, la extensión que se da a esta teoría es muy diversa según los autores. Y así, mientras según algunos significa que la ley no puede modificar los efectos agotados de los hechos pretéritos y sí afectar a los derechos futuros de tales hechos, otros autores sostienen que deben quedar excluidos del

imperio de la nueva ley incluso las consecuencias jurídicas de los hechos pasados que se realicen bajo su vigencia.

Esta teoría se encuentra consagrada en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil, el cual establece en su primera parte, como regla general, la concepción correspondiente a la teoría de los hechos cumplidos: indica que la nueva ley tiene aplicación inmediata a las relaciones y situaciones jurídicas existentes (al momento en que ella entra en vigencia). Esto quiere decir que la nueva ley empieza a regir las consecuencias de situaciones y relaciones previas.

De esta forma, la disposición del artículo III se pronuncia claramente por la aplicación inmediata de la norma jurídica, desecha la denominada aplicación retroactiva (defendida por la otra teoría que pretende solucionar los conflictos de las leyes en el tiempo, es decir, la teoría de los derechos adquiridos) y solo considera la aplicación retroactiva en los casos que autoriza expresamente el artículo 103 de la Constitución.

■ HEREDERO

Dícese de aquel pariente legítimo o natural llamado por la ley a recoger la herencia de una persona fallecida, por disposición del causante o de la ley. Se exige, por lo tanto, que el designado pueda ser identificable no

pudiendo existir dudas conclusivas sobre la persona a la que se nombre. El heredero es la persona que viene a hacerse cargo de todas las relaciones jurídicas activas y pasivas del *de cuius*; relaciones que sean transmisible *mortis causa* salvo los bienes especialmente destinados a legados. Existía una teoría de base romanista que calificaba al heredero como continuador de la personalidad del causante. Que encuentra su inspiración histórica en los *herederos sui* del primitivo Derecho romano y en los herederos de sangre únicos posibles en los derechos de raíz germánica. Esta teoría es técnicamente insostenible pues personalidad significa capacidad y el heredero ni deriva su capacidad del difunto, ni al aceptar la herencia duplica su personalidad.

Existen diversas clases de herederos:

- a) **Heredero legítimo o forzoso:** Aquel sucesor cuyos derechos no pueden ser desconocidos ni siquiera por el causante, salvo el caso de desheredación. Así, conforme lo señala el artículo 714 del CC: “Son herederos forzosos los hijos y demás descendientes, los padres y los demás ascendientes, y el cónyuge”. El carácter de “forzoso”, pues, no se afina en la obligación de transmitir y recibir la legítima a título hereditario, sino en que forzosa-mente debe llegar al legitimario el porcentaje que la ley establece (dos tercios para descendientes; mitad para ascendientes), siendo

la diferencia (un tercio, o mitad) de libre disposición, que el testador puede asignar a “no forzosos” sea a título de herencia, sea a título de legado, sea a título de liberalidades en vida.

b) Heredero testamentario: Regulado por el artículo 737 del CC disponiendo para el testador que no tenga herederos forzosos, instituya de plena voluntad mediante vía testamentaria la elección de uno o más herederos voluntarios señalando la parte de la herencia que se le asigna a cada uno de sus sucesores.

c) Heredero *ab intestado*: Cuando a falta de testamento y herederos forzosos o legitimarios, concurren a la herencia otros parientes del causante. La Corte Superior ha señalado que: “No existiendo testamento dejado por el causante, corresponde que se tramite el proceso de sucesión intestada a fin de proceder a la división y partición de los bienes del causante” (Exp. N° 242-96-AG, Resolución del 04/03/1997).

Asimismo, también son conocidas para la doctrina jurídica otras clasificaciones o calidades de esta categoría jurídica como, por ejemplo, el “heredero universal”, quien recibe todo o parte alícuota del patrimonio del causante, en oposición al “heredero singular”, que recibe en herencia algún bien, derecho u obligación de forma concreta. Al denominado

heredero “preterido”, es aquel que teniendo derecho para suceder al causante, es dejado de lado, sin habersele desheredado expresamente, y que, por lo tanto, tiene derecho para pedir nulidad del testamento que perjudica sus intereses. El testador que nombra a una determinada persona para que reciba herencia cuando el heredero instituido en primer lugar expresa su voluntad de no recibir dicha herencia o se encuentre imposibilitado para acceder a ella, es conocido como heredero “sustituto”.

■ HERENCIA

Dícese del modo universal de transmitir y adquirir el dominio del patrimonio del causante determinado por su voluntad o por la ley. La herencia consiste en el hecho de suceder el patrimonio del causante, desde el momento de su muerte produciéndose la transmisión de su patrimonio, comprendido por bienes, derecho u obligaciones a sus herederos. En este sentido, debe entenderse que el concepto de patrimonio hereditario no está circunscrito al aspecto material de “bienes”, sino también al aspecto inmaterial de derechos y obligaciones. La herencia a título universal está constituida tanto por el activo como por el pasivo del causante. En los tiempos modernos se discute mucho sobre la justificación de la institución hereditaria, especialmente en su proyección social, política y económica.

Se deduce que la herencia o masa patrimonial, se conforma por los activos y pasivos, los cuales por el hecho de la muerte del titular, se genera una disposición hacia los herederos. La herencia, también denominada masa hereditaria, acervo sucesorio o caudal relicto, es el patrimonio dejado por el causante y que está constituido por sus bienes, deudas y otros derechos transmisibles por causa de muerte, que pasan a sus sucesores. Es válido sustentar que la herencia constituye el patrimonio objeto de la transmisión sucesoral. Teniendo como referencia algunos sistemas jurídicos, coexisten tres modos de adquisición de la herencia: *ipso iure*, al momento de la apertura de la sucesión; mediante aceptación; y por declaración judicial. La masa hereditaria o herencia, en otras palabras, es el conjunto patrimonial del causante que habrá de ser objeto de reparto entre los herederos y legatarios, una vez satisfechos los créditos pendientes, tanto los de la herencia como del causante. En la delimitación de la masa hereditaria, no solo deben tenerse en cuenta los bienes dejados por el causante al momento de su muerte, sino que a estos deben sumarse los que legítimamente debían entrar a formar parte de la masa hereditaria pero que no se encuentran en ella por una u otra razón, entre ellos, los entregados en concepto de dote, donación, etc., que deberán colacionarse a la masa con anterioridad a su reparto.

Nuestro Código Civil señala en su artículo 660 que: “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. Esto quiere decir que la presente disposición del Código Civil señala que la condición de heredero se adquiere a la muerte del causante, consecuentemente la resolución judicial de declaratoria de herederos solo es declarativa de derechos y obligaciones, mas no constitutiva de los mismos. Fortaleciendo dicha postura a nivel jurisprudencial se ha manifestado que: “La transmisión sucesoria se produce desde la muerte del causante. Los herederos deben probar su calidad de tales con el título sucesorio correspondiente, testamento o declaración judicial de herederos” (Cas. N° 1182-97-Loreto). De la misma manera, “Desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No hay necesidad de más documento que el testamento o la declaratoria judicial de herederos, para que todos los bienes que eran de titularidad del causante al momento de su deceso, sean transferidos a favor de sus herederos” (Exp. N° 1776-98 de/19/11/1998).

■ HIJO ALIMENTISTA

El hijo extramatrimonial no tiene sino dos medios de lograr el emplazamiento de su estado, a saber,

el reconocimiento que voluntariamente practiquen su padre y/o su madre; y la sentencia declaratoria de paternidad o de maternidad.

En consecuencia, el hijo que no ha sido reconocido voluntariamente, ni judicialmente declarado tal, carece, estrictamente, de familia, y no tiene por eso mismo derecho alguno frente al varón y la mujer que sean, en la realidad, sus progenitores.

Sin embargo, hay una circunstancia de cuya gravedad no puede desentenderse el Derecho, y es el estado de necesidad en que tal hijo se encuentre y que exige, por razones elementales, que alguien lo satisfaga.

De esta consideración surge una vocación alimentaria de tal hijo, que si no se basa en la relación familiar legalmente establecida, se funda en el derecho a la vida que tiene todo ser humano por el hecho de serlo. Alguien ha de proveer, pues, a la subsistencia de ese hijo sin padres, de ese ser privado de *status familiae* y del amparo de la patria potestad; y ese alguien, allí donde no es el Estado mismo, no puede ser otro que aquel a quien, no con certeza y ni siquiera con vehemente verosimilitud o probabilidad, mas sí con razonable posibilidad, puede reputarse como el progenitor.

Atendiendo a estas razones, el artículo 415 del Código Civil determina que, fuera de los casos expresados en el artículo 402 del CC (esto es, de

aquellos en que procede la declaración judicial de paternidad), el hijo solo podrá reclamar una pensión alimenticia, hasta la edad de dieciocho años del que hubiera tenido relaciones sexuales con su madre durante la época de la concepción.

Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que puede ser destruida por el alegado padre, si prueba que durante la época de la concepción la madre llevó una vida notoriamente desarreglada, o mantuvo relaciones sexuales con persona distinta del demandado; o si durante la misma época fue manifiestamente imposible al demandado mantener relaciones sexuales con la madre.

Asimismo, el hijo extramatrimonial no reconocido solo puede exigir alimentos de su presente padre, pero no de los ascendientes ni de los descendientes de la línea paterna. Sin embargo, la condición de alimentista que el artículo 415 del CC otorga al hijo no reconocido tiene un efecto de cierta importancia: el de suscitar los mismos efectos que el reconocimiento en lo concerniente a los impedimentos matrimoniales derivados del parentesco (art. 242 del CC). Esta disposición, si bien por una parte podría parecer contradictoria frente al hecho de la carencia de *status familiae* del hijo alimentista, por otro lado resulta conveniente para prevenir matrimonios incestuosos.

Finalmente, en cuanto a la extinción del derecho alimentario, puede

ocurrir por llegar el alimentista a la edad de dieciocho años o por morir el alimentario o el alimentista. Sin embargo, si al llegar a los dieciocho años de edad el hijo no se encuentra en condiciones de proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental, la pensión alimenticia continúa vigente mientras dure la incapacidad.

■ HIJOS

Los hijos son las personas respecto de las cuales recae la denominada patria potestad, la cual a su vez le pertenece a los padres como consecuencia de un vínculo de consanguinidad (filiación natural, por medio de relaciones sexuales) o civil (filiación por medio de un procedimiento administrativo como lo es la adopción).

Se debe distinguir entre la situación del hijo matrimonial y la del extramatrimonial. En el caso del primero, cuyos padres se hallan en convivencia normal, estos ejercen, conjunta y simultáneamente, la potestad. De este modo, la patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, a ambos les corresponde la representación legal del hijo; sin embargo, en caso de discrepancia, resuelve el juez de menores en la vía incidental. Asimismo, cuando se produce la disolución del vínculo matrimonial por muerte de uno de los cónyuges, el ejercicio de la patria potestad

corresponde exclusivamente, como es obvio, al sobreviviente.

Si la disolución se hubiera producido por divorcio, la potestad la ejerce el padre o la madre a quien el juez haya confiado los hijos. El otro queda, en tanto, suspendido en el ejercicio de aquella, pero la recupera ipso iure si muere o se impide legalmente al padre que lo tenía.

En cambio, la situación es bastante más incierta cuando se trata de hijos extramatrimoniales, porque si bien el contenido mismo de la potestad no es en este caso distinto del de los hijos nacidos dentro del matrimonio, la ausencia de vínculo jurídico entre los padres y muchas veces la falta de convivencia entre ellos imposibilitan o dificultan el ejercicio simultáneo de la potestad o hacen a uno de los padres indigno de tenerlo.

Ya sea que se trate de hijos matrimoniales o extramatrimoniales, respecto de ellos los padres tienen los siguientes derechos y deberes:

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. 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.

4. Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo a 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.

Por su parte, los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres. De igual forma, en algunos casos los hijos menores de edad están legitimados para ejercer algunas facultades a título, sin necesidad de contar con el asentimiento de sus padres. Así, el menor capaz de discernimiento puede aceptar donaciones, legados y herencias voluntarias siempre que sean puras y simples.

■ HIPOTECA

La hipoteca es un derecho real de garantía que otorga al titular de esta las facultades de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. La persecución hace referencia a que el acreedor hipotecario pueda ejercitar su derecho cualquiera sea el titular del bien, por ende si el deudor dispone del bien dado en garantía ello es irrelevante para proceder con la ejecución. Este principio toma su

sustento en que los terceros adquirentes se encontraban en las posibilidades de conocer dicho gravamen mediante la inscripción registral, por ende se encuentran sometidos a ella. La preferencia hace referencia a que el acreedor hipotecario cobra primero la deuda antes que los demás. Se trata sin lugar a dudas de un crédito preferente. La venta judicial hace referencia a todos los mecanismos del que se sirve el acreedor para cobrarse de la deuda con la venta del bien hipotecado.

La hipoteca es constitutiva por cuanto requiere de su inscripción para ser válida y eficaz, de lo contrario solo sería un acto que obliga a las partes que la concertaron. Con este requisito esencial lo que se busca es evitar las denominadas hipotecas ocultas que solo dificultan el tráfico inmobiliario. La hipoteca es accesoria por cuanto garantiza siempre el cumplimiento de una obligación ya sea determinada o determinable. Ello toma su sustento en el principio de especialidad que permite saber hasta qué monto se ha obligado el deudor.

La hipoteca es indivisible por cuanto el bien dado en garantía existe como un todo, independientemente de las modificaciones que se hayan realizado sobre la deuda o sobre el bien. En consecuencia, si la deuda llegase a disminuir, la hipoteca subsiste por entera, esto a tenor del artículo 1102 del CCP. Cabe agregar que esta norma es dispositiva pues la indivisibilidad se torna como una protección

del crédito hipotecario, y por ello depende del interés del acreedor. Es decir, este último puede renunciar a la indivisibilidad, sin embargo, si las partes no llegasen a pactar nada se asumiría que la deuda es indivisible.

El artículo 1101 señala que la hipoteca se extiende a todas las partes integrantes y accesorios del bien hipotecado. Las partes integrantes son aquellos elementos que dentro de un conjunto forman una unidad económica y más completa. En este caso tenemos a los ladrillos y las paredes de una casa. Las partes accesorias son bienes que sin perder su individualidad, están permanentemente afectadas a un fin económico u ornamental con respecto a otro bien. A diferencia de las partes integrantes, los bienes accesorios pueden ser materia de derechos singulares. En este caso tenemos a los cuadros y alfombras de una casa.

La hipoteca puede garantizar una obligación futura o eventual. Siguiendo el principio de accesoriedad podemos concluir que la hipoteca surge en el momento de en que la obligación es contraída, por ende si la hipoteca llegase a inscribirse en Registros, se entiende que su validez surge cuando la obligación principal se constituye.

■ HOMOSEXUALIDAD

La homosexualidad (del griego *homo* “igual”, y del latín *sexus* “sexo”) es una orientación sexual y se define

como la interacción o atracción sexual, afectiva, emocional y sentimental hacia individuos del mismo sexo. Etimológicamente, la palabra homosexual es un híbrido del griego *homós* (que en realidad significa “igual” y no, como podría creerse, derivado del sustantivo latino *homo*, “hombre”) y del adjetivo latino *sexualis*, lo que sugiere una relación sentimental y sexual entre personas del mismo sexo, incluido el lesbianismo.

A pesar de que el término gay (que en inglés anticuado significa “alegre”) suele emplearse para referirse a los hombres homosexuales y el término lesbiana para referirse a las mujeres homosexuales; gay es un adjetivo o sustantivo que identifica a las personas homosexuales sin importar su género. Desde 1973, la comunidad científica internacional considera que la homosexualidad no es una enfermedad. Sin embargo, la situación legal y social de la gente que se autodenomina homosexual varía mucho de un país a otro y frecuentemente es objeto de polémicas

La homosexualidad es contemplada de diversas maneras por los diferentes ordenamientos jurídicos: como primera diferencia, existen países donde el comportamiento homosexual está penado y otros donde no lo está. Partiendo de esta base se puede hacer la siguiente clasificación:

- a) **Países donde la homosexualidad es legal:** generalmente los gobiernos trabajan con el objetivo de reducir la homofobia de

la sociedad y otorgar nuevos derechos, siendo el mayor de ellos el matrimonio homosexual y la posibilidad de que las parejas homosexuales adopten menores (caso de España). Entre los derechos también se encuentran, además del matrimonio y la adopción, las uniones civiles u otro tipo de reconocimientos de estas uniones.

- b) Países donde la homosexualidad es ilegal:** esta se castiga con penas que pueden llegar a la pena de muerte (caso de Irán y de Arabia Saudita), o por lo menos con sanciones económicas o la cárcel.

Muchos países occidentales han legalizado o al menos descriminalizado la homosexualidad, siguiendo recomendaciones del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa. En este línea progresista muchos países vienen legislando la denominada “unión civil”, que es uno de los varios términos (en México existen, desde el 9 de noviembre de 2006, las denominadas sociedades de convivencia, concepto que se aplica no solo a parejas hombre-hombre y mujer-mujer, sino a cualquier otro par de personas que, por razones incluso no relacionadas con su preferencia sexual, viven juntas) usados para un estado civil similar al matrimonio, creados sobre todo para permitir el acceso de las parejas homosexuales a las ventajas de las que gozan los matrimonios heterosexuales.

En algunos lugares se dispone también de uniones civiles para los heterosexuales que no desean formalizar su relación en un matrimonio. Estas uniones heterosexuales reciben el nombre legal de unión libre. Estas uniones llegan a ser, en algunos estados, idénticas al matrimonio, del que solo se diferencian en el nombre. Las uniones civiles están reguladas en Dinamarca, Israel, Islandia, Hungría, Francia, Finlandia, Alemania, Portugal, Croacia, Luxemburgo, Reino Unido, Andorra, Nueva Zelanda, República Checa, Uruguay, Colombia, en algunos estados de Estados Unidos (Hawái, California, Vermont, Distrito de Columbia, Maine, Nueva Jersey y Connecticut), en algunas regiones de Italia (Campania, Emilia-Romaña, Toscana, Umbria, Abruzzos, Lacio, Liguria, Apulia y Véneto), en partes de Suiza (ciudad y región de Zúrich), en parte de Australia (estado de Tasmania), en parte de México (Ciudad de México y el estado de Coahuila) y en parte de Brasil (estado de Río Grande do Sul).

Por su parte, el matrimonio homosexual es el reconocimiento social, cultural y jurídico que regula la relación y convivencia de dos personas del mismo sexo, con iguales requisitos y efectos que los existentes para los matrimonios entre personas de distintos sexos. Este es el paso más avanzado para el total equiparamiento de derechos y deberes entre los ciudadanos homosexuales

y heterosexuales, y se ha aprobado en los Países Bajos (2001), Bélgica (2002), España (2005), Canadá (2005), Sudáfrica (2006), Noruega (2008), Suecia (2009), Portugal (2010), Islandia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012).

■ HOSPEDAJE

Es el contrato por el cual una de las partes, denominada hospedante, se obliga a prestar a la otra, conocida como el huésped, albergue y, adicionalmente, otros servicios, como alimentación, a cambio de una retribución. En estos términos define el artículo 1713 del Código Civil al contrato de hospedaje.

Como puede apreciarse de dicha definición, este contrato puede ser simple o complejo dependiendo de si las obligaciones del hospedante se limitan solamente al albergue (en cuyo caso, será simple) o se extiende a los servicios complementarios como alimentación, lavado de ropa, custodia, guía de turismo, cochera, etc. (en este caso será complejo).

Otras características del hospedaje es que es un contrato autónomo pues no depende de otros contratos y más bien suele estar acompañado de servicios complementarios; es un contrato de prestaciones recíprocas, pues el alojamiento y los eventuales servicios que presta el hospedante tienen como contraprestación el pago de la retribución a cargo del

huésped; es conmutativo, porque no se encuentra presente ningún elemento aleatorio; y es consensual, en la medida de que su celebración no está sujeta a formalidad alguna.

Sobre el particular, el huésped tiene derecho a exigir del hospedante que la habitación presente las condiciones de aseo y funcionamiento de servicios normales y que los alimentos, en su caso, respondan a los requisitos de calidad e higiene adecuados. Asimismo, tiene derecho a que los establecimientos destinados a hospedaje exhiban en lugar visible las tarifas y cláusulas generales de contratación que rigen este contrato.

En caso estemos ante un contrato de hospedaje complejo, el hospedante asume la obligación de responder como depositario por el dinero, joyas, documentos y otros bienes recibidos en custodia del huésped y debe poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El hospedante también responde por los objetos de uso corriente introducidos por el huésped, siempre que este cumpla las prescripciones del aviso que estará fijado en lugar visible de las habitaciones. Para cumplir estas obligaciones, el hospedante tiene derecho a solicitar del huésped, dentro de las veinticuatro horas de su ingreso, una declaración escrita de los objetos de uso común introducidos, así como a comprobar su exactitud.

■ IMAGEN

El derecho a la imagen es la situación jurídica en la que se tutela la semblanza física del sujeto, protegiéndola a efectos de que su reproducción sea exacta sin que se extraiga de su contexto y sin que sufra alteraciones. Como tal, este derecho es una manifestación de la identidad en su sentido estático.

En sentido autónomo, la imagen constituye uno de los signos distintivos de la persona, por cuanto en ella prevalecen los rasgos físicos, la efigie del sujeto, lo exterior y fácilmente perceptible por los demás. Dicho de otro modo, la imagen representa el aspecto físico de las personas y, se diferencia de la identidad personal en que esta última constituye la proyección social y dinámica de cada individuo, de su personalidad, de sus vivencias, de sus aspiraciones. Sin embargo, tanto la imagen como la identidad personal están vinculadas, pues es posible que a través de la captación o difusión no autorizada de la imagen

pueda atentarse contra el derecho a la identidad.

En efecto, siendo la imagen la apariencia externa de una persona, es posible fijarla en un soporte material sea este una foto, dibujo, video, etc., y consecuentemente publicarla o difundirla; conducta que no es ilícita si es autorizada por la persona. Precisamente por ello, en su fase negativa el derecho a la propia imagen consiste en el poder de decidir –consentir o impedir– la reproducción de la imagen de una persona por cualquier medio, así como su exposición o divulgación.

Se prohíbe la utilización de la imagen de una persona si se cuenta con su consentimiento, ya sea tácito o expreso, de manera directa o por medio de otras personas, si es que ha fallecido o es menor de edad o incapaz.

Está prohibida la utilización de la imagen de una persona si se cuenta con su consentimiento, ya sea tácito o expreso, de manera directa o por medio de otras personas, si es que

ha fallecido o es menor de edad o incapaz.

Sin embargo, existen supuestos en los que la utilización de la imagen puede efectuarse sin necesidad de la autorización expresa de la persona. Tales supuestos excepcionales obedecen a la notoriedad de la persona, el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público; o por motivos de índole científica, didáctica, cultural, etc. La justificación a este tratamiento excepcional halla su razón de ser en el anticipado o tácito asentimiento de la persona que ha alcanzado cierta notoriedad en base al respaldo del público, ya sea por el cargo que desempeña o por la actividad que realiza. Dicho anticipado o tácito asentimiento a la publicidad de la imagen de una persona, con cierta notoriedad o prestigio en la sociedad se presumen, por cuanto al haber alcanzado la preferencia de la opinión pública esta va a requerir la exposición de su imagen.

IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES

Los impedimentos son situaciones negativas que representa la carencia de un requisito indispensable para contraer matrimonio, existiendo muchas clasificaciones dependiendo de su extensión, efectos, duración o eficacia. Nuestro Código acoge la clasificación por los efectos de los impedimentos, los cuales pueden ser dirimentes o impeditivos.

Los primeros son los más graves y tienen mayor trascendencia, desde el punto de vista legal como humano, que consisten en una situación personal (transitoria o permanente), dependen de incapacidades o incompatibilidades preexistentes al matrimonio.

Los impedimentos se dividen en absolutos y relativos:

Los impedimentos absolutos son aquellos que impiden el matrimonio de una persona con cualquier otro individuo, estos son:

1. Los adolescentes. El juez puede dispensar este impedimento por motivos justificados, siempre que los contrayentes tengan, como mínimo, dieciséis años cumplidos y manifiesten expresamente su voluntad de casarse.
2. Los que adolecieren de enfermedad crónica, contagiosa y transmisible por herencia, o de vicio que constituya peligro para la prole, que están fundadas por motivos eugenésicos.
3. Los que padecieren crónicamente de enfermedad mental, aunque tengan intervalos lúcidos, pues no podría cumplir con los deberes que emergen del matrimonio.
4. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no supieren expresar su voluntad de manera indubitable.
5. Los casados, que es un reflejo del sistema monogámico adoptado en nuestro país.

Los impedimentos relativos son aquellos que obstaculizan el matrimonio pero solo en relación con otra determinada y estos son.

1. Los consanguíneos en línea recta. El fallo que condena al pago de alimentos en favor del hijo extramatrimonial no reconocido ni declarado judicialmente produce también el impedimento a que se refiere este inciso.
2. Los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y el tercer grados. Tratándose del tercer grado el juez puede dispensar este impedimento cuando existan motivos graves.
3. Los afines en línea recta.
4. Los afines en el segundo grado de la línea colateral cuando el matrimonio que produjo la afinidad se disolvió por divorcio y el excónyuge vive.

Estos impedimentos están basados no solo en cuestiones éticas sino eugenésicas.

5. El adoptante, el adoptado y sus familiares en las líneas y dentro de los grados señalados en los incisos 1 a 4 para la consanguinidad y la afinidad.

Su fundamento está en el hecho de que la adopción da vida a una relación familiar de carácter legal.

6. El condenado como participe en el homicidio doloso de uno de

los cónyuges, ni el procesado por esta causa con el sobreviviente.

Esta causal requiere de una sentencia condenatoria firme, que conlleva a que no se pueda impedir a que el presunto asesino se case con uno de los cónyuges.

7. El raptor con la raptada o a la inversa, mientras subsista el rapto o haya retención violenta, supuesto que deberá ser analizado caso por caso para determinar el tiempo en que cesa el rapto o la retención violenta.

En caso el matrimonio se celebre a pesar de la existencia de los impedimentos señalados en el artículo 243 del Código Civil resulta válido, pero será sancionable aunque de modo distinto a la nulidad.

IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN

La imposibilidad de hacer vida en común constituye una causal de separación de cuerpos y de divorcio regulada en el artículo 333 del Código Civil. Se trata de la recepción legislativa en el sistema jurídico peruano de la tesis del matrimonio desquiciado o dislocado; vale decir, la consideración al grado que la desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado y, por ello, no puede alentarse esperanza alguna de reconstrucción del hogar. Se sustenta en la falta de interés social de mantener en el plano jurídico un matrimonio

desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos.

No es factible una enumeración completa de los hechos que pueden configurar la causal de imposibilidad de hacer vida en común, pues la variedad de circunstancias que puede presentar la vida real es tan grande, que siempre pueden producirse situaciones nuevas. Sin embargo, a título ejemplificativo pueden señalarse los siguientes casos:

- a) Abusos de uno de los cónyuges contra el otro: por ejemplo, no permitirle la entrada al hogar, internarlo innecesariamente en un sanatorio para enfermos mentales, introducir clandestinamente en el hogar a personas ajenas a la familia.
- b) Acciones judiciales, como la promoción de ciertas acciones judiciales infundadas, por ejemplo, la de nulidad del matrimonio por existencia de otro anterior del esposo que no se acredita o por impotencia del marido no probada; la tramitación en el extranjero de una acción de divorcio vincular a espaldas del cónyuge; la promoción infundada y maliciosa de un proceso de interdicción civil por insania.
- c) Actitudes impropias de la condición de casado: como las salidas o viajes sin dar a conocer el paradero ni prevenir al otro cónyuge; la llegada habitual al hogar a altas horas de la noche, ausencias periódicas sin ánimo de abandonar el hogar común.
- d) Cuestiones patrimoniales: como la promoción de una serie de demandas de divorcio desistidas con el fin de mantener una situación de pleito permanente para conseguir objetivos económicos; el apoderamiento de los muebles del hogar, trasladados a otro lugar so pretexto de mudanza; la venta simulada de un bien social para sustraerlo de la sociedad de gananciales; los repetidos requerimientos de dinero en préstamo a espaldas del otro cónyuge, unidos a la entrega de títulos valores falsificando la firma de este.
- e) Falta de aseo: como el grado extraordinario de falta de aseo y de observancia de las más elementales reglas de higiene; el descuido y desaliño extremo a pesar de la posición desahogada de la familia.
- f) Incumplimiento de deberes derivados del matrimonio: como la falta de contribución al sostenimiento económico del hogar por parte de un cónyuge a pesar de tener medios para hacerlo, o cuando no los obtiene por su holgazanería, falta de apego al trabajo o desprecio de las oportunidades que se le presentan de obtener ocupación; la desatención de las tareas del hogar por un cónyuge o la realización de

gastos personales por encima de las posibilidades económicas de la familia; la abstinencia de visitar al cónyuge internado por enfermedad o bien cuando media un total distanciamiento imputable a un cónyuge, que priva al otro del cumplimiento de su deber espiritual de comunicación de sentimientos y afectos.

Todas estas circunstancias deben ser acreditadas por cualquier medio probatorio admitido en la legislación procesal civil, debiendo el juzgador valorar en conjunto la prueba actuada a fin de llegar al convencimiento que el hecho comprobado efectivamente hace imposible continuar o reanudar la vida en común, según el caso.

■ IMPUTACIÓN DEL PAGO

La imputación del pago se presenta en los casos en que un deudor deba a un mismo acreedor dos o más prestaciones de la misma naturaleza y homogéneas, vale decir, que todas ellas sean de dar o de hacer y siempre que existan dudas sobre cuál obligación se extingue.

El tema de la imputación del pago tiene relevancia en tres casos vinculados a los artículos 1256 y 1257 del Código Civil:

a) Cuando entre el mismo acreedor y deudor existen dos o más obligaciones de igual naturaleza y homogéneas, y el deudor no indica

al tiempo del pago de una de ellas, cuál es la que desea extinguir.

b) Cuando en el supuesto anterior, el deudor intenta pagar todas ellas, pero lo que entrega con tal fin es insuficiente para alcanzar sus objetivos.

c) Cuando el deudor mantiene una sola obligación con su acreedor, pero el pago que efectúa no alcanza para cubrir su monto total, el mismo que podrá, además del capital, comprender gastos e intereses.

El artículo 1256 del Código Civil peruano solo se refiere a los dos primeros supuestos. El tercero lo trata el Código Civil en el artículo 1257.

La cuestión radica, entonces, en determinar la naturaleza de las obligaciones, esto es, si puede tratarse de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer, aunque debemos advertir desde ya que, respecto a estas últimas, a las de no hacer, no les son aplicables las reglas de la imputación del pago.

La fungibilidad debe entenderse en el sentido de lo que tiene la misma especie y calidad, pero no en el sentido de lo consumible, y la homogeneidad puede entenderse en el sentido de lo que pertenece al mismo género y tiene iguales caracteres. La misma naturaleza de las obligaciones de dar o de las obligaciones de hacer la determinan, entonces, la misma especie y calidad, así como el género y caracteres, de las prestaciones en las que las obligaciones consisten.

La imputación del pago y su eficacia suponen, entonces, la indicación que hace el deudor al acreedor respecto de la obligación a la que le está dando cumplimiento, cuando sus obligaciones reúnen el requisito de la misma naturaleza y sus prestaciones son fungibles y homogéneas.

La oportunidad para formular la imputación del pago es la del momento de realizarlo o, si ya fue efectuado, antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor, esto es el deudor tiene la posibilidad de imputar el pago hasta antes de aceptar el recibo emitido por el acreedor.

El deudor se verá imposibilitado de efectuar la imputación sin el asentimiento del acreedor, en cualquiera de los supuestos que se enumeran a continuación:

- a) Si el deudor desea pagar solamente parte de una de las deudas

El acreedor –con todo derecho– podría oponerse a recibir pagos parciales. Pero también es evidente que el acreedor, si así lo desea, podrá aceptar la imputación de un pago parcial.

- b) Si el deudor desea pagar una deuda ilíquida o no vencida

Esto porque no puede saberse todavía si habrá un pago íntegro en el caso de la deuda ilíquida y porque el pago no podrá hacerse antes del plazo, sino de común acuerdo (en el caso de la deuda no vencida).

El artículo 1257 del Código Civil tiene por objeto establecer determinadas excepciones para el caso de la imputación del pago. En tal sentido, la norma prescribe un orden necesario e imperativo para que opere tal imputación. Es el caso en que una deuda esté compuesta por capital (la prestación principal debida originalmente), gastos (los que hubiese generado la celebración del acto relativo a la prestación principal o su requerimiento para cobrarla –que por lo general, y a ello alude usualmente el artículo 1257, se referirán a los gastos que origine la concesión del préstamo dinerario o la cobranza de dicho préstamo–), e intereses (los devengados por concepto del uso o mora de dicho capital).

INCAPACIDAD DE EJERCICIO

La incapacidad de ejercicio es aquella falta de aptitud de la persona natural para poder ejercer sus derechos o situaciones jurídicas subjetivas de ventaja de manera propia. Existen dos clases de incapacidad de ejercicio: incapacidad absoluta e incapacidad relativa.

1. Incapacidad absoluta

La incapacidad absoluta está determinada por circunstancias que afectan la comprensión o la expresión de la libre voluntad del sujeto de derecho. El artículo 43 del Código Civil señala que son absolutamente incapaces:

- a) Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley. Aquí debe tenerse en cuenta que el Derecho no desconoce que los sujetos que se encuentran bajo este supuesto tienen a partir de cierta edad un grado suficiente de madurez para comprender y poder expresar su libre voluntad, tal como se aprecia en el artículo 1358 del Código Civil.
- b) Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento. En este caso puede darse el caso que incluso un mayor de edad sea considerado como incapaz absoluto si es que el mismo se encuentra privado de discernimiento. A este tipo de incapacidad se le denomina incapacidad natural.
- c) Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable. Nótese que la calificación médica no basta para que el sujeto sea considerado incapaz absoluto sino que es necesario que su voluntad no pueda ser manifestada de manera indubitable, caso contrario, no se le debería considerar incapaz.

En tal sentido, el artículo 46 del Código Civil establece que la incapacidad de las personas mayores de dieciséis (16) años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio. Aclarando que “la capacidad adquirida por matrimonio no se pierde por la terminación de este”.

Incluso, se establece en el mismo artículo que tratándose de mayores de catorce (14) años la incapacidad cesa a partir del nacimiento del hijo, para realizar solamente los siguientes actos:

- i. Reconocer a sus hijos.
- ii. Demandar por gastos de embarazo y parto.
- iii. Demandar y ser parte en los procesos de tenencia y alimentos a favor de sus hijos.
- iv. Demandar y ser parte en los procesos de filiación extramatrimonial de sus hijos.

2. Incapacidad relativa

La incapacidad relativa está determinada por circunstancias que (i) afectan parcialmente la comprensión o la expresión de la libre voluntad del sujeto de derecho o, (ii) están referidas a su conducta. El artículo 44 del Código Civil señala que son relativamente incapaces:

- a) Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
- b) Los retardados mentales.
- c) Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
- d) Los pródigos.

- e) Los que incurren en mala gestión.
- f) Los ebrios habituales.
- g) Los toxicómanos.
- h) Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

A efectos de que los incapaces (de ejercicio) puedan ejercer sus derechos civiles se debe atender a las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela, mecanismos destinados a que dichos sujetos puedan ejercer sus derechos a través de terceras personas.

■ INCAPAZ

Jurídicamente se considera incapaz al sujeto que no puede ejercer sus derechos civiles debido a las reglas que ha determinado el ordenamiento jurídico. Al hablar de incapaz debemos tener presente a la capacidad de ejercicio y a su contrapartida la incapacidad de ejercicio. Tal como se verá luego, la incapacidad está determinada por circunstancias que (i) afectan parcialmente la comprensión o la expresión de la libre voluntad del sujeto de derecho (básicamente situaciones referidas a la edad o a afectaciones médicas) o, (ii) están referidas a su conducta (básicamente referidas a situaciones que no son apreciadas como responsables en la sociedad).

La calificación de un sujeto como incapaz trae aparejadas, principalmente, las siguientes consecuencias:

- a) El sujeto no puede celebrar actos jurídicos por sí mismo y debe hacerlo a través de representantes, los cuales serán designados atendiendo a las normas de la patria potestad, tutela y curatela.
- b) Los incapaces tienen como domicilio legal el de sus representantes legales (art. 37 del CC).
- c) Los actos jurídicos celebrados por incapaces serán nulos (incapacidad absoluta) o anulables (incapacidad relativa) (arts. 219 y 221 del CC).
- d) Si un acto jurídico hubiera sido anulado y en virtud del mismo se hubiera realizado un pago a un incapaz, el pagador no podrá repetir aquello, salvo en la parte que hubiera sido de provecho del incapaz (art. 228 del CC).
- e) En caso el incapaz hubiera actuado de mala fe ocultando su situación de incapaz para inducir a la celebración de un acto jurídico, ni él, ni sus herederos o cesionarios, pueden alegar la nulidad (art. 229 del CC).
- f) En caso se realice un pago a un incapaz sin el asentimiento de su representante legal no será considerado como un hecho idóneo para extinguir la obligación. Sin embargo, si se prueba que el pago fue útil para el incapaz la obligación se extinguirá en la parte pagada (art. 1227 del CC).
- g) En nuestro ordenamiento se ha considerado a la incapacidad

natural como uno de los supuestos de la incapacidad jurídica. No obstante aquello, consciente de las necesidades personales de los incapaces y del tráfico jurídico, el Código Civil ha establecido en su artículo 1358 que “los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”.

- h) En materia de responsabilidad civil, si el incapaz de ejercicio hubiera actuado con discernimiento queda obligado a responder por el daño causado y su representante legal es solidariamente responsable (art. 1975 del CC).

Por su parte, no habrá responsabilidad en los casos que un incapaz haya actuado sin discernimiento, siendo responsable en este caso únicamente su representante legal (art. 1796 del Código Civil). No obstante aquello, atendiendo a la finalidad reparadora de la responsabilidad civil, si el afectado no ha podido obtener reparación del representante legal, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del “autor” directo, es decir, del incapaz (art. 1977 del Código Civil).

■ INCINERACIÓN

En sentido estricto, la incineración es la combustión completa de la materia orgánica hasta su conversión en

cenizas, usada sobre todo en el tratamiento de basuras: residuos sólidos urbanos, industriales peligrosos y hospitalarios, entre otros. Tanto la incineración, como otros procesos de tratamiento de basuras a alta temperatura son descritos como “tratamiento térmico”.

Sin embargo, en lo que respecta al ámbito jurídico, de lo que corresponde hablar es de cremación y no de incineración. Por tal razón, el artículo 13 del Código Civil comete un error terminológico cuando señala que “a falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes”. Cuando la norma hace referencia a la “incineración”, debe entenderse por tal a la “cremación”, que constituye para los parientes del difunto una alternativa frente a la sepultura.

De este modo, la cremación es la práctica de deshacer un cuerpo humano muerto, quemándolo, lo que frecuentemente tiene lugar en un sitio denominado crematorio. Junto con el entierro, la cremación es una alternativa cada vez más popular para la disposición final de un cadáver.

La caja que contiene el cuerpo es colocada en la retorta e incinerada a la temperatura de 760° C a 1150° C.

Durante el proceso, una gran parte del cuerpo (especialmente los órganos) y otros tejidos suaves son vaporizados y oxidados debido al calor y los gases son descargados en el sistema de escape. El proceso completo toma al menos dos horas.

Todo lo que queda después de que la cremación concluye son fragmentos secos de hueso (en su mayor parte fosfatos de calcio y minerales secundarios). Estos representan aproximadamente el 3,5% del peso del cuerpo original total (2,5% en niños, aunque hay variaciones debidas a la consistencia del cuerpo). Debido a que el tamaño de los fragmentos de hueso secos están estrechamente conectados a la masa esquelética, su tamaño varía de persona a persona. El cráneo de la persona conserva su forma y parte de su densidad.

La joyería, tal como relojes de pulsera, anillos y pendientes, son ordinariamente retirados del cuerpo y devueltos a los familiares. El único artículo no natural que requiere ser retirado previamente es el marcapasos, ya que este podría estallar y dañar la retorta del horno. En el Reino Unido y seguramente en otros países es obligatorio para la funeraria el retirar el marcapasos antes de entregar el cuerpo al crematorio, y firmar una declaración que indique que cualquier marcapasos ha sido retirado. Después de que la incineración del cadáver ha concluido, los fragmentos de hueso son retirados de la retorta, y el operador utiliza un pulverizador,

llamado “cremulador” en donde los procesa hasta que adquieren la consistencia de granos de arena (esto en función de la eficiencia del cremulador); en cuanto al cráneo, en algunos casos como su dimensión no le permite pasar por el orificio del cremulador, es golpeado y aplastado con un instrumento similar a un rodillo, pero de mayor tamaño, el cual se desliza sobre el cráneo carbonizado hasta pulverizarlo y convertirlo en cenizas; esta operación incluso ha sido filmada y exhibida en televisión. Los pulverizadores generalmente hacen uso de alguna clase de mecanismo giratorio, para pulverizar los huesos, tales como los molinos de bolas en los modelos más viejos.

■ INCUMPLIMIENTO

Se incumple el contrato cuando el deudor no ejecuta la prestación debida o la ejecuta en modo tardío, o bien en modo inexacto. La inejecución de las obligaciones (modo no satisfactivo de extinción de las obligaciones) comporta incumplimiento del contrato. Por la estrecha conexión entre inejecución de la obligación e incumplimiento del contrato se suele examinar el primero en el ámbito del segundo. El incumplimiento es una de las causas (en conjunto con la imposibilidad sobrevenida y con la excesiva onerosidad) de resolución del contrato.

Con relación a ello, existen dos tipos de responsabilidad civil: la

responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad aquiliana o extracontractual. En el primer supuesto, se trata de la situación asumida por el deudor ante el incumplimiento, a él imputable, de una obligación, es decir, ante la inejecución o ejecución parcial, tardía o defectuosa de la prestación comprometida.

La responsabilidad del deudor por incumplimiento es responsabilidad personal, si el deudor no paga cuanto es debido, el acreedor puede satisfacerse sobre sus bienes.

La inejecución de las obligaciones aparece como un efecto anormal, pues constituye el comportamiento indebido del deudor al no cumplir su deber de prestación.

Si la inejecución se produjo por un caso fortuito o fuerza mayor; es decir, por un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, esto no es imputable a ninguna de las partes.

El caso fortuito está dado por eventos naturales, mientras que la fuerza mayor se debe a hechos de terceros, de la autoridad o gobierno.

El deudor será responsable de la inejecución de la obligación, si es que concurren dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

En el incumplimiento, se resarcen, como regla general, los daños que sean su consecuencia inmediata y directa, y si media culpa leve, el daño que podía preverse al tiempo en que

se estableció la relación obligatoria. En el incumplimiento, los intereses se devengan si media constitución en mora del deudor

Efectos del incumplimiento de las obligaciones. Son los siguientes:

1. Extinción de la obligación.- En el caso previsto en el artículo 1316 del Código Civil, cuando la obligación no se ejecuta por causa no imputable al deudor.
2. Pago de una indemnización por los daños y perjuicios.- Cuando las causas de la inejecución son imputables al deudor, tal como lo prevé el artículo 1321 del mismo cuerpo legal.

Se responde cuando no se cumpla con la diligencia debida, que implica:

Que no se aportó la utilidad comprometida en el deber central (lesionándose con ello el interés de prestación).

Que no se aportó la prueba positiva del límite de la responsabilidad del deudor: el caso fortuito.

Que se lesionó el interés autónomo de protección (que teóricamente puede presentarse, inclusive, pese a haberse ejecutado el deber de prestación).

La inejecución de la obligación alude a la imposibilidad de la ejecución de la prestación ya sea por pérdida del bien o por frustración del interés, mientras que el “cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” hace

referencia a la violación de los principios del pago: de identidad (en virtud del cual el pago debe realizarse con el mismo bien con el que se obligó el deudor), integridad (que establece que el pago debe efectuarse en un solo acto), e indivisibilidad (que alude al pago oportuno y conforme al modo convenido).

■ INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

La expresión “indemnización por daños y perjuicios” se encuentra recogida en varios artículos del Código Civil como sinónimo de la pretensión que el demandante puede reclamar frente a aquel que le hubiera causado un daño. En tal sentido, siempre que se haga referencia a dicha expresión estaremos ante un caso de responsabilidad civil.

Así tenemos, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 964 que establece que: “[q]uien buscare tesoro sin autorización expresa del propietario está obligado al pago de la indemnización de daños y perjuicios resultantes”. O el artículo 959 que establece que: “[e]l propietario no puede impedir que en su predio se ejecuten actos para servicios provisorios de las propiedades vecinas, que eviten o conjuren un peligro actual o inminente, pero se le indemnizará por los daños y perjuicios causados”.

Asimismo, también es de uso común en la práctica legal para referirse a

toda pretensión procesal que tenga como finalidad que se resarzan los daños producidos. La expresión es usada de manera indistinta para referirse a daños producidos por responsabilidad contractual o extracontractual.

■ INDIGNIDAD

El Derecho romano clásico y posclásico conoció algunos supuestos en los cuales el sucesor, aun adquiriendo la herencia, era privado por la ley, en castigo de los actos cometidos contra el difunto, de los bienes adquiridos; bienes que recaían, salvo casos excepcionales, en el Fisco. Hoy persiste esta sanción de los actos cometidos contra el difunto. Así, al que le ha ofendido mediante los actos taxativamente determinados por la ley, se le estima indigno de heredarle, y, o no puede adquirir la herencia, o, en otros sistemas, pierde la ya adquirida en cuanto la indignidad se denuncie.

En el caso del Derecho peruano, la indignidad para suceder es una causa de exclusión de una determinada herencia, es susceptible de comprender a todos los sucesores (voluntarios y abintestato) y legatarios.

En relación con la naturaleza jurídica de esta figura, ha habido cierta polémica. Una primera postura entendió que la indignidad era una propia incapacidad para suceder. Otra postura entendió que era un

tipo de prohibición, muy distinta a la incapacidad. Para otro sector doctrinario, el fundamento y la naturaleza de la indignidad es de sanción civil a hechos que son gravemente perjudiciales, materiales o morales al causante, y tal sanción no satisface ni reintegra el derecho violado.

En cuanto a las personas que pueden ser declaradas indignas para suceder, el artículo 667 del Código Civil regula las siguientes:

- a) Los autores o cómplices de homicidio doloso o de su tentativa, cometidos contra la vida del causante, de sus ascendientes, descendientes o cónyuge. Se debe tener presente que esta causal de indignidad no desaparece por el indulto ni por la prescripción de la pena.
- b) Los que hubieran sido condenados por delito doloso cometido en agravio del causante o de alguna de las personas a las que se refiere el punto anterior.
- c) Los que hubieran denunciado calumniosamente al causante por delito al que la ley sanciona con pena privativa de la libertad.
- d) Los que hubieran empleado dolo o violencia para impedir al causante que otorgue testamento o para obligarle a hacerlo, o para que revoque total o parcialmente el otorgado.
- e) Los que destruyan, oculten, falsifiquen o alteren el testamento de la

persona de cuya sucesión se trata y quienes, a sabiendas, hagan uso de un testimonio falsificado.

Esta exclusión de la sucesión por indignidad debe ser declarada por sentencia, en un proceso judicial que pueden promover contra el indigno los llamados a suceder a falta o en concurrencia con él. Sin embargo, esta acción prescribe al año de haber entrado el indigno en posesión de la herencia o del legado.

Asimismo, el causante también puede desheredar por indignidad a su heredero forzoso conforme a las normas de la desheredación y puede perdonar al indigno de acuerdo con dichas normas.

Como consecuencia de la declaración judicial de indignidad, el indigno queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Asimismo, si el indigno hubiere enajenado los bienes hereditarios, la validez de los derechos del adquirente se regirá por el artículo 665 del Código Civil (acción reivindicatoria de bienes hereditarios) y el resarcimiento correspondiente.

■ INDIVISIÓN

Los copropietarios son cotitulares del derecho de propiedad sobre un bien mueble o inmueble. En principio, en atención del artículo 984 del Código Civil, los “copropietarios

están obligados a hacer partición cuando uno de ellos o el acreedor de cualquiera lo pida, salvo los casos de indivisión forzosa, de acto jurídico o de ley que fije plazo para la partición”. Es decir, se podrá extinguir la situación de copropiedad, salvo que concurra una de las causales antes referidas, las cuales representan hechos impeditivos para proceder a la partición del bien común. En cualquiera de los casos existe una situación de indivisión:

1. **Indivisión forzosa:** En estos casos no es posible pedir la partición en situaciones en las que de proceder la misma el bien perdería su utilidad económica o jurídica.
2. **Indivisión derivada de un acto jurídico:** En este caso, es la autonomía privada la que establece que no es posible proceder a la partición. Aquí nos encontramos a su vez en dos supuestos:
 - a) Pacto de indivisión: Los copropietarios pueden acordar que no proceda la indivisión por un plazo no mayor de cuatro años. El referido pacto podrá ser renovado sin límites por los copropietarios y siempre que no se pacte por un plazo mayor al señalado. Asimismo, en caso no se fije plazo se presumirá que el mismo es por cuatro años. Si bien el Código no establece nada de manera expresa, se debe entender que en caso el plazo fijado por el pacto sea mayor se deberá reducir a cuatro años.

En el caso de indivisión derivada de un pacto, el Código Civil establece de manera expresa en su artículo 993 que: “si median circunstancias graves el juez puede ordenar la partición antes del vencimiento del plazo”. Aquí, debe atenderse a la razonabilidad de la medida buscando el equilibrio necesario, entre los intereses de los sujetos involucrados, los cuales podrían ser un acreedor que pide la partición y los demás copropietarios que verían afectado el valor del bien, en caso de partición.

Otro caso de indivisión derivada de la autonomía privada pero vinculada con el derecho de sucesiones es el artículo 847 del Código Civil que establece que los “herederos pueden pactar la indivisión total o parcial de la herencia por el mismo plazo establecido en el artículo 846 y también renovarla”.

- b) Testamento con cláusula de indivisión: El testador puede disponer mediante acto de última voluntad que respecto de determinada empresa no se produzca la partición, esto derivado de la necesidad de mantener consolidados los bienes que permiten que la empresa se desarrolle. En tal sentido, el primer párrafo del artículo 846 del Código Civil establece que el “testador puede establecer la indivisión de cualquier empresa comprendida en la herencia, hasta por un plazo de

cuatro años, sin perjuicio de que los herederos se distribuyan normalmente las utilidades”.

3. Indivisión derivada de la ley:

En estos casos, será la propia ley la que determina que no se podrá proceder con la indivisión. En tal sentido, el último párrafo del artículo 846 establece que: “a partir de la publicación e inscripción registral del sometimiento de la sucesión a cualquiera de los procedimientos concursales previstos en la legislación nacional se producirá la indivisión de la masa hereditaria testamentaria o intestada”. En tal sentido, nos encontramos aquí ante un supuesto de indivisión derivado de la ley.

A efectos de que la indivisión sea opuesta a terceros, es necesario que la misma se inscriba ante el registro público correspondiente.

INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES

Las obligaciones como vínculos jurídicos nacidos para la colaboración entre las partes buscan satisfacer el interés del acreedor a través del cumplimiento o pago. En tal sentido, el pago debe ser realizado atendido a los principios de identidad, integridad y oportunidad. En caso no se den dichos requisitos o se den de una manera parcial, tardía o defectuosa nos encontraremos ante un supuesto de incumplimiento (o inejecución)

de obligaciones. En tales caso, cabe interponer la pretensión para reclamar los daños, tal como lo señala el primer párrafo del artículo 1321 del Código Civil al establecer que: “(q)ueda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

- a) Adicionalmente al supuesto del incumplimiento se debe evaluar el criterio de imputación de responsabilidad del deudor. Así, el mismo podrá haber actuado con dolo, culpa inexcusable o culpa leve. En los casos de dolo o culpa inexcusable, la misma debe ser probada por el perjudicado, presumiéndose la culpa leve en todos los casos. Vinculado con lo anterior, los artículos 1314 y 1315 del Código Civil establecen los supuestos de ausencia de responsabilidad al señalar, respectivamente, que: “quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso” y que: “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”.
- b) Lo anterior es reafirmado por el artículo 1317 que establece que el “deudor no responde de los

daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación”. Nótese que se permite pactar incluso que en casos de ausencia de culpa se deba responder.

- c) Los artículos 1321 y 1322 prevén de manera expresa que el resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende daño emergente, el lucro cesante (siempre que estos dos últimos sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución) y el daño moral. En el caso de que la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.
- d) En cuanto a la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía, deberá ser el perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso el que la pruebe. Un supuesto de excepción es el de las obligaciones dinerarias, las cuales por expresa disposición del artículo 1324 “devengan el interés legal que fija el Banco Central de Reserva del Perú,

desde el día en que el deudor incurra en mora, sin necesidad de que el acreedor pruebe haber sufrido daño alguno”.

- e) Otro supuesto de liberación es aquel en el cual los daños que el acreedor ha sufrido hubieran podido evitarse usando la diligencia ordinaria por parte de aquel. En dichos casos, salvo pacto en contrario, no se responderá. Igual sucede cuando el acreedor haya concurrido a causar el daño, en cuyo caso el resarcimiento se reducirá según su gravedad y la importancia de las consecuencias que de él deriven, según lo señalado en el artículo 1326.
- f) Finalmente, el artículo 1328 establece que: “[e]s nula toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien este se valga”. Y que “[t]ambién es nulo cualquier pacto de exoneración o de limitación de responsabilidad para los casos en que el deudor o dichos terceros violen obligaciones derivadas de normas de orden público”.

■ INJURIA GRAVE

La injuria grave ha tenido una evolución importante en su concepto a lo largo del tiempo. Originalmente, estuvo referida a los términos despectivos dirigidos por uno de los

cónyuges contra el otro. Pero luego fue ampliada –quizás como resultado de la evidencia de situaciones imputables a uno de los cónyuges que debían razonablemente fundar el divorcio sin poder ser encasilladas en una interpretación estricta de las causales legales– hasta hacer entrar en él a todo acto que pudiese constituir una ofensa para el otro cónyuge.

De este modo, se consideraba injuria grave a todas las violaciones de los derechos del otro cónyuge, o toda inexecución de las obligaciones derivadas del matrimonio, o bien los actos contrarios a las obligaciones legales de los consortes o a la dignidad del cónyuge; todo lo cual imposibilita continuar o reanudar la vida en común.

En un inicio, el Código Civil peruano únicamente consignó a la “injuria grave” como causal para dar lugar a la separación de cuerpos o al divorcio. Sin embargo, el artículo 2 de la Ley N° 27495 varió el inciso 4 del artículo 333 del Código Civil con el siguiente tenor: “La injuria grave, que haga insoportable la vida en común”. De este modo, se incorpora el elemento referido a la intolerancia de la convivencia marital.

A primera vista, pareciera intrascendente la reforma, por cuanto es el elemento “gravedad” –la que se califica en función de circunstancias subjetivas, inherentes a la persona de los cónyuges, su contexto familiar, social y cultural– de la injuria

grave el que legitima la imposibilidad del cónyuge agraviado de continuar o reanudar su vida conyugal. En este sentido, la jurisprudencia nacional ha sostenido que la injuria grave consiste en toda ofensa inexcusable e inmotivada al honor y a la dignidad de un cónyuge, producida en forma intencional y reiterada por el cónyuge ofensor, haciendo insoportable la vida en común.

No basta, para poder afirmar que existe una conducta injuriosa y vejatoria, alguna leve agresión o pequeña violencia que responda a momentáneos arrebatos surgidos por incidentes vulgares de la vida matrimonial como reacción natural de un cónyuge ante la conducta o las ofensas del otro. Por ello, no es suficiente solo apreciar el resultado injurioso o vejatorio del comportamiento para la dignidad del consorte. Se requiere de la nota de gravedad que se aprecia en el reiterado desprecio, hábito perverso o ultraje hacia el cónyuge ofendido; lo que, en última instancia, hace insoportable la vida en común.

Finalmente, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio por esta causal caduca a los seis meses de producida la causa.

INSTITUCIÓN DE HEREDEROS

La institución del heredero es la disposición de última voluntad realizada por el testador en el testamento

por la cual se designa a las personas para sucederle a título universal en las relaciones jurídicas que son transmisibles.

En el Derecho romano, la institución de heredero era la cabeza y fundamento de todo testamento. A través de ella se designaba al individuo o a los individuos que habrían de representar *per universitatem* a la persona del testador. Tal designación era un requisito esencial e indispensable del testamento, cuya ausencia lo privaba de validez.

Mediante una Constitución de la época posclásica, dictada por Constantino II en el año 339, se atenuó el rigorismo del viejo Derecho romano, autorizando el empleo de cualquier frase o manera de hablar a los fines de instituir heredero, con tal que resultara evidente la voluntad del testador, siendo esta la norma vigente en el Derecho justiniano. Este último consideró válido el testamento que contenía la institución de heredero, cualquiera fuera el lugar que ocupara, los términos que empleare el testador o el idioma en que fuera redactado. Incluso se juzgaba que la designación de “heres” era válida aunque la persona del heredero no estuviese precisada con suficiente claridad, siempre que pudiera ser fehacientemente demostrada la intención del causante, aun con elementos no contenidos en el testamento. La institución de heredero es la designación que se hace por el testador de las personas que deben

sucederlo, o dicho de otro modo, es la disposición testamentaria por la cual el causante llama a una persona para sucederlo en la universalidad de sus bienes, o en una parte alícuota de ellos, con vocación eventual al todo.

Esto significa, en un vocabulario poco técnico, que cuando en testamento se dejan los bienes a una persona, no se dice “se le hace heredero”, sino “se le instituye como heredero”, lo que tiene como consecuencia que tal persona será la que obtenga los bienes, derechos, obligaciones y deudas que se le hayan dejado y que puedan transmitirse a la muerte del testador. La designación de la persona o personas que han de suceder al testador a título universal, en la totalidad o en una parte alícuota de sus bienes, derechos y demás relaciones jurídicas transmisibles. Es un requisito esencial. Nuestro Código Civil señala en su artículo 735 que: “La institución de heredero es a título universal y comprende la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia o una cuota de ellos. La institución de legatario es a título particular y se limita a determinados bienes, salvo lo dispuesto en el artículo 756. El error del testador en la denominación de uno u otro no modifica la naturaleza de la disposición”. La presente disposición pone de relieve el carácter universal con que se sucede a título de heredero. Universal significa, dicho en corto, que el heredero se sustituye por entero en el lugar jurídico del causante,

incluso sobre aquellos elementos patrimoniales que el causante desconociera que le pertenecían o sobre los cuales no dispuso especialmente, o que no llegan a tener eficacia (por ejemplo, un legado bajo condición que no llega a realizarse). No sucede en elementos patrimoniales (activos o pasivos) singulares considerados autónomamente entre sí (salvo el caso excepcional de partición anticipada en el testamento, como pago de la cuota porcentual), sino en un todo, en una globalidad, que es tanto como decir un conjunto inseparable, y sucede, además, en elementos o situaciones extrapatrimoniales transmisibles.

■ INTERDICCIÓN

La interdicción se presenta como una tutela que brinda el ordenamiento jurídico a determinados sujetos que presentan problemas para ejercer sus derechos, y por ello son incapaces de atender a sus propios intereses. La interdicción supone una causal de incapacidad absoluta o relativa de ejercicio. En ese sentido, el juez se encargará de brindarle a estos sujetos un especialista para que administre los bienes del interdicto de manera adecuada y razonable, siempre velando por los intereses de aquel.

El artículo 581 del Código Procesal Civil señala que la demanda de interdicción procede en los casos

previstos por los incisos 2 y 3 del artículo 43 y los incisos 2 a 7 del artículo 44 del Código Civil. La demanda se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieren hecho. En ese sentido, podemos mencionar que la interdicción se produce en los siguientes casos:

- a) En aquellos sujetos que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
- b) Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.
- c) Los retardados mentales.

Son aquellos sujetos que presentan distorsiones psicológicas y, por ende, carecen de la libre determinación de la voluntad, es decir, no comprenden el significado de sus comportamientos, así como sus consecuencias.

- d) En aquellos sujetos que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad. Es el debilitamiento progresivo de las facultades intelectuales del sujeto como se podría presentar en aquellas personas de edad muy alta. Asimismo, dentro de este supuesto se encuentran aquellos sujetos que sufren trastornos psicológicos como la parálisis general o intoxicación.

- e) Los pródigos. Son aquellas personas que despilfarran sus bienes en exceso.
- f) En aquellos sujetos que incurren en mala gestión. Son los sujetos inhábiles para manejar su patrimonio
- g) Los ebrios habituales.
- h) Los toxicómanos.
- i) En aquellos sujetos que sufren pena que lleva anexa interdicción civil.

INTERDICTO DE RECOBRAR

El interdicto de recobrar es un mecanismo judicial de defensa de la posesión regulado en el artículo 603 del Código Procesal Civil, que procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo.

Se trata de una tutela de naturaleza interina o provisional, pues la controversia se centra exclusivamente en la posesión (actual o anterior, depende del caso) del demandante, y en la lesión a la posesión producida por acto del demandado.

No forman parte de la controversia los derechos subjetivos ni los títulos de propiedad, ya que a través de los interdictos se protege única y exclusivamente el statu quo posesorio, por lo cual la cognición del proceso es sumaria (limitación de controversia)

y su trámite simplificado (limitación de medios probatorios).

Terminado el proceso sumario, las partes pueden, si lo estiman conveniente, acudir a un proceso plenario para contender sobre la totalidad del conflicto que los enfrenta. De este modo, lo contrario del juicio plenario (proceso de reivindicación, por ejemplo), es el proceso sumario (el interdicto). En el primero se pueden controvertir derechos, mientras que en el segundo la controversia se limita al análisis del estado posesorio, sin importar el fundamento jurídico de tal posesión.

Tiene legitimación activa para demandar todo aquel que se considere despojado de la posesión (art. 598 del Código Procesal Civil). Están excluidos, como es obvio, los servidores de la posesión, los detentadores esporádicos o tolerados, y los detentadores de bienes de dominio público frente al Estado. Los dos primeros no son poseedores, mientras el último sí lo es en relación con particulares, pero no ante el Estado.

Si bien el Código guarda silencio respecto a quién es el legitimado pasivo —es decir, quién puede ser demandado—, no caben dudas de que el despojante es el demandado natural en este proceso y en todo caso, también sus causahabientes.

La sentencia estimatoria del interdicto de recobrar tiene por objeto restablecer la situación posesoria

alterada por el despojo, y los efectos de este han de desaparecer en virtud del pronunciamiento judicial.

Si el bien ha sido destruido, y la reintegración deviene en imposible, entonces la acción es improponible o inadmisibles. Al no existir el bien, no hay más posesión, y el juez no puede ordenar o hacer revivir la relación posesoria. En tal caso, solo cabe el resarcimiento de daños, aun cuando en el ordenamiento jurídico peruano no existe norma específica que establezca el nivel de responsabilidad exigible al poseedor de buena fe.

Finalmente, el artículo 604 del Código Procesal Civil permite que la sentencia de restablecimiento de la posesión se pronuncie sobre el pago de frutos y la indemnización de daños. Naturalmente, esta situación se producirá solamente cuando dichas pretensiones hayan sido acumuladas con la demanda, en virtud del principio procesal de congruencia.

INTERDICTO DE RETENER

El artículo 598 del Código Procesal Civil establece que todo poseedor puede recurrir ante el juez, mediante el denominado interdicto de retener, cuando haya sido perturbado en su posesión. En la doctrina también se habla de turbación o molestia de la posesión. De conformidad con el artículo 606 del Código Procesal Civil, la perturbación debe consistir en actos materiales, o de

otra naturaleza como la ejecución de obras o las construcciones en estado ruinoso. De esta forma, la pretensión materia de este interdicto es que cesen los actos perturbadores.

La perturbación es cualquier limitación, modificación o turbación de la esfera del poseedor ajeno: es la molestia en la actividad de goce del poseedor, o el cambio de las situaciones de hecho que impide ejercer la posesión como se venía realizando antes, o que la hace más incómoda, difícil, gravosa o restrictiva respecto al modo de ejercicio anterior. Para entender correctamente la noción de perturbación es necesario ver con nitidez dos umbrales. El umbral superior separa la perturbación de la lesión más grave, cual es, el despojo. En el umbral inferior habrá de separar la perturbación de la injerencia lícita en la posesión ajena.

Para definir el umbral superior es recomendable proceder por exclusión, utilizando la definición del despojo, por la cual la perturbación será toda molestia en la posesión ajena que no llegue a ser despojo. En cuanto al umbral inferior, la práctica ha enseñado que existe perturbación cuando la injerencia sobre el bien se realiza de un modo que sería ilícito si el poseedor fuese el titular del derecho; por el contrario, no hay perturbación cuando la injerencia fuese lícita aun en contra del titular del derecho.

Así por ejemplo, si la injerencia de un tercero fuese realizada a tal altura

del suelo que esta no pudiese constituirse en lesión de la propiedad (artículo 954 del Código Civil), menos aún podría ser calificada como acto de perturbación posesoria.

Naturalmente, así como no hay despojo cuando existe una voluntad conforme del poseedor, tampoco existe molestia o perturbación cuando el poseedor ha prestado su asentimiento expreso o mediante actos concluyentes.

Por otro lado, la perturbación de la posesión, por su propia naturaleza, no puede ser pasajera o eventual; por tal razón, el remedio interdictal solo procede cuando son de temer fundamentalmente ulteriores perturbaciones. Si los efectos de la perturbación subsisten materialmente (por ejemplo, se ha realizado una instalación en predio ajeno), surge sin más la pretensión por perturbación. En tal sentido, no procede la acción interdictal si no existe la probabilidad de que la injerencia se reitere.

Si bien el artículo 606 del Código Procesal Civil establece que la perturbación posesoria se limita a actos materiales, es decir, molestias de hecho, en la doctrina también se habla de molestias de derecho, definidas comúnmente como el acto judicial o extrajudicial con el cual se contesta la posesión ajena. Ejemplos típicos son la notificación dirigida por el arrendatario al arrendador de querer tener la cosa como propia, o la notificación del propietario al

poseedor advirtiéndole de la próxima reivindicatoria.

■ INTERDICTOS

Los interdictos constituyen una de las formas de tutela de la posesión, conjuntamente con las denominadas acciones posesorias.

El Código Procesal Civil regula los interdictos, clasificándolos en dos: interdictos de recobrar e interdictos de retener. El interdicto de recobrar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 603 del Código Procesal Civil, es aquel que procede cuando el poseedor es despojado de su posesión, siempre que no haya mediado proceso previo. Por su parte, el interdicto de retener, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 606 del Código Procesal Civil, procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión. Dicha perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza, como la ejecución de obra o la existencia de construcciones en estado ruinoso. La pretensión materia de este interdicto es que cesen los actos perturbadores.

Existe una distinción conceptual, jurídica y procesal entre acción posesoria e interdictos, no solo por la redacción del artículo 921 acotado —que las distingue con la conjunción y—, sino que los interdictos exigen solamente la posesión actual y material, la posesión como hecho y no la posesión como derecho; esto es,

no se busca encontrar un derecho o causa por el cual se haya ejercido la posesión sino tan solo determinar fácticamente que se estuvo poseyendo el bien, en tanto que las acciones posesorias debaten el derecho a la posesión. No se requiere aquí poseer fácticamente; puede no tener la posesión efectiva, pero precisamente el mejor derecho a poseer es su objeto. De ahí que para poder plantear la acción se requiere título, es decir, ser poseedor legítimo. Y esa es justamente la diferencia sustancial con el legitimado activo del interdicto, que puede ser inclusive un poseedor ilegítimo, vicioso.

Siendo la diferencia de tipo sustancial, es de verse que las sentencias en ambos procesos van a diferir también en cuanto al fondo. Mientras que el interdicto concluye con una resolución provisional —esta sentencia puede ser demandada en un proceso de conocimiento— la acción posesoria culmina con una resolución con carácter de cosa juzgada en materia de posesión, lo que es coherente con el tipo de proceso, por cuanto los interdictos, al ser ventilados en proceso sumarísimo, solo admiten medios probatorios referidos exclusivamente a probar la posesión y el acto perturbatorio, no teniendo en cuenta la calidad del título posesorio, en tanto que las acciones posesorias exigen ausencia de vicios, pues el título posesorio que se tenga va a probar el mejor derecho a la posesión.

En nuestro medio existe jurisprudencia importante que ha delimitado las fronteras entre ambos conceptos:

- “(...) Que, se advierte por el contrario, que el a quem cuestionó la manera en que tomó la posesión la demandante, el derecho de posesión consagrado en el artículo novecientos del Código Civil, así como el hecho de que esta únicamente poseyó una parte del bien sublitis y no su totalidad; cuando lo real es que en un proceso interdictal como el de autos, únicamente debe acreditarse el acto de posesión en sí del demandante y la desposesión efectiva sufrida por este”.
- “(...) Que el interdicto tiene por objeto proteger el hecho de la posesión que hay que acreditar por sus manifestaciones objetivas, debatiéndose en este proceso el hecho de la posesión independiente del título posesorio”.
- “(...) El artículo 921 del Código Civil establece las formas de defensa judicial de la posesión, señalando como tales a las acciones posesorias y a los interdictos; (...) las primeras se conceden a aquellos que tienen derecho a la posesión, mientras que las segundas tienen como finalidad defender al poseedor actual, sin entrar a considerar si tiene derecho o no a la posesión”.

■ INTERÉS PARA OBRAR

Se debe partir por diferenciar claramente el interés para obrar del interés legítimo y del interés material.

El interés para obrar (categoría procesal) debe ser entendido como la utilidad que tiene la providencia jurisdiccional solicitada con el inicio del proceso para la tutela del interés lesionado o amenazado. En efecto, la necesidad de tutela jurídica exige un interés procesal, es decir, un interés a la actuación del derecho y al mantenimiento de la paz mediante la invocación de los órganos de la tutela jurídica. De este modo, el interés para obrar está dado por la relación jurídica entre la situación antijurídica que se denuncia y la providencia que se pide para ponerle remedio mediante la aplicación del derecho, y esta relación debe consistir en la utilidad de la providencia, como medio para adquirir la satisfacción del interés.

Por su parte, el interés material es la situación de tensión que existe entre una persona que experimenta una necesidad determinada (necesidad de transporte, por ejemplo) y un bien capaz de satisfacer dicha necesidad (un carro, por ejemplo).

Finalmente, el interés legítimo (categoría sustantiva) es una situación jurídica de ventaja inactiva dirigida a conseguir un resultado favorable consistente, según los casos, en la conservación o modificación de una

determinada realidad. Se dice que es una situación jurídica de ventaja inactiva pues con el interés legítimo, la satisfacción del interés material que le sirve de presupuesto no depende del comportamiento del agente titular del interés material, sino de un sujeto diverso que normalmente resulta ser titular de una potestad.

Una vez establecidas las diferencias entre las tres instituciones, resulta claro el error en que incurre el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil cuando establece que: “Para ejercitar o contestar una acción es necesario tener legítimo interés económico o moral”. Este artículo hace referencia a legítimo interés económico o moral, pero en realidad solo el interés material es el que puede ser patrimonial o no patrimonial, mas no el legítimo interés, pues este último es solo una situación jurídica que sirve para satisfacer el interés material, sea este patrimonial o no patrimonial.

Entonces, aquello que se requiere para ejercitar o contestar una acción, es el interés para obrar, el cual, junto con la legitimidad para obrar, constituyen las denominadas condiciones de la acción.

Sobre este punto, la doctrina procesal ha elaborado fundamentalmente dos teorías que tienden a explicar la naturaleza de las condiciones de la acción. La primera de ellas entiende que las condiciones de la acción son los elementos necesarios para que

el demandante obtenga un pronunciamiento jurisdiccional favorable, siendo esta teoría la que se elabora con base en la teoría concreta de la acción. La segunda de las teorías entiende que las condiciones de la acción son los elementos indispensables a fin de que el órgano jurisdiccional pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo, siendo esta teoría la que se elabora con base en la teoría abstracta del derecho de acción. En ese sentido, mientras que para la primera teoría las condiciones de la acción garantizarían un derecho a tener la razón, para la segunda garantizan el derecho de pedir que se dé la razón, cosas sustancialmente diferentes.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Es uno de los principios fundamentales que consagra el ordenamiento nacional e internacional a fin de otorgar una protección especial a los niños y adolescentes. Este principio se aplica en aquellos casos en los que se presente un conflicto entre los derechos e intereses de un niño o adolescente y los de un adulto –incluidos los padres–, una institución o el propio Estado, y determina que en todas estas situaciones siempre deberá prevalecer los derechos e intereses de los primeros.

La noción del interés superior del niño aparece con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, pero

adquiere un nuevo y mayor significado al ser incorporada en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN), aprobado en 1989. La Convención básicamente elevó el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta hacia las políticas públicas e, inclusive, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

En efecto, el artículo 3 de la Convención establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Este artículo constituye un principio que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el interés superior del niño como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, esto al considerar que los niños tienen derecho a que antes de tomarse medidas sobre ellos se debe ponderar adecuadamente y adoptar aquellas que promuevan y protejan sus derechos.

Sobre la base de tales declaraciones internacionales, nuestro Código del Niño y Adolescente ha recogido en el artículo IX el referido principio al establecer que: “En toda medida concerniente al niño y al adolescente

que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, gobiernos regionales, gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y el adolescente y el respeto a sus derechos”. Ello conforme al artículo 4 de nuestra Constitución que reconoce expresamente una protección especial al niño y adolescente.

Finalmente, es preciso mencionar que existen dos criterios interpretativos respecto al principio del interés superior del niño. El primer criterio es el de la interpretación en sentido abierto, conforme al cual el interés superior del niño estará representado por el contenido concreto que el juez o la autoridad administrativa pueda darle libremente, según su criterio personal. El segundo criterio es el denominado garantista, por el cual el juez o la autoridad administrativa deben valorar en cada caso cuáles son los derechos y garantías en juego, debiendo apartarse de apreciaciones personales, a fin de decidir en forma técnica y profesional.

INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO (NEGOCIO JURÍDICO)

Cuando se hace la interpretación de un negocio jurídico, esta opera sobre la voluntad exteriorizada del agente: antes, durante y después de la celebración del negocio jurídico.

Es el Código el que nos ofrece los criterios legislativos para integrar y reconstruir esta voluntad. La interpretación del negocio jurídico debe ser diferenciada de la denominada “interpretación de la ley”. En efecto, si bien ambas forman parte del género “interpretación jurídica”, la primera es una técnica integradora de la voluntad exteriorizada del agente, mientras que la denominada “interpretación de la ley” es una “técnica integradora del mensaje legislativo”.

Las normas de interpretación reguladas en el Código Civil peruano tienen carácter imperativo (no se podría concebir por ejemplo una cláusula en la cual se acuerde que la interpretación sea contraria al principio rector de la buena fe). No cabría que se pacte, en términos generales, interpretar, en contra de la naturaleza y objeto del negocio jurídico, o en contra del adherente. Hay negocios jurídicos que por su naturaleza no pueden aplicarse ciertas reglas de interpretación, por ejemplo, la buena fe en el testamento, que expresa la voluntad (malintencionada o no) del causante.

Sin embargo, ello no implica que, adicionalmente, las partes (o quien manifieste su voluntad) establezcan otras reglas de interpretación y, en tanto, no contravengan normas imperativas, ni sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres (artículo V del Título Preliminar del Código Civil), estas son plenamente válidas y eficaces.

Reglas de interpretación del negocio jurídico en el Código Civil peruano

Interpretación objetiva y subjetiva.- Los criterios de interpretación enunciados por la ley pueden ser clasificados en dos tipos: criterios de interpretación subjetiva que se basan en la investigación de la intención del actor (o común intención de las partes), y los llamados de interpretación objetiva que se apoyan en elementos objetivos. Pertenecerían a los criterios de interpretación subjetiva o histórica los artículos 168 (buena fe), 169 (int. sistemática), 170 (int. finalista) y 1362 del Código Civil (buena fe y común intención), mientras que el artículo 1401 del Código Civil (interpretación *contro proferentem*) correspondería a los criterios de interpretación objetiva o integradora.

La interpretación sistemática.- Implica que la labor hermenéutica no debe agotarse en una cláusula determinada del contrato, o del negocio, sino en su relación con otras, entendiendo las partes del mismo, no como una sumatoria del todo, sino como una unidad funcional. Analizar las cláusulas en su totalidad de sentido a efectos de determinar una coherente reglamentación.

La interpretación teleológica.- Indica que las expresiones comprendidas en el negocio que tengan varios significados, (o ninguno), deben

ser entendidas en aquel que sea más conveniente o corresponda mejor a la naturaleza del negocio, y para ello se tomará en cuenta la causa concreta del mismo.

Regla de la prevalencia.- “Las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de este cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto” (art. 1400 del Código Civil), prevalecen porque reflejan la verdadera intención de las partes. No necesariamente las cláusulas generales de contratación están en formularios, solo cuando se trata de contratos-tipo (contratos por adhesión).

Regla *contro proferentem*.- Aquí nos encontramos en un escenario donde no hubo negociación entre las partes, sino la adhesión de una al programa contractual diseñado por la otra; por consiguiente, la labor interpretativa (que no debe suscribirse de los criterios analizados anteriormente: buena fe, sistemático, teleológico, ni a otros que considere pertinente el juez o el árbitro) tendrá que basarse en el principio que cualquier ambigüedad deberá interpretarse en beneficio del adherente. Ello se justifica plenamente si tenemos en cuenta que el predisponente, al beneficiarse con este tipo de contratación, tendrá que asumir los costos, por haber creado (ya que él redactó el contrato) dicha situación.

■ INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La interrupción de la prescripción consiste en aquella situación en la que el plazo prescriptorio que venía corriendo se interrumpe debido a determinados acontecimientos establecidos en el ordenamiento jurídico. La principal consecuencia de la interrupción eficaz es que los plazos prescriptorios deben reiniciarse en su cómputo.

En nuestro caso, el artículo 1996 del Código Civil ha establecido que se interrumpe la prescripción por:

- a) Intimación para constituir en mora al deudor.
- b) Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.
- c) Reconocimiento de la obligación.
- d) Oponer judicialmente la compensación.

Tal como se aprecia, las causales establecidas están referidas básicamente a supuestos en los que se pueda apreciar que el acreedor ha tenido voluntad de ejercer sus derechos o que el deudor manifieste que la obligación existe.

Además, el artículo 1997 del Código Civil establece aquellos supuestos en los que la interrupción producida deja de tener efectos, así tenemos que aquello ocurre cuando:

- a) Se prueba que el deudor no fue citado con la demanda o no fue notificado con cualquiera de los otros actos a que se refiere el artículo 1996, inciso 3 (literal b anterior).
- b) El actor se desiste de la demanda o de los actos con los que ha notificado al deudor; o cuando el demandado se desiste de la reconvencción o de la excepción con la que ha opuesto la compensación.
- c) El proceso fenece por abandono.

Finalmente, el Código Civil ha establecido que si la interrupción se produce por las causas previstas en el artículo 1996, incisos 3 y 4 (citación con la demanda u otro acto y oposición judicial de la compensación), la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada.

■ INTIMIDACIÓN

En la violencia psíquica o moral el sujeto obra con su voluntad –y de ahí la razón por que la manifestación sea atribuible a él–, pero encontrándose en una condición de grave perturbación psíquica por efecto de la amenaza de un mal grave. Se escoge celebrar el negocio (o estipularlo en determinadas condiciones), pero obra de ese modo para evitar un daño injusto. Es la amenaza de un mal que, infundiendo temor en el ánimo de una persona, la conduce

a realizar un negocio jurídico que no habría realizado, de no existir la amenaza. Se trata de un negocio realizado bajo la influencia del temor que vicia la voluntad, porque afecta la libertad con que deben celebrarse los negocios jurídicos.

Presupuestos:

- a) Amenaza de un mal evidente (inminente y grave) artículo 215 del Código Civil, porque no hay lugar para advertencias carentes de factibilidad (por eso el simple temor reverencial no anula el acto, art. 217 del Código Civil).
- b) El mal con el que se amenaza tiene que consistir en la posibilidad de la producción de un daño injusto para el intimidado (sea cuerpo o bienes), o para un tercero cuya esfera resulte de interés para el intimidado (con lo cual queda excluido el aviso del ejercicio legítimo y regular de un derecho, art. 217 del Código Civil), debe ser un mal notable y grave. Debe ser externo al negocio jurídico, es decir, no puede identificarse en la privación de la prestación esperada con base en el contrato. Si A tiene un enorme deseo de adquirir el bien de B y B lo amenaza de no venderlo si A no acepta pagar un precio caro y A acepta comprarlo a dicho precio, no podría impugnar el acto por intimidación.
- c) La amenaza tiene que ser determinante de la voluntad, debe ser de tal naturaleza de impresionar

a una persona sensata, que depende de la atendibilidad de la amenaza, de la puesta en escena, de las posibilidades que le quedan a la víctima (o parecen quedar), de sustraerse de al mal, entre otros aspectos.

Nexo causal entre amenaza y negocio

Una condición perjudicial para los fines del ejercicio de la acción de la anulación por violencia consiste en que un sujeto haya amenazado a otro con un mal con el fin de inducirlo a realizar un acto de autonomía privada que aparece en conexión directa con la amenaza.

Tiene que haber una relación razonable (nexo causal) entre el miedo y el mal posible.

Clases de violencia

- Compulsiva, fuerza corporal o física.
- Impulsiva, cuando se coacciona, impulsa o impele una voluntad. Ejemplo: si estoy impedido de movimiento hasta que firme.

Se pueden fijar algunos criterios –siempre que no sean rígidos– de identificación de la injusticia del mal amenazado. Es lo que parece ocurrir cuando la “amenaza” no se encuentra de suyo autorizada por el ordenamiento, o, cuando, referida al ejercicio de un derecho, está dirigida a la estipulación de un negocio que no tiene ningún nexo instrumental

con el derecho que se quiere hacer valer o, finalmente, cuando teniendo algún nexo instrumental con el derecho, sin embargo, se ejercita para conseguir provecho no consentido por la ley o manifiestamente inícuo.

El simple temor reverencial no anula el negocio. El temor reverencial es la relación de respeto, obediencia, o la deferencia que se tiene por una persona, tal es el caso de la relación entre padres e hijos, o entre el médico y su paciente.

En estos casos, la evaluación debe realizarla el juez, porque existen situaciones en las que se presenta el respeto y aun el sometimiento de una persona a otra, sin tratarse de los casos de subordinación legal; tal es el caso del padrino respecto del ahijado o el respeto al hermano mayor. El temor reverencial no anula el negocio jurídico, siempre que no se ejerza con exceso.

■ INTIMIDAD

El derecho a la intimidad es una situación jurídica en la que se tutela el espacio individual y familiar de privacidad de la persona, conformados por experiencias pasadas, situaciones actuales, características físicas y psíquicas no ostensibles y, en general, todos aquellos datos que el individuo desea que no sean conocidos por los demás, porque de serlo, sin su consentimiento, le ocasionarían incomodidad y fastidio.

Intimus significa en latín íntimo, el más íntimo. Deriva del adverbio *intus*, que traducido significa por dentro, o hacia dentro. De tal forma, *intimus* debe traducirse como lo más interior, lo que tiende a demostrar la máxima interioridad.

El derecho a la intimidad tiene su origen, como derecho autónomo, en 1890, cuando dos jóvenes abogados norteamericanos, Samuel Warren y Louis Brandeis, escribieron el ensayo "*The right to privacy*", en el que fundamentaron la presencia de un espacio en la existencia del ser humano libre de intromisiones, que debe ser respetada, y por ello la necesidad de su protección legal. Surge, en buena cuenta, como consecuencia del conflicto con la libertad de información y más concretamente con la libertad de expresión, de la que hacen uso los medios de comunicación masiva.

Si bien algunos autores usan indistintamente las expresiones vida privada e intimidad como sinónimos, debe hacerse un distingo importante entre ellas, en la medida que la vida privada es el concepto genérico dentro del cual se encuentra un aspecto específico, que es la intimidad. La vida privada se compara a un cono, en el que la base ancha del mismo es la parte más cercana a la vida social, pública, y el vértice es la parte más alejada de la vida social, donde convergen los "datos sensibles", que serían los datos íntimos. Sin embargo, el sistema jurídico peruano optó por la denominación de intimidad para todo el cono.

El derecho a la intimidad se encuentra regulado en el artículo 14 del Código Civil en los siguientes términos: “La intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si esta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendiente, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden”.

No obstante, esta norma se queda corta, por cuanto cuando se analizan los elementos que integran el concepto del derecho a la vida privada, se observa que no solo se trata del control de la información de hechos reservados de la vida de una persona, sino también de los derechos a la tranquilidad, a la paz, a la soledad, a que ninguna persona se inmiscuya o fisgonee, respecto a los actos de la vida privada.

Pero además de estos aspectos negativos relacionados con acciones de terceros, existe un contenido positivo y que constituye la garantía de la libertad de las personas, aspecto denominado autonomía, y que es entendido como la posibilidad de tomar por sí mismo las decisiones más importantes de su existencia.

INVITACIÓN A OFRECER

La oferta es una declaración unilateral por la cual un sujeto manifiesta la intención de celebrar un contrato. En ese sentido, la oferta para ser tal, debe cumplir determinadas características

como son la autosuficiencia, la intención de contratar y el carácter recepticio. La primera característica hace referencia a que la oferta debe contener todos los elementos necesarios e indispensables de modo tal que con la simple aceptación pueda formarse el contrato, como son el precio y el bien si fuera un contrato de compraventa. La intención de contratar refiere al carácter serio que debe tener la oferta, en tal sentido se excluyen las declaraciones hechas en broma o con reserva mental. El carácter recepticio refiere a que la oferta debe dirigirse a una persona plenamente determinada.

En el caso de la invitación a ofrecer, se advierte que esta no cumple con uno de los requisitos esenciales para ser considerada como una oferta. Esto debido a que no cumple con el carácter recepticio, puesto que la declaración emitida no va dirigida a un sujeto determinado, sino a una pluralidad de sujetos indeterminados (*in incertam personam*).

La invitación a ofrecer se presenta cuando una persona que quisiera celebrar un negocio jurídico, en vez de formular una oferta invite a un público determinado a que estos le formulen ofertas, convirtiéndose en invitados aquellos que formularon las ofertas.

El artículo 1388 del Código Civil regula la invitación a ofrecer como una oferta al público. De esta manera, se señala que la oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes

acceden a la invitación y destinatario al proponente. Si el proponente indica claramente que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

En la invitación a ofrecer, el sujeto se encarga de emitir una declaración destinada a una pluralidad de personas para que estas emitan ofertas, constituyéndose en aceptante si es que estaría de acuerdo con las estipulaciones para la celebración del contrato. En tal sentido, los destinatarios de la invitación a ofrecer se constituirían en oferentes debido a que la manera de acceder a una invitación a ofrecer es formulando ofertas al invitante a ofrecer. En consecuencia, se puede colegir que en esta figura jurídica lo que en realidad se presenta es una inversión de las posiciones jurídicas de las partes contratantes.

La revocación de la invitación a ofrecer se debe realizar en la misma forma que se hizo la invitación.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

La irretroactividad de la ley implica que la misma no se aplica a las situaciones, hechos y consecuencias anteriores a su entrada en vigencia. Lo anterior significa una garantía para los ciudadanos ya que tendrán la posibilidad de adecuar su conducta de acuerdo a lo que en un momento determinado el ordenamiento jurídico haya considerado como lo lícito. Ahora bien, la

irretroactividad de la ley no solo brinda seguridad en dichos aspectos sino en otros como, por ejemplo, a efectos de determinar la inclusión de un nuevo supuesto de hecho como generador de una operación gravada por el impuesto general a las ventas o el impuesto a la renta o requisitos para poder operar un negocio o determinada actividad. En tal sentido, si es que las leyes pudieran ser aplicadas de manera retroactiva nos encontraríamos en una permanente inseguridad jurídica ya que si bien una conducta pudiera ser conforme a derecho o no generar un hecho gravado, como se señaló en los ejemplos pasados, existiría la posibilidad de que luego al dictarse determinada ley si llegara a considerar determinada actividad como ilícita o gravada, para seguir con los ejemplos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo III del Título Preliminar del Código Civil establece que la ley “(n)o tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú”. Al respecto como ejemplos de aquello podemos señalar el artículo 103 de la Constitución Política del Perú que establece que “(n)inguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”.

IURA NOVIT CURIA

El *iura novit curia* es un aforismo que parece conocerse desde el siglo XIII d.C., y puede ser expresado del siguiente modo: el juez conoce el

derecho y debe aplicarlo, no importando para ello las deficiencias o la ignorancia en que haya incurrido la parte correspondiente. El juez puede alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte, pero no puede alterar la naturaleza ni la articulación de la pretensión misma.

De este modo, en función a este aforismo –consagrado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil– es el juez como titular de la potestad jurisdiccional quien tiene el poder - deber de proporcionar el derecho aplicable al proceso, con prescindencia de la respectiva invocación de las partes, conforme a la pretensión planteada. Se funda en la presunción lógica del conocimiento del derecho por parte del juez y, en consecuencia, no se encuentra vinculado por las calificaciones de las partes, existiendo el límite de respetar el postulado de congruencia.

De esta forma, la sentencia en la cual se aplique el *iura novit curia* deberá ser congruente con:

- i. El objeto del *petitum*, vale decir, el juez no puede conceder algo diferente de lo pedido (por ejemplo, si se pide reivindicación, el juez no puede fallar el pago de una suma de dinero por resarcimiento de daños).
- ii. La *causa petendi* (por ejemplo, si se pide divorcio por adulterio, el juez no podría fallar divorcio por conducta deshonrosa).

En efecto, el juez está obligado a ceñirse a los fundamentos de hecho mas no a los de derecho. Dentro de este orden de ideas, el juez no puede fallar más allá de lo pedido (incurriría en una *extra* o en una *ultra petita*), ni dejar de pronunciarse respecto de una pretensión solicitada (incurriría en una *infra* o *citra petita*).

En conclusión, el aforismo *iura novit curia*:

- i. Atribuye al magistrado la facultad de corregir el derecho mal o insuficientemente invocado por las partes. Es decir, lo esencial del mandato consiste en una atribución tutelar al juez para que corrija un error o ignorancia en la sustentación normativa precisa hecha por el litigante dentro del proceso.
- ii. Para que esta atribución pueda ser ejercitada, se requiere que de autos resulte que hay congruencia entre los hechos planteados en la demanda y las pruebas actuadas. Es decir, la invocación de la pretensión y la probanza de hechos corresponden, en esencia, a las partes, no pudiendo el juzgador alterar ambos elementos.
- iii. Corresponde al juez aplicar la norma pertinente a la relación jurídica controvertida. De esta manera, la función del juez es apreciar la relación jurídica materia del proceso y luego, resulta de su exclusiva prerrogativa decidir cuál es la norma pertinente y aplicarla.

J

■ JUEGO Y APUESTA

El juego y apuesta es un contrato mediante el cual una de las partes, a cambio generalmente de una retribución, se obliga a entregar un premio a favor de la otra (apostante o jugador) en caso ocurra un hecho incierto que determine que este último ha obtenido el mencionado premio.

Por juego debe entenderse a la habilidad o destreza del jugador, mientras que apuesta está referida a un hecho de azar. Esta distinción conceptual que es bastante sutil no tiene mayor relevancia en el plano jurídico en la medida de que ambos supuestos están regulados conjuntamente en los artículos 1942 al 1949 del Código Civil.

El contrato de juego y apuesta es autónomo porque no depende de otra relación obligacional; es de prestaciones recíprocas, pues al momento de celebrarse el contrato cada parte se obliga respecto de la otra a satisfacer determinada prestación, aunque solo la ocurrencia del hecho incierto en el que consiste el juego o la apuesta

activa del derecho del apostador o jugador a reclamar a la otra parte el cumplimiento de su obligación, es consensual, pues no existe alguna formalidad que haya de cumplirse para la celebración del contrato; y es altamente aleatorio, pues en el momento de la celebración del contrato las partes mantienen incertidumbre sobre la obtención del premio a favor del apostante o jugador.

El artículo 1942 del Código Civil estipula que por el juego y la apuesta permitidos, el perdedor queda obligado a satisfacer la prestación convenida, como resultado de un acontecimiento futuro o de uno realizado pero desconocido para las partes. Dicho artículo también señala que el juez puede reducir equitativamente el monto de la prestación cuando resulta excesiva en relación con la situación económica del perdedor.

■ JUSTIPRECIO

El justiprecio es la indemnización o retribución a la que tiene derecho el

propietario por la pérdida de su propiedad mediante la expropiación. El importe de la indemnización justipreciada debe incluir la compensación del perjuicio que hubiere. En ese sentido, se señala que el justiprecio comprende no solo el valor mismo del bien –que podría llamarse daño emergente– sino también el lucro cesante. No obstante, lo correcto es señalar que el valor del bien no constituye propiamente resarcimiento de daños y, por lo tanto, no se trata de un daño emergente. En efecto, la recuperación del valor es cosa diversa del resarcimiento; es del todo independiente de los presupuestos de este, porque exige solo el reconocimiento de la equivalencia de la cosa. En ese sentido, el reembolso del valor comercial del bien es una parte de la indemnización constituida por la retribución que otorga el Estado por expropiar la propiedad de un particular; el otro elemento que forma parte del justiprecio indemnizatorio es propiamente el resarcimiento (llamado por la ley compensación), siempre que se acredite fehacientemente los daños y perjuicios. Así, este último monto solo se otorga cuando se acrediten fehacientemente daños y perjuicios para el sujeto pasivo, originada, inmediata, directa y exclusivamente por la naturaleza forzosa de la transferencia.

El pago del justiprecio tiene algunas particularidades: 1) en el caso del valor comercial, el pago debe ser previo a la expropiación material, es decir, a la toma de posesión del bien

expropiado. En cambio, en el caso de la compensación, su pago se efectuará una vez otorgada la garantía o fianza bancaria, si el sujeto activo contradice el monto de la compensación pretendida por el sujeto pasivo. En caso de que el sujeto pasivo no hubiese presentado su pretensión a la compensación ni hubiese reconvenido, el pago se efectuará en ejecución de sentencia (artículo 21.1 de la Ley General de Expropiación); 2) el pago debe ser en dinero y en moneda nacional (artículo 19). En este punto cabe aclarar que la indemnización justipreciada no constituye el precio del bien, sino que es el valor de la cosa expropiada más el pago de los perjuicios ocasionados por la expropiación. Asimismo, la indemnización justipreciada no podrá comprender el valor de las mejoras realizadas en el bien a expropiar por el sujeto pasivo con posterioridad a la fecha de publicación de la resolución. Cabe señalar, además, que si en la sentencia el juez determina un monto distinto de la tasación comercial actualizada presentada por el demandante o el monto de la compensación presentada por el demandado, se ordenará en ejecución de sentencia que se realicen las compensaciones correspondientes.

En lo que respecta a la tasación, el artículo 16 de la Ley General de Expropiación señala que el valor del bien se determinará mediante tasación comercial actualizada, que será realizada exclusivamente por el Consejo Nacional de Tasaciones - Conata.

■ JUSTO TÍTULO

El justo título es una figura jurídica que tiene importancia fundamental a efectos de adquirir la propiedad mediante prescripción adquisitiva ordinaria. Esta última es un modo de adquisición de la propiedad en el que confluyen dos factores determinantes: el transcurso de un cierto lapso de tiempo (que varía según las circunstancias), y la existencia de una determinada calidad de posesión sobre el bien.

En ese sentido, el justo título constituye un acto jurídico por el cual se legitima la posesión del adquirente y lo hace aparecer como propietario, aunque exista algún defecto o vicio originario que afecte a la facultad de disponer del transmitente. Al constituirse como un acto jurídico, se infiere que aquel debe cumplir con todos los requisitos que exige la ley para su validez. El único defecto que debe estar presente es la falta de facultad de disponer por parte de quien actúa como enajenante. En consecuencia, este acto celebrado es válido, pero ineficaz.

En ese sentido, se ha manifestado la Cas. N° 1106-98 cuando señala: “Por la prescripción adquisitiva de dominio se consolida el derecho del poseedor que se creía propietario exclusivo de la cosa, por entender haberla recibido de su legítimo propietario, mediante un acto traslativo que, con el fin de transmitir la propiedad, estaba revestido de las solemnidades, exigidas para su validez; justo título es el título traslativo que por sí habría bastado para operar

la transferencia del dominio reuniendo las condiciones legales, pero en el cual falta la condición de dueño en la persona que opera la transmisión”.

Un requisito esencial para que se configure el justo título como tal es el carácter objetivo que debe presentar. En tal sentido, de plano debe descartarse el título simulado, sobre todo en la simulación absoluta, puesto que si sería relativa, el acto oculto con título se podrá hacer valer; así como el llamado título putativo.

Nuestra normativa señala que se adquiere la propiedad inmueble por prescripción, cuando la posesión que se ejerce como propietario es pacífica, pública y continua. En ese sentido, si media justo título y buena fe se adquirirá a los cinco años. En el caso de los bienes muebles la adquisición de la propiedad será durante el lapso de dos años. Como se habrá podido apreciar el lapso de tiempo que prescribe nuestra normativa para que se configure la prescripción ordinaria se reduce en comparación con la extraordinaria. Ello toma su fundamento en el comportamiento honesto y diligente que tuvo el adquirente.

El justo título no puede ser estudiado en forma independiente, sino con relación a otro concepto fundamental como el de la buena fe. Esta última debe ser entendida en su sentido objetivo, es decir, en el comportamiento diligente que debe guardar el adquirente. No basta una mera creencia sino que a ella va unida la diligencia.

L

■ LEGADO

La institución de legado se encuentra regulada por el artículo 756 del Código Civil, dicho dispositivo legal establece una clara diferencia entre herederos y legatarios, es decir, los primeros suceden a título universal y los segundos a título singular.

El legado es un acto de liberalidad el cual se otorga por testamento a favor de cualquier persona, dentro de la facultad de libre disposición, pudiendo ser en nuestro Derecho de bienes o de una parte de ellos. Por lo tanto, el legatario es aquel heredero instituido en cosa cierta y determinada. Entre sus principales características se pueden determinar las siguientes:

- **Es un acto voluntario y de liberalidad:** El legado se constituye por la manifestación de voluntad del legatario puesto que no existe disposición legal ni mucho menos algún contrato por el cual se ordene a otorgar legados para la satisfacción de algún tipo de interés de determinada persona, siendo el legado eminentemente

voluntario, pudiendo o no ser realizado. Asimismo, es un acto de liberalidad, siendo este término sinónimo de generosidad; por lo tanto, tendría el carácter de gratuito.

- **Es a favor de cualquier persona con el requisito que el beneficiario sea una persona cierta:** Aquel que se beneficie con el legado puede ser heredero forzoso, heredero legal no forzoso heredero voluntario o no heredero; exigiéndose que esta persona sea determinable a excepción de legado a favor de los pobres o para fines culturales.
- **Es con cargo a la cuota de libre disposición:** Los legados pueden representar hasta una tercera parte de la herencia si el testador tiene descendientes o cónyuge, o hasta la mitad de la misma si tiene ascendientes, o estar referidos a todos los bienes sino tiene estos herederos.

A diferencia del heredero, el legatario o sucesor particular mortis causa es un puro receptor de bienes no

de deudas. Pero hay supuestos en los que no es tan diáfana la distinción entre heredero y legatario. Así se plantea la doctrina que título se le debe dar al sujeto que es heredero de cosa cierta o al legatario de parte alícuota.

■ LEGÍTIMA

Se entiende por legítima a la cuota de los bienes del causante que se asigna a ciertas personas que son legitimarios, en consecuencia, herederos. Es por lo tanto un derecho, pues está protegido por la ley de distintas formas, otorgado al legitimario (calidad que solo tienen ciertos parientes unidos muy estrechamente al causante) sea por lazo de parentesco sanguíneo, o por vínculo matrimonial. Esto son los descendientes, ascendientes y cónyuge; entendiéndose que no gozan de la legítima todos los parientes que tienen el derecho sucesorio. A estos parientes el Código los denomina generalmente “herederos forzosos”, aunque a veces se utiliza el término “herederos legítimos”. Estos herederos legitimarios tienen derecho sobre determinada porción, estableciéndose ciertas preferencias según el grado de vinculación con el causante.

Nuestro Código Civil señala en su artículo 723 que: “La legítima constituye la parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos”. La legítima, entonces, no

solo comprende los bienes que jurídicamente se entienden por herencia, es decir, los dejados al momento del fallecimiento, sino también los que haya donado en vida el causante. En este sentido, se distingue la legítima por ser un derecho sobre los bienes anteriores al momento de la muerte del causante; diferenciándose así la figura del legitimario con la del heredero o la del legatario, que son los tres tipos de sucesores; ya que los dos últimos señalados solo tienen derecho sobre los bienes existentes al momento del fallecimiento.

■ LEGÍTIMA DEFENSA

La legítima defensa, en el derecho civil, constituye una de las causales de exoneración de responsabilidad, y tiene lugar cuando un sujeto se defiende de una agresión injustificada.

La operatividad de las reglas que gobiernan el instituto de la legítima defensa está condicionada a la concurrencia de una serie de presupuestos. Tales presupuestos son: (a) la agresión y (b) la proporcionalidad.

El primero de los presupuestos para la operatividad de la legítima defensa como circunstancia que excluye la responsabilidad de un sujeto es la agresión. Ella, no está de más señalarlo, debe afectar un interés jurídicamente relevante, sea que se encuentre protegido con el ropaje de un derecho subjetivo o con el de cualquier otra situación jurídica subjetiva de ventaja

Asimismo, la agresión, además de ilegítima, debe ser actual. La actualidad de la agresión significa que el peligro de agresión a la esfera jurídica de la víctima debe ser inminente o presente. Ello quiere decir que la agresión que afecte a un interés jurídicamente relevante no necesariamente debe traducirse en un contacto físico, sino también en la amenaza de un mal grave e inminente en la persona del ofendido, con tal que el peligro, objetivamente fundado, sea actual, es decir, esté en curso. Por lo tanto, si la agresión ya se ha verificado (y ha transcurrido tiempo suficiente para que el agraviado pueda recurrir a la vía de la heterocomposición o pueda valerse de otros medios para conjurar el peligro) o si la amenaza de un mal grave ha cesado, la agresión deja de ser actual y la defensa llevada a cabo en tales circunstancias estará privada de legitimidad y ameritará el establecimiento de la responsabilidad del sujeto que la ha practicado, salvo que el daño sea permanente.

El otro presupuesto de la legítima defensa, en tanto hecho justificante del daño a la esfera jurídica ajena, es la proporcionalidad. Se trata de una proporcionalidad que debe operar entre la agresión, siempre, claro está, que esta cumpla con sus requisitos para calificar como ilegítima, y la defensa operada por el sujeto afectado. Este presupuesto ha sido tradicionalmente entendido de manera inconveniente. En efecto, los tribunales de justicia solían

interpretar sus alcances de manera literal, como igualdad entre los medios empleados, suscitando una serie de inconvenientes que, de haber mediado una ponderada labor, hubieran podido desembocar en mejores decisiones y, por lo tanto, hubieran significado una solución al conflicto de intereses más armónica en relación con los valores que el sistema persigue.

El presupuesto de la proporcionalidad ha sido fuente de confusiones y de serias distorsiones a la hora de administrar justicia. En efecto, a menudo, entre nosotros, se ha visto que los jueces han optado por entender el presupuesto de marras como equivalencia entre los medios empleados para el ataque y para la defensa. Así, por ejemplo, se ha descartado la aplicación de la legítima defensa en los casos en los que el sujeto que se defiende de una agresión operada con un arma blanca, utiliza un arma de fuego. Es evidente que la proporcionalidad no debe ser entendida de esa forma, es decir, como equivalencia entre los medios empleados para el ataque y la defensa, sino, tal como sugiere el inciso b) del artículo 20 del Código Penal, como necesidad racional del medio empleado para impedir la agresión o para repelerla. En la evaluación de este presupuesto se impone la puesta en práctica de criterios y cánones, con un grado de flexibilidad tal que permitan al juzgador y, en general, a los operadores jurídicos, racionalizar los fundamentos capitales del instituto y,

sobre todo, resolver, del modo más correcto posible, los concretos conflictos de intereses que la vida en sociedad plantea.

■ LESIÓN

El artículo 1447 del Código Civil señala que la acción rescisoria por lesión solo puede ejercitarse cuando la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro. Procede también en los contratos aleatorios cuando se produzca la desproporción por causas extrañas al riesgo propio de ellos.

La institución de la lesión se encuentra prevista en el artículo 1447 del Código Civil, y ella se extiende a todos los contratos típicos como atípicos, siempre que sean a título oneroso o tengan carácter conmutativo, con la salvedad del segundo párrafo del mencionado artículo. Se entiende por contrato oneroso aquel en el cual existe para cada una de las partes un sacrificio y una ventaja; y, el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes, al momento en que se celebra el contrato, es consciente de un hecho cierto y concreto, pues estima anticipadamente el sacrificio y la ventaja correlativos. De acuerdo a la definición establecida por nuestro Código para que

la lesión sea causal de rescisión de un contrato es necesario que concurren dos elementos:

- a) Que la desproporción entre las prestaciones al momento de celebrarse el contrato sea mayor a la dos quintas partes (lesión objetiva); y
- b) Que la desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro (lesión subjetiva).

■ LEY

En los países de Derecho escrito, pertenecientes al denominado sistema romano-germánico, la ley es la primera fuente formal del Derecho y, por consiguiente, el modo más importante en que se manifiestan las normas que regulan con carácter obligatorio la conducta humana social.

No se debe confundir ley con norma jurídica, en cuanto aquella es el continente y esta el contenido. En efecto, la norma jurídica es un programa o esquema de conducta que disciplina la convivencia social, en un lugar y momento determinados, mediante la prescripción de derechos y deberes, y que puede estar contenida en la ley, la costumbre, el contrato, la jurisprudencia, etc.

Existe un concepto formal y otro material de ley.

Conforme al esquema de separación de poderes, corresponde al poder legislativo la facultad de dictar las leyes por las cuales ha de regirse la comunidad. El Poder Legislativo lo integran representantes elegidos por los ciudadanos, por ello la aprobación de una ley constituye la expresión de la voluntad general de los ciudadanos (es decir, los representados). De esto se deriva el concepto formal, restringido, de la ley.

Entonces, en sentido formal se entiende por ley a todo precepto jurídico creado por el órgano del Estado encargado de dar leyes. Ese órgano es el Congreso de la República, ya sea de manera originaria (ley ordinaria) o derivada (decreto legislativo).

En cambio, ley en sentido material es todo precepto normativo escrito, creado por los órganos estatales dentro del límite de sus respectivas competencias. En sentido material, la ley es la Constitución (creada por el constituyente), la ley ordinaria (dada por el Congreso), los decretos legislativos y los reglamentos (producidos por el Ejecutivo), las resoluciones, las ordenanzas municipales, los edictos municipales, etc.

Las normas legales en su sentido amplio, se dividen en dos grandes grupos: (i) leyes que regulan los derechos y deberes de las personas; reconocen un derecho o imponen una obligación, a las que se les denomina normas sustantivas o materiales o sustanciales; (ii) leyes que establecen los requisitos, el procedimiento,

las reglas que se deben observar para activar la potestad jurisdiccional del Estado, llamadas normas procesales o adjetivas o formales.

Ahora, ley, en su acepción material, viene a ser una prescripción dictada por el órgano estatal competente, que ordena, prohíbe o autoriza algo en consonancia con la justicia y para el bien de todos los miembros de una comunidad.

En cuanto a sus características, mayoritariamente se sostiene que la ley es exterior, heterónoma, bilateral, general, abstracta, coercible, coactiva, hipotética, imperativa, espacial y temporal. Sin embargo, se ha puesto énfasis en que si bien el carácter de obligatoriedad es consustancial a la norma jurídica legislativa, la coactividad no se da en todo tipo de leyes, por cuanto no todas acarrear una sanción ante su incumplimiento, como sucede, por ejemplo, con las leyes programáticas.

Al conjunto de leyes escritas que integran el ordenamiento jurídico se le denomina legislación, la cual se encuentra jerárquicamente organizada de la siguiente forma: **Primera categoría: Normas constitucionales y las normas con fuerza constitucional:** 1) La Constitución; 2) Leyes constitucionales; 3) Tratados con habilitación legislativa; **Segunda categoría: Leyes y normas con fuerza o condición de ley:** 1) Leyes orgánicas; 2) Leyes ordinarias; 3) Leyes de bases; 4) Leyes generales; 5) Leyes de desarrollo constitucional;

6) Normas con fuerza de ley: tratados, decretos legislativos, resoluciones legislativas, Reglamento del Congreso, sentencias del Tribunal Constitucional, decretos de urgencia, Normas regionales, ordenanzas municipales; **Tercera categoría: Decretos:** 1) Convenios internacionales ejecutivos; 2) Decretos supremos; 3) Edictos municipales; 4) Decretos de alcaldía; **Cuarta categoría: Resoluciones:** 1) Resoluciones supremas; 2) Resoluciones ministeriales; 3) Resoluciones de órganos autónomos no descentralizados; 4) Resoluciones Viceministeriales o sus equivalentes en el Sector Público; 5) Resoluciones expedidas por los responsables de los organismos públicos descentralizados; 6) Acuerdos municipales; 7) Resoluciones municipales; 8) Resoluciones de alcaldía; 9) Resoluciones directoriales; **Quinta categoría: Normas con interés de parte:** 1) Ejecutorias supremas; 2) Resoluciones del Tribunal Constitucional; 3) Resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones; 4) Resoluciones de los órganos de justicia administrativa; 5) Acuerdos de sala plena de los órganos jurisdiccionales; 6) Los convenios colectivos de trabajo; 7) Los contratos; 8) Los testamentos.

LEY APLICABLE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Título III del Libro X del Código Civil denominado “Ley aplicable”

tiene como objeto esencial la determinación de las reglas de conflicto de leyes aplicables a las diversas categorías de relaciones de Derecho. El conjunto de estas reglas constituye la materia principal del Derecho Internacional privado. Su particularidad es que no son normas sustanciales o materiales, pues no tratan directamente la sustancia o materia de la relación privada en causa y, por lo tanto, no resuelven, por sí mismas, el problema de Derecho privado que se presenta. Por el contrario, este conjunto de reglas se limita a designar la norma sustancial estatal que el órgano jurisdiccional competente deberá tener en cuenta para resolver la relación litigiosa.

La regla de conflicto de leyes, en el modelo tradicional, define una categoría jurídica (por ejemplo, el estado y la capacidad de las personas, el matrimonio, los contratos, los bienes) y un factor de conexión (por ejemplo, la nacionalidad o el domicilio), el mismo que permite designar la ley a la cual se somete las relaciones que entren en alguna categoría.

Existe consenso tanto en la doctrina como en la legislación comparada en distinguir cuatro grandes categorías jurídicas (las personas, los bienes, los actos y los hechos jurídicos) que corresponden a las reglas de conflicto principales. De estas últimas se derivan las reglas de conflictos particulares. La finalidad es someter todos los aspectos que se derivan de una relación jurídica a una misma

ley. Se trata del único medio para asegurar la coherencia de las diversas soluciones.

Las relaciones concernientes a la persona en cuanto tal, se agrupan en la categoría de conexión denominada “estatuto personal”. Se trata de un vasto dominio que comprende, por un lado, el estatuto individual, es decir, el principio y el fin de la persona, el estado civil, el nombre y la capacidad. Por otro lado, el estatuto personal engloba el estatuto familiar, incluidas las relaciones entre los esposos, y las relaciones entre padres e hijos (filiación). Dentro del Derecho nacional, el estatuto personal engloba el régimen, patrimonial del matrimonio y también el derecho sucesorio.

Por su parte, en lo que respecta al régimen aplicable a la constitución, modificación, transferencia o extinción de derechos reales sobre bienes corporales en tránsito, se deben seguir la ley del lugar de destino definitivo. Subsidiariamente, en el contexto de las soluciones flexibles, se orientarán:

1. Por la ley que regula el acto jurídico (contrato) originario de la constitución o pérdida de los derechos reales.
2. Por la ley del lugar de expedición.

En lo que respecta a la forma que deben recabar los actos jurídicos, el Código Civil peruano consagra la aplicación de la regla *locus regit*

actum, esto es, la ley del lugar de celebración del acto, que es la regla unánimemente aceptada en consideración a la practicidad que supone regirse por las formalidades conocidas en el lugar donde se celebra el acto. Se sustenta esta regla argumentando que son las necesidades de orden práctico las que la hacen aplicable; caso contrario sería difícil o imposible que las partes de un acto jurídico estuvieran en condiciones de utilizar formas distintas a las reguladas en el ordenamiento del país donde se encuentran y pretendieran utilizar formalidades normadas en otras latitudes.

LIBERTAD DE CONTRATACIÓN

La libertad de contratación es un derecho fundamental que se encuentra protegido por nuestra Constitución. En efecto, la libertad de contratación implica que los sujetos puedan celebrar contratos de acuerdo a sus intereses, siempre y cuando no vayan en contra de normas imperativas, de orden público y de buenas costumbres.

El fundamento de esta libertad reside en la autonomía privada que tiene toda persona para relacionarse con quien crea conveniente, así como configurar el contenido de lo que está dispuesto a obligarse. En tal sentido, la autonomía privada significa que el ordenamiento jurídico reconoce en los individuos un poder para gobernar sus propios intereses, para

que de esta manera puedan dictarse las reglas que crea convenientes. En efecto, se señala que los individuos tienen una especie de soberanía sobre sí mismos.

Por el principio de libertad de contratación, los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. Lo que debe entenderse referido tanto a la libertad de elección de los tipos contractuales, como a la libertad de dotar a los tipos legalmente reconocidos de un contenido distinto establecido por la ley.

La libertad de contratación implica a su vez dos libertades sumamente imprescindibles:

1. Libertad de contratar

Esta libertad hace referencia a que los sujetos tienen libertad para decidir si contratan o no, y a su vez decidir con quién contratan.

2. Libertad contractual

Esta libertad hace referencia a que los sujetos se encuentran en la posibilidad de determinar el contenido del contrato, es decir, determinar las cláusulas que van a individualizar al contrato y distinguirlo de los demás. En ese sentido, las partes deciden el tipo, la forma y el objeto del contrato.

Toda libertad no es absoluta sino que tiene límites, en ese sentido la libertad de contratación no es una

excepción. Si bien es cierto que las partes en ejercicio de su autonomía privada pueden determinar libremente los términos del contrato que han convenido en celebrar, gozando entonces de libertad contractual o libertad de configuración interna, también lo es que dicha autonomía privada está sujeta a limitaciones que le impone la ley.

En efecto, estos límites son el orden público y las normas imperativas. El primero hace referencia a todos los principios en los que se guía nuestro ordenamiento jurídico y que sirven de base para una convivencia pacífica en nuestra sociedad. Esta regla se encuentra regulada en el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil. El segundo refiere a aquellas normas impuestas a los particulares para que la acaten en sus relaciones jurídicas, por ende no hay posibilidad de que se pacte en contrario. Esta regla se encuentra regulada en el artículo 1354 de nuestro Código Civil.

LOCACIÓN DE SERVICIOS

La locación de servicios es el contrato de prestación de servicios por el cual una de las partes, denominada locador, se obliga a prestarle sus servicios a la otra (denominada comitente) por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución; sin que para ello exista subordinación laboral.

Se trata de un contrato eminentemente oneroso, pues la prestación de servicios profesionales debe estar acompañada de una retribución. Esta retribución puede ser en dinero aunque nada impide que se pague con la entrega de bienes al locador.

Es un contrato *intuitu personae*, por lo que el artículo 1766 del Código Civil establece que el locador debe prestar personalmente el servicio, pero puede valerse, bajo su propia dirección y responsabilidad, de auxiliares y sustitutos si la colaboración de otros está permitida por el contrato o por los usos y no es incompatible con la naturaleza de la prestación. Esto es así en la medida de que el locador es contratado por sus virtudes profesionales o técnicas y experiencia.

La locación de servicios es un contrato de prestaciones recíprocas, pues el locador se obliga a prestar su actividad física o intelectual; mientras que el comitente se obliga a pagar la retribución convenida.

El artículo 1768 del Código Civil establece que el plazo máximo de este contrato es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado solo puede invocarse por el locador.

El artículo 1765 del Código Civil establece que pueden ser materia de este contrato toda clase de servicios materiales e intelectuales.

■ LUCRO CESANTE

En el incumplimiento, el resarcimiento comprende el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral (artículos 1321 y 1322). En la responsabilidad extracontractual se añade a dichos conceptos el de “daño a la persona” (artículo 1985).

En efecto, como es sabido, el daño se divide, a efectos de su resarcimiento, en “daño emergente” y “lucro cesante”. Los estudiosos se han preguntado, entonces, en cuál de estos compartimientos debe ser incluida la pérdida de *chance*. El parecer prácticamente unánime en nuestros días inserta la figura en el “daño emergente”, porque la oportunidad o posibilidad de conseguir un resultado favorable tiene un valor económico y forma parte actual del patrimonio del damnificado.

El lucro cesante se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir” por el dañado. El lucro cesante, apreciado con elasticidad, debe ser resarcido, no solo en caso de absoluta certeza, sino también cuando, sobre la base de la proyección de situaciones ya existentes, se pueda considerar que el daño se producirá en el futuro, según una razonable y fundada previsión

En caso de incumplimiento, el lucro cesante siempre es resarcido.

En el ilícito, solamente es resarcido cuando guarda conexión con un daño a la persona o a la propiedad; autónomamente, no obtiene protección sino en casos excepcionales (la llamada *pure financial loss*).

Hay lucro cesante en la diferencia entre la entidad del patrimonio tal como estaba en el momento de la injuria y la que se tendría por medio de un aumento que no se ha realizado por causa directa del hecho ilícito, y que sin él ciertamente se hubiera obtenido.

Se identifica como característica distintiva entre la pérdida de *chance* y lucro cesante, la mayor incertidumbre en torno de la verificación del perjuicio. En el lucro cesante, la prueba que se debe brindar a efectos de la certidumbre del daño no tiene que ver con el lucro en sí mismo, sino con los presupuestos y requisitos necesarios para que el lucro se genere. La certidumbre de la ganancia frustrada jamás puede obtenerse del mismo modo que para las pérdidas sufridas, porque estas últimas existen, desde el mismo momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado, ni lo hará nunca, en tal patrimonio, si no es bajo la especie del resarcimiento.

El daño emergente afecta un bien o un interés actual, que ya corresponde

a la persona en el instante del daño; en cambio, el lucro cesante afecta un bien o un interés que todavía no es de la persona al momento del daño. Sin embargo, debemos reiterar que esto no significa que el daño emergente sea presente, mientras que el lucro cesante es futuro. La fecha para considerar el pasado, presente y futuro en este caso es la de la sentencia.

Desde esta perspectiva, tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados, presentes o futuros. El lucro cesante es siempre futuro con respecto al momento del daño. Pero entre esa fecha y la sentencia puede haberse producido un lucro cesante que ya será considerado como pasado y además cabe la posibilidad de que las consecuencias del daño sigan afectando en adelante la posibilidad de ganancias futuras.

Es preciso insistir en la condición esencial –también para el lucro cesante– de que el daño debe ser cierto: no son reparables las ganancias hipotéticas sino aquellas que se producirán con toda certidumbre, que inevitablemente se dejarán de percibir como consecuencia del acto dañino.

Sin embargo, en materia de lucro cesante puede ser muy difícil distinguir a veces entre una mera esperanza de ganancia y un daño cierto por dejar de percibir una ganancia futura.

M

■ MALA FE

Al concepto de mala fe se puede llegar mediante una interpretación a contrario de lo que comúnmente se conoce como el principio general de la buena fe. La buena fe supone la convicción de actuar conforme al Derecho, lo cual se exterioriza a través de un determinado comportamiento.

La doctrina ha optado por hablar de buena fe en dos sentidos distintos: en uno subjetivo y en otro objetivo. La buena fe subjetiva, consiste en un estado psicológico en virtud del sujeto, una creencia personal respecto de que su actuación es conforme a derecho. En otras palabras, consiste en la creencia o ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el Derecho. De este modo, la buena fe subjetiva se refiere más a la errónea suposición o a la ignorancia de un sujeto sobre una situación que es susceptible de cuestionar su propio derecho

Por su parte, la buena fe objetiva, conocida también como buena fe probidad, es la conducta en el obrar,

proceder con rectitud y lealtad, sin tratar de engañar a nadie o perjudicarlo y sin pretender hacer uso de los derechos o facultades con extremo o innecesario rigor. Esta buena fe supone un comportamiento de fidelidad basada en el estado ético o voluntad de obrar honestamente.

Comúnmente se habla de buena fe subjetiva con ocasión de la posesión. Así, el poseedor de buena fe es aquel que mantiene la creencia de obrar justamente al poseer, y que no lesiona un interés legítimo de otra persona. En cambio, se hace referencia a la buena fe objetiva con ocasión del deber de negociar, celebrar y ejecutar los contratos de buena fe (artículo 1362 del Código Civil).

Interpretando en sentido contrario todo lo dicho con referencia a la buena fe, es correcto concluir que la mala fe se configura cuando alguien obra con conocimiento de que su conducta no tiene un amparo legal, por lo que se tiene también perfecto conocimiento de que tal conducta lesiona el interés de otra persona. Sin embargo, para decir que

determinada persona actúa de mala fe no siempre será necesario que aquella conozca perfectamente la ilegitimidad de su conducta. También tiene mala fe quien pudiendo salir de su estado de creencia sobre la ilegitimidad de su actuación, no lo hace simplemente porque no le interesa o porque prefiere invertir costos en otras cosas. De este modo, se puede tener mala fe no solo por convicción (ser consciente que se actúa en contra del derecho lesionando los intereses de alguien) o por negligencia (creer de forma inexcusable e injustificable) que se actúa conforme a derecho, pudiendo salir de ese estado mediante una sencilla conducta que, sin embargo, no es llevada a cabo).

Asimismo, también habrá mala fe (ahora en sentido objetivo) cuando se actúa de forma desleal —particularmente con ocasión de la negociación, celebración y ejecución de los contratos— pensando únicamente en el interés personal y dejando de lado las legítimas expectativas puestas por la contraparte en determinada situación; de este modo, cuando la conducta del sujeto está guiada por un interés exclusivamente personal, al punto que se llega a engañar al otro, tratando ya no solo de obtener un beneficio propio, sino con la intención de perjudicar a la contraparte, habrá sin duda una actuación de mala fe cuyo remedio legal a favor de la parte afectada podría ser el resarcimiento de los daños generados.

■ MANDATO

El mandato es el contrato de prestación de servicios por el cual una de las partes, denominada mandatario, se obliga a realizar uno o más actos jurídicos por cuenta y en interés de la otra, denominada mandante.

A diferencia de la locación de servicios o el contrato de obra, que son contratos onerosos, el mandato puede ser también gratuito. No obstante, el artículo 1791 establece que el mandato se presume oneroso. Asimismo, añade que si el monto de la retribución no ha sido pactado, se fija sobre la base de las tarifas del oficio o profesión del mandatario; a falta de estas, por los usos; y, a falta de unas y otros, por el juez. Por lo tanto, debe entenderse que para que el mandato sea gratuito deberá constar ello de manera expresa.

El mandato será un contrato de prestaciones recíprocas cuando este sea oneroso. En este caso, el mandatario además de estar obligado a practicar personalmente, salvo disposición distinta, los actos comprendidos en el mandato y sujetarse a las instrucciones del mandante, también estará obligado a comunicar sin retardo al mandante la ejecución del mandato; y a rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante. Por su parte, el mandante está obligado a pagarle al mandatario la retribución que le corresponda y a hacerle provisión de ella según los usos; pero igualmente

deberá facilitarle los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto; a reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados; y, a indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato.

El artículo 1801 del Código Civil prevé como causales de extinción del mandato las siguientes: a) ejecución total del mandato; b) vencimiento del plazo del contrato; y, c) muerte, interdicción o inhabilitación del mandante o del mandatario.

MANDATO CON REPRESENTACIÓN

El mandato sin representación es la modalidad del contrato de mandato por el cual el mandatario se obliga a actuar por cuenta, en interés y en nombre del mandante en la celebración de uno o más actos jurídicos.

Así, el artículo 1806 del Código Civil establece que si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al contrato las normas de la representación de los actos jurídicos previstas en los artículos 145 al 167 del referido código.

El mandato con representación constituye entonces un acto complejo,

pues se trata de un contrato que involucra además el acto unilateral de apoderamiento otorgado al mandatario, el que determina que el mandatario (que además es apoderado) deba celebrar uno o más actos jurídicos en nombre del mandante.

Conforme al artículo 1807, se presume que el mandato es con representación. Por consiguiente, para que el mandato sea sin representación deberá constar así en el título constitutivo de la obligación, por disposición expresa de la ley o por las circunstancias del caso.

Por último, el artículo 1808 establece que la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato con representación.

MANDATO SIN REPRESENTACIÓN

El mandato sin representación es la modalidad del contrato de mandato por el cual el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en su propio nombre, pero por cuenta y en interés del mandante.

Sobre el particular, el artículo 1809 del Código Civil establece que el mandatario que actúa en nombre propio adquiere los derechos y asume las obligaciones derivadas de los actos que celebra en interés y por cuenta del mandante, aun cuando los terceros hayan tenido conocimiento del mandato. Asimismo, el artículo 1810 dispone

que el mandatario queda automáticamente obligado en virtud del mandato a transferir al mandante los bienes adquiridos en ejecución del contrato, quedando a salvo los derechos adquiridos por los terceros de buena fe.

Así, el artículo 1806 del Código Civil establece que si el mandatario fuere representante por haber recibido poder para actuar en nombre del mandante, son también aplicables al contrato las normas de la representación de los actos jurídicos previstas en los artículos 145 al 167 del referido código.

El mandato con representación constituye entonces un acto complejo, pues se trata de un contrato que involucra además el acto unilateral de apoderamiento otorgado al mandatario, el que determina que el mandatario (que además es apoderado) deba celebrar uno o más actos jurídicos en nombre del mandante.

Conforme al artículo 1807, se presume que el mandato es con representación. Por consiguiente, para que el mandato sea sin representación deberá constar así en el título constitutivo de la obligación, por disposición expresa de la ley o por las circunstancias del caso.

Por último, el artículo 1808 establece que la revocación y la renuncia del poder implican la extinción del mandato con representación.

MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

Es la exteriorización del hecho psíquico interno, que consciente y voluntariamente trasciende del individuo y surte efectos ante terceros con valor expositivo, aunque estuviera lejos del ánimo del agente el querer producir tales efectos.

Clases de manifestación de voluntad

a) Manifestación expresa

Es la declaración inequívoca de la voluntad, a través de palabras, u otros signos inequívocos. La demostración de la voluntad es relativamente fácil de constatar.

- Teoría subjetiva, solo hay declaración expresa cuando la declaración sirve para manifestar la intención jurídico-negocial.
- Teoría objetiva, cuando se produce por signos de declaración que, según los usos de tráfico, parezcan como medios de declaración habituales.

b) Manifestación tácita

La expresión tácita resulta de aquellos negocios por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exige una expresión positiva o cuando no haya una protesta o declaración expresa en contrario.

La manifestación de voluntad se deduce de algún negocio que tal vez responda a una finalidad distinta, pero por la experiencia y el concepto general indica tal manifestación de voluntad de un determinado sentido. Por ejemplo, La devolución por parte del acreedor de un documento justificativo de crédito implica la condonación.

Ejemplos:

- Si una persona comienza a consumir alimentos en un *self service* o en el *buffet* de un restaurante.
- Quien sube a un transporte público.

La declaración de voluntad por actos concluyentes se diferencia de la declaración de voluntad “normal” en que el acto no está directamente encaminado a ser signo de declaración respecto de la celebración del correspondiente negocio.

Teorías sobre la voluntad.- ¿Voluntad o declaración? En principio, nadie debe quedar vinculado por un negocio si su voluntad no se ha formado libre y espontáneamente. La buena fe y la efectiva confianza de los destinatarios de una declaración en la validez y regularidad de la misma también merecen protección. Deben valorarse, igualmente, el comportamiento del declarante y la responsabilidad que a él le cabe en la divergencia (artículo 1380).

La voluntad presunta.- Aquí no se ejecuta la voluntad de las partes, sino una voluntad que la ley atribuye como típica.

Reserva o declaración en contrario (se trata de una reserva que se expresa y no que se oculta) También se le denomina “protesta”, por medio de la cual se destruye la apariencia de que se realizó una declaración de voluntad, apariencia que surge del acto concluyente.

El silencio puede, en ciertas circunstancias, ser considerado como manifestación de voluntad. Si no existe la ley o el convenio interpretativo del silencio, este no producirá efecto alguno y no podrá ser considerado declaración de voluntad.

Por consiguiente, es una figura sui géneris, no es expresa ni tácita; el mérito declarativo del silencio radica en la especial relación jurídica de las partes, y los casos están expresamente determinados en la ley.

■ MASA HEREDITARIA

O acervo hereditario. Se refiere a la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones que deja el causante a sus herederos y/o legatarios; en consecuencia, está compuesta por los derechos patrimoniales susceptibles de transmisión mortis causa a nombre de un fallecido. No es considerada como persona jurídica. Asimismo, se establece la distinción entre clases de masa hereditaria:

- Masa hereditaria propiamente dicha:** Conformada por todos los bienes y derechos dejados por el causante, exceptuando de estos

los créditos, siendo que estos en el mismo acto del fallecimiento son divididos de pleno derecho entre los coherederos. Del mismo modo, los frutos y productos generados con posterioridad al fallecimiento integran la masa hereditaria, en aplicación de lo conocido en el Derecho romano: *fructus augent haereditatem*; y los bienes que entran a subrogar otros de la masa, como el precio de una cosa vendida, la indemnización obtenida por un bien destruido o dañado, entre otros.

- b) Masa que se forma para determinar la porción de cada heredero:** Para la determinación de lo que le corresponde a cada heredero, deben tomarse en cuenta no solo los bienes dejados por el causante a su muerte, sino también los que los herederos hayan recibido en vida de aquel.

Hasta el momento de la partición ese patrimonio constituido por la masa hereditaria mantiene una indudable autonomía respecto del patrimonio personal de cada uno de los herederos, estamos en presencia de una entidad distinta de los herederos o una forma de condominio, lo cual es discutido en nuestro Derecho.

■ MATERNIDAD

El parentesco y la filiación siempre han estado afianzados a la madre. Un análisis etimológico lleva

a encontrar sus orígenes en la voz *parents*, que significa madre de los dioses. Proviene del latín *parentes* (padre o madre), participio activo del verbo *parere* (parir), de allí su descomposición *partus*, de la que se deriva la voz parentesco, parentela y parientes: es decir, individuos paridos por una mujer evidenciando la primitiva descendencia matriarcal en las sociedades matrilineales. En estas la mujer es la esencia de la sociedad; ocupaba un lugar de honor y respeto aunque no necesariamente de dominio.

La maternidad está dada por la propia naturaleza, pero para que genere consecuencias jurídicas debe ser legitimada por el Derecho, a través del reconocimiento o una investigación judicial. En esta acción se debe probar el parto de la supuesta madre y la identidad con el hijo que ha dado a luz; solo de esta forma se obtendrá una sentencia que acredite la filiación entre la madre y el menor.

Esta acción de estado procede cuando se desconoce la identidad de la madre (casos de orfandad, niños abandonados, expósitos, padres solteros), es decir, procede respecto de los hijos sin filiación materna acreditada.

En esta línea, el artículo 409 del Código Civil regula aquellos casos en los que se admite a debate la relación materno-filial extramatrimonial. Implica un reconocimiento forzoso –en oposición al reconocimiento voluntario–,

pues la filiación será determinada por la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional respectivo.

Un sector de la doctrina francesa señala que resulta preferible evitar hablar de un “reconocimiento forzoso”, pues si produce los mismos efectos del reconocimiento voluntario, no constituye en nada un reconocimiento: el vínculo de filiación lo afirma el Tribunal, fuera de la voluntad de los padres y, generalmente, contra esa voluntad. No obstante esta interesante posición, la doctrina mayoritaria está de acuerdo en que esta forma de determinación de la maternidad extramatrimonial es una muestra más del complejo sistema de probanza judicial para obtener la verdad biológica.

Es criterio extendido que el fenómeno de la maternidad es comparable, mientras que el fenómeno de la paternidad es solo presumible. Como consecuencia de ello, los supuestos creados por la ley son presunciones y supuestos para lograr una aproximación a las relaciones filiales. En este sentido, se sostiene que la declaración de maternidad es una declaración de pura ciencia, mientras que la declaración de la paternidad vendría a ser una declaración de voluntad.

Asimismo, la determinación de la maternidad, comparativamente con la paternidad, presenta menor dificultad, ya que es constatable físicamente, por medios directos: se anuncia el embarazo y se manifiesta

por el parto, es decir, se prueba por hechos físicos posibles de observar por terceros.

■ MATRIMONIO

El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código, a fin de hacer vida en común.

El derecho de familia institucionaliza el reconocimiento de las dos relaciones biológicas básicas que dan origen a la familia: **la unión intersexual**, es decir, la unión de un hombre y una mujer, y **la procreación**, a través de la cual se constituye la relación entre padres e hijos. Ambas, a su vez, son el origen de las relaciones que determina **el parentesco**.

El matrimonio, desde el punto de vista sociológico, constituye la institucionalización de las relaciones que tienen por base la unión intersexual. Es evidente que el matrimonio trasciende como una institución social, ya que está gobernado por normas institucionalizadas, en cuanto marido, mujer y también los hijos conceptualizan posiciones sociales o roles que la sociedad reconoce, respeta y, de algún modo, organiza. El derecho, a su turno, constituye una recepción de la institución al establecer las condiciones mediante las cuales ha de ser legítima la unión intersexual entre un hombre y una mujer, en el

sentido de que ha de ser reconocida y protegida como tal. El matrimonio es, desde este punto de vista, tributario de la noción sociológica, que a su vez incorpora también los componentes éticos y culturales que denotan el modo en que cada sociedad, en un tiempo o época dada, considera legítima la unión intersexual.

Desde este punto de vista, puede distinguirse el matrimonio de todas las demás uniones entre un hombre y una mujer no institucionalizadas, como las concubinarias, en las que si bien existe el trato intersexual, y puede existir convivencia estable, fidelidad y apariencia matrimonial, lo cierto es que carecen precisamente de las condiciones establecidas por la ley para ser consideradas como un matrimonio.

La palabra matrimonio deriva de las raíces latinas *matris* y *munium*, y significa originalmente carga o misión de la madre, como decían las decretales del Papa Gregorio IX: “Para la madre, el niño es antes del parto oneroso; doloroso en el parto, y después del parto, gravoso, por cuya razón el legítimo enlace del hombre y de la mujer se ha denominado matrimonio más bien que patrimonio”.

Se logra en virtud de un negocio jurídico (para un sector de la doctrina, acto jurídico en sentido estricto), es decir, un acto voluntario, lícito, que tiene por fin inmediato establecer las relaciones jurídicas conyugales. Una vez celebrado el matrimonio

a través del negocio jurídico, en el cual deben coexistir las condiciones exigidas a las personas de los contrayentes, al consentimiento y demás solemnidades que establece la ley para garantizar la regularidad del acto y el control de legalidad que ejerce el oficial público encargado del Registro Civil, se inicia el desenvolvimiento de la relación jurídica matrimonial.

Con esto queremos señalar que el matrimonio como institucionalización de la unión entre hombre y mujer, satisface finalidades que están ínsitas en la razón de ser de su reconocimiento social y de su protección por el derecho.

En la STC Exp. N° 2868-2004-AA, el Tribunal Constitucional señala que: “[E]l derecho de contraer libremente matrimonio, si bien no tiene la autonomía propia de un derecho constitucional específico, como lo tienen la libertad contractual, de empresa, tránsito, religión o cualquier otra que se reconozca en la Norma Fundamental, sí se encuentra en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la persona, reconocido en el artículo 2, inciso 1), de la Constitución”.

El matrimonio, entonces, es un acto eminentemente consensual, en la medida en que requiere la concurrencia de voluntades de los futuros esposos. Dicho consentimiento debe recaer sobre un proyecto de vida en común y se presta mediante el

cumplimiento de las formalidades. Se trata además de un consentimiento que es acogido y correspondido por el otro contrayente.

MATRIMONIO PUTATIVO

La noción de matrimonio putativo tiene su origen en el Derecho canónico, y constituye una creación tendiente a regular los efectos de la nulidad cuando las nupcias fueron contraídas suponiendo o creyendo uno o ambos contrayentes que el vínculo era válido. De ahí matrimonio putativo: de *putare*, creer, suponer. Más adelante, el uso traduciría el concepto como matrimonio celebrado mediando buena fe, es decir, creencia en la inexistencia de impedimentos (buena fe-creencia en la nomenclatura moderna).

Esta consideración al matrimonio putativo tiende a mitigar el rigor de privar *ex tunc* de todo efecto a las nupcias anuladas, cuando fueron celebradas de buena fe por parte de ambos cónyuges, o, al menos, por uno de ellos. Y ello se obtiene atribuyendo al matrimonio anulado, hasta el día de la sentencia de nulidad, los efectos de un matrimonio válido. En tales supuestos, la doctrina del matrimonio putativo constituye una excepción al principio general, en cuanto a los efectos de la nulidad esta no se proyecta hacia el pasado, sino solo hacia el futuro —*ex*

nunc— sin perjuicio del efecto declarativo general de la sentencia.

El matrimonio invalidado produce efectos civiles respecto de los cónyuges e hijos si se contrajo de buena fe, como si fuese un matrimonio válido disuelto por divorcio. Si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no produce efectos en su favor, pero sí respecto del otro y de los hijos.

La buena fe está directamente vinculada con la ignorancia del vicio o impedimento que determina la invalidez del matrimonio y el error de hecho puede invocarse como una situación de buena fe que justifica la aplicación de la regla.

El matrimonio putativo no favorece al cónyuge que ha actuado de mala fe y por el contrario lo sanciona severamente. Los hijos, finalmente, nunca sufren las consecuencias y son tratados como si se hubiese producido la disolución del vínculo matrimonial por divorcio vincular.

Tiene como principal consecuencia que respecto de los cónyuges subsistan los derechos y deberes derivados del matrimonio, tales como el deber de proveer alimentos (a favor del cónyuge que haya actuado de buena fe), el derecho al uso del apellido marital y los derechos hereditarios, entre otros. Asimismo, respecto de los hijos, subsiste la presunción de paternidad matrimonial y el ejercicio de la patria potestad, entre otras

consecuencias comentadas en los apartados anteriores.

Los terceros que hubiesen celebrado contratos o cualquier otro acto jurídico con los cónyuges y que mantengan un crédito no satisfecho, podrán constituirse en acreedores de la sociedad conyugal. De este modo, al fenecimiento de la sociedad de gananciales y una vez realizado el inventario de los bienes exigido por el artículo 321 del Código Civil, estos terceros acreedores deberán ser preferidos en el pago de las deudas antes de reintegrarse a cada cónyuge el remanente de los gananciales y de sus bienes propios.

El tercero no necesita demostrar que actuó de buena fe cuando contrató con la sociedad conyugal, pues por ley se presume que actuó desconociendo la causal de invalidez del matrimonio.

Sin embargo, esta es una presunción *iuris tantum*. En tal sentido, la carga de la prueba de la inexistencia de la buena fe por parte del tercero corresponderá a cualquiera de los cónyuges o a quien tuviera legítimo interés en demostrar que el tercero contrató con la sociedad conyugal conociendo que esta había incurrido en alguna causal de invalidez del matrimonio.

En caso de mala fe de ambos cónyuges, no cabe hablar de los beneficios que otorga el matrimonio putativo. Desde luego que no cabe aludir a la ilegitimidad de los hijos, por cuanto los efectos son los mismos para la

filiación matrimonial y extramatrimonial. El contrayente que se casa a sabiendas de la existencia del impedimento dirimente que lo afecta incurre en responsabilidad civil.

■ MEDIANERÍA

Cuando se habla de medianería, inmediatamente se piensa en la pared entre dos edificios contiguos, común a ambos y que sirve de apoyo a los dos, con consiguiente ahorro de materiales y trabajo que hubiera sido preciso gastar o emplear si cada uno tuviera su muro exclusivo. Pero la situación de medianería puede darse lo mismo en cualquier elemento divisorio de dos fincas: pared, tapia, tabique, cerca, zanja, acequia, secto o línea de árboles, de modo que en todos estos casos hay medianería cuando tal elemento divisorio se halla situado sobre el terreno de ambas fincas y pertenece por igual a los dueños de una y otra, aunque no sirva para introducir vigas y otros elementos que presten apoyo al forjado de los pisos y otras instalaciones construidas en ambos fundos.

En lo que respecta a la relación entre medianería y copropiedad, se sostiene que aquella es la copropiedad forzosa de muros, cercos y fosas ubicados entre los límites de dos predios colindantes. Según una histórica definición, un muro es medianero y común cuando los vecinos lo han hecho construir a comunidad de gastos sobre los extremos de sus heredades

respectivas; o cuando uno de los vecinos lo ha hecho construir a su costa sobre el límite de su heredad y el otro vecino adquiere de él la comunidad. La utilidad de la medianería se halla en evitar la construcción de una doble pared entre los predios limítrofes, con la pérdida consiguiente del terreno aprovechable.

Entre las notas distintivas de la medianería, se aprecian las siguientes:

- a) Es una copropiedad con carácter anexo a la propiedad del predio, constituyendo con este una sola unidad, sujeta al mismo destino jurídico;
- b) Es una copropiedad especial por razón de objeto, pues no recae sobre un “bien” con autonomía jurídica, sino sobre partes integrantes de un bien (muros, cercos, fosas);
- c) Se trata de una copropiedad que reconoce zonas de uso exclusivo para cada comunero;
- d) Produce una copropiedad forzosa no susceptible de partición, por lo cual solamente se le pone fin con la renuncia de alguno de los comuneros (art. 998 del Código Civil) o por acuerdo entre estos.

En lo que respecta a sus modos de adquisición, por regla general la medianería se constituye por acuerdo de los propietarios de los fundos colindantes para construir el elemento medianero o para convertir en medianero un elemento privativo de uno de los titulares, dando participación en la

copropiedad del mismo al titular del predio contiguo.

Sin embargo, también es posible adquirir la medianería de manera forzosa; así, si la pared que separa los predios se ha levantado en terreno de uno de ellos, el vecino puede obtener la medianería pagando la mitad del valor actual de la obra y del suelo ocupado (art. 995 del Código Civil).

■ MEJORAS

Son las transformaciones, modificaciones o alteraciones materiales introducidas a un bien, con el fin de aumentar su valor, de impedir su destrucción o deterioro y con el propósito de mejorar el ornato.

Clases de mejoras

- **Mejoras necesarias.**- Son las modificaciones indispensables introducidas en un bien con el propósito de evitar su deterioro o destrucción. Son aquellas sin las cuales la cosa no podría ser conservada. Las mejoras necesarias tienen su motivación en la necesidad de mantener el valor constante del bien materia de posesión, es decir, su no realización originaría una depreciación del valor de este. V. gr. reparar las paredes de la casa, los trabajos hechos para impedir el derrumbamiento de una casa.
- **Mejoras útiles.**- Son las modificaciones introducidas en un

bien, las cuales aumentan su valor y renta, son aquellas de manifiesto provecho para cualquier poseedor de la cosa, no son fundamentales para mantener el valor del bien, pero logran como consecuencia de su realización o ejecución, aumentar el valor o la renta del bien. V. gr. poner rejas de seguridad, la instalación de una terma en la casa del propietario.

- **Mejoras de recreo.-** Son las modificaciones introducidas en un bien, las cuales contribuyen a la mejor comodidad, lucimiento y ornato. Son aquellas de exclusiva utilidad para el que las hizo, dan un valor agregado al bien, pero su realización tiene como objetivo eminente y único, lograr un nivel de satisfacción exclusiva para el poseedor, ya sea porque el bien poseído luce mejor, o dota de mejores condiciones, comodidad y confort solamente a este. V. gr. la realización de murales o pinturas artísticas efectuadas en la pared de una casa.

Las mejoras son ejecutadas, realizadas y pagadas en forma inicial por el poseedor, como consecuencia justamente del ejercicio de este derecho real sobre el bien, pero la norma busca dar una solución a favor del poseedor, quien ha asumido dicho gasto en calidad de poseedor, pero el no reembolso o pago de los gastos efectuados por el poseedor que efectuó las mejoras generaría un

beneficio excesivo al propietario del bien, lo que en términos económicos se denomina una externalidad que sería justamente un beneficio adicional no contratado y un perjuicio no contratado en contra del poseedor.

Pago de las mejoras

- El poseedor (no se hace distinción si la posesión es de buena fe o de mala fe) tiene derecho al valor actual de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución, y a retirar las mejoras de recreo que puedan ser separadas sin dañarse.
- El derecho de separar las mejoras de recreo del bien solo se tiene en tanto se encuentre en posesión del bien; una vez restituido se pierde el derecho a separarlos.
- El derecho a interponer la acción de reembolso por las mejoras útiles y necesarias. Este prescribe a los dos meses, lo que significa que, transcurrido dicho plazo, el poseedor pierde el derecho de exigir el reembolso.
- El derecho a exigir el pago y el reembolso de las mejoras útiles y de recreo. Estas solo son pertinentes antes de la citación con la demanda; en cambio, las mejoras necesarias siempre deben ser reembolsadas.

En los casos en que no se haya reembolsado las mejoras introducidas, el poseedor tiene el derecho de retención hasta que el dueño (acreedor)

pague las mejoras u otorgue garantía suficiente para cubrirlas.

Existe la posibilidad de que el propietario del bien que se beneficia con estas mejoras, debiendo reembolsar el costo de las mismas al poseedor, no realiza el desembolso; en esta situación la norma sustantiva permite el ejercicio del derecho de retención por parte del poseedor, que consiste en la facultad que tiene el acreedor de retener del bien que tiene en su poder si el crédito no se encuentra debidamente garantizado. Al efectuarse las mejoras por parte del poseedor y no reembolsarse su valor por parte del propietario, se genera una obligación, por la cual el primero tiene la facultad de exigir el reembolso al segundo, convirtiéndose el propietario en deudor, el poseedor en acreedor con la facultad de exigir la prestación de reembolso de las mejoras y con una facultad de retener el bien hasta que la prestación sea concluida.

■ MERO ARBITRIO

El mero arbitrio es uno de los criterios, junto con el arbitrio de equidad, con el que puede actuar el arbitrador en el supuesto de determinación de la obligación por parte de un tercero. Se entiende que se actúa con mero arbitrio cuando el arbitrador actúa por su libre elección no estando obligado a actuar bajo criterios de equidad en la integración del contrato. Sin embargo, lo anterior no implica que el arbitrador pueda actuar de

mala fe. En dichos casos, la integración del contrato podrá ser cuestionada por la parte afectada.

■ MEZCLA

La mezcla es un modo de adquirir la propiedad mediante la cual ante la unión o mezcla de bienes de propiedad de distintos propietarios el nuevo bien resultante pertenece a ambos, en proporción al valor de los mismos. En tal sentido, producida la mezcla surge una relación de copropiedad sobre el nuevo bien.

Aquí debería tenerse en cuenta que, a efectos de que se produzca la situación anterior, el nuevo bien debería ser tal que no sea posible que cada uno de los propietarios pueda separar, sin dañar o deteriorar el bien de forma relevante, el bien original de su propiedad. En dicho caso, la separación no podría darse debido a que al producirse aquella se realizaría un daño físico en el nuevo bien que podrían hacer inutilizables los bienes a separar.

Adicionalmente al criterio físico antes señalado, existe un criterio económico que propugna que los bienes no deban separarse cuando aquello traiga aparejada una disminución en el valor económico del bien. En este caso debe tomarse en cuenta que los únicos interesados en aquella pérdida o mantenimiento del valor económico son los propietarios originales, por lo que deberá quedar en decisión de los mismos

proceder o no a la separación de los bienes originales, salvo que, como ya se dijo, en el caso concreto también concurra un supuesto de daño físico. Este criterio no es seguido de manera unánime prefiriéndose en algunos casos una valoración “objetiva”, independiente de las preferencias de los propietarios, de la utilidad de mantener el nuevo bien, atendiendo a criterios de utilidad social.

MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO

Las modalidades del acto jurídico son aquellos elementos eventuales que son incorporados dentro del acto por las partes. De este modo, las partes al momento de celebrar un acto jurídico haciendo uso de su autonomía privada, pueden acordar determinadas condiciones, el plazo del cumplimiento de sus obligaciones, el modo en que estos se realizarán. Entonces, una vez que las partes han acordado plasmar esto dentro del documento y aceptando todas las condiciones establecidas dentro de ella, las partes deben respetar dichos acuerdos consensuados. Estas modalidades o elementos accidentales del acto jurídico no forman parte de su esencialidad, en la medida que son los celebrantes quienes le añaden a los actos jurídicos, por ser necesarios para satisfacer sus exigencias, de manera que su inclusión no altera los presupuestos empíricos del acto jurídico. Las modalidades del acto

jurídico son, en rigor, requisitos para la eficacia de este, los que no hacen falta para que dicho acto tenga existencia, pero que las partes añaden voluntariamente para modificar los efectos de un acto jurídico, en ejercicio de su autonomía. Entre estos tenemos:

- a) **Condición:** Es el evento futuro e incierto (natural o humano), establecido arbitrariamente por la voluntad del agente (*conditio facti*), de cuya verificación se hace depender el surgimiento (condición suspensiva) o la cesación (condición resolutoria) de la eficacia de un acto jurídico, o de una o algunas de sus cláusulas o estipulaciones. Al evento en que consiste la condición, se le llama hecho “condicionante”. Puede consistir en un suceso natural (ejemplo: no hay sequía te presto mil para que coseches tu fundo) o humano (ejemplo: Te arriendo mi casa por el plazo de un año, pero si antes del año viajas a Europa me la devuelves). Que la condición es “establecida arbitrariamente por el agente” quiere decir que el agente, en ejercicio de su autonomía privada (libertad), sin estar obligado y sin que este evento sea necesario para que el acto cumpla con su función económica y social, lo incluye como parte integrante del contenido del acto de la “verificación” (“cumplimiento” o “realización”) del acontecimiento puesto como condición se hace

depender la eficacia o ineficacia del acto.

b) Plazo: Es el evento futuro y cierto de cuyo acaecimiento se hace depender el nacimiento, la exigibilidad o la finalización de los efectos del acto jurídico. Cuando las partes tienen interés, no en suspender originando una incerteza sobre el nacimiento de la relación negocial, sino en diferir el surgimiento de las consecuencias jurídicas o la exigibilidad de las mismas, o en limitar la vigencia de esas consecuencias, recurren al plazo. El acto jurídico a plazo es aquel en que la voluntad de las partes quiere que los efectos no se produzcan o no sean exigibles sino desde o hasta que llegue un acontecimiento futuro y cierto por ellas fijado. Por ejemplo: A vende a B un inmueble pactándose que el contrato quedará perfeccionado el día 30 de diciembre próximo, fecha en que el vendedor A entregará el bien al comprador B. Aquí se difiere el nacimiento de la relación jurídica obligacional que se producirá solamente a partir del vencimiento del plazo. A arrienda a B un bien hasta el día 6 de agosto próximo. Aquí, vencido el plazo, el contrato de arrendamiento cesa de producir sus efectos, debiendo el arrendatario devolver el bien.

c) Cargo: Consiste en una obligación accesoria que, solo en los

actos jurídicos de liberalidad, inter vivos o mortis causa puede ser impuesta por el disponente a cargo del destinatario de la liberalidad, consistente en dar o no hacer algo a favor del disponente o de un tercero o del beneficiario mismo, o de emplear de una determinada manera el objeto de la disposición. Es una limitación de la voluntad que solo se da en los actos de disposición de carácter unilateral y a título gratuito. Así por ejemplo: Te dono este fundo con el cargo que le des a María 100 dólares mensuales. Te haré un legado de mi fortuna, con el cargo que abones a la clínica San Juan de Dios 200 dólares mensuales.

■ MORA

El retraso en el cumplimiento de las obligaciones es lo que origina la mora. Para que se presente la mora será necesario que el retardo en el cumplimiento sea imputable al deudor y, a la vez, que exista la posibilidad del cumplimiento de la obligación.

El artículo 1333 del Código Civil establece que incurre en mora el obligado desde el momento en que el acreedor le exija, ya sea judicial o extrajudicialmente, el cumplimiento de su obligación. El deudor que incurra en mora resulta responsable por los daños y perjuicios que se deriven del retraso.

El acreedor puede incurrir en mora, ya sea por negarse a recibir el pago o por no practicar los negocios necesarios para que pueda pagarse, por lo que estará obligado a una indemnización por daños y perjuicios.

Elementos contenidos en la definición de mora

El retraso.- Resulta necesario hacer hincapié en que el retraso en el cumplimiento constituye elemento indispensable para la existencia de la mora. Es evidente que no podría haber mora sin retraso o demora en el cumplimiento. Antes de que se produzca el retraso o la demora sería imposible que se presentara el fenómeno moratorio. Cabe indicar que si el deudor cumpliera ulteriormente con pagar aquello que debe, luego de haber sido constituido en mora, dicho pago pondría fin al fenómeno moratorio (en tanto no seguirá habiendo mora si ya se ha pagado), pero la desaparición de la mora no suprimirá el hecho de que se haya pagado tardíamente.

La existencia de una obligación exigible.- La situación moratoria implica la existencia de una obligación exigible. Sobre el particular ya nos hemos pronunciado, motivo por el cual remitimos al lector a los comentarios efectuados.

El incumplimiento se deba a causa imputable.- Ello obedece a que el retraso —para poder ser moratorio— debe ser necesariamente culposo o doloso, lo que significa que tiene que

haber culpa o dolo en el sujeto que queda constituido en mora, ya sea deudor o acreedor, salvo los casos excepcionales de la mora objetiva.

El deudor no satisfaga la expectativa del acreedor.- Se hace alusión a que el cumplimiento no se produzca en la fecha prevista, de conformidad a lo explicado en este estudio.

El acreedor rehúse las ofertas reales que se le formulan.- Se está aludiendo a la denominada mora del acreedor. Esta es una figura que surge como necesidad de regular los supuestos en los cuales el deudor no puede cumplir porque su acreedor se niega a aceptar el pago o a colaborar para que el mismo se produzca.

La situación de mora subsiste mientras la prestación sea posible.- Alude a que ella continúe siéndolo al momento de la constitución en mora, ya que de lo contrario se daría el contrasentido de exigirse el pago de una prestación que no resultase posible de ejecutar; y, si ello fuese así, no habría mora.

La ejecución de la prestación todavía resulte útil para el acreedor.- En ese sentido, finalizaría la mora en la medida en que sobrevenga la inutilidad del cumplimiento de la prestación. Debemos admitir que la apreciación de la utilidad o ausencia de utilidad de la prestación, usualmente podrá revestir caracteres de orden objetivo, vale decir, fácilmente verificables, pero en otros casos podrá tener características eminentemente

subjetivas, cuyo juzgamiento en los tribunales deberá ser apreciado por los jueces en estricto orden a la naturaleza del contrato celebrado y al interés del acreedor en la obligación incumplida.

La mora del acreedor.- Supone la tutela del deudor de no ser gravada su posición a causa de la prolongación de la relación obligatoria, generada por la falta de cooperación del acreedor, pero a su vez supone la asunción por el acreedor de los daños que dicho retardo le pudiera ocasionar al deudor. Si el acreedor coopera en el cumplimiento para satisfacer un interés propio, es justo que él asuma el riesgo de eventos que le impidan actuar, asumiendo los costos del retraso, lo cual comprende los daños que el deudor sufre como consecuencia de la prolongación de la relación obligatoria por la negativa injustificada del acreedor a prestar su colaboración en la liberación del deudor y además, el acreedor asume los daños que dicho retardo le pudiera haber ocasionado.

■ MUERTE

El ser humano, durante su vida, es relación coexistencial con otros seres humanos, pero cuando esta relación se termina, culmina su finalidad como ente viviente (ser existencia y coexistencia a la vez), por lo que desde un punto de vista estrictamente jurídico la muerte implica dejar de ser sujeto de derecho para

convertirse en un objeto de derecho sui generis, digno de ser protegido.

No obstante, la muerte es un fenómeno que para poder ser captado y conceptualizado en su real esencia, obliga a recurrir a la ciencia médica. Desde esta perspectiva (médica), la muerte puede ser vista de dos distintas formas.

Desde un punto de vista biológico o celular, la muerte es la cesación definitiva de todas las células del cuerpo humano, ya sea por descomposición, putrefacción o simplemente porque dejan de existir. Asimismo, y de forma mucho más reciente, los avances en el campo de la tanatología han inducido a ampliar el ámbito de análisis, al permitir establecer que, biológicamente, el pasaje de la vida a la muerte del cuerpo humano, no constituye un fenómeno instantáneo o de un momento, sino algo gradual: se trata de un proceso que reconoce fases sucesivas; las células, en efecto, cesan de vivir singularmente en un orden gradual que depende de la resistencia de cada grupo a la falta de oxígeno. Desde este punto de vista, es posible señalar que no interesa si la persona fallece o no, sino que se toma al cuerpo humano como un todo orgánico que va culminando su existencia paulatinamente.

Desde un punto de vista clínico (conocido como muerte cerebral), la muerte es la cesación definitiva e irreversible de la actividad cerebral del ser humano. Antiguamente se determinaba la muerte de la persona

observando si tenía aliento o pulsaciones. A medida que la ciencia avanzó, han ido apareciendo nuevas técnicas para determinar la muerte, como por ejemplo, el electroencefalograma, que se base en los impulsos eléctricos que desprende la actividad cerebral. Así, cuando una persona fallece, estos impulsos eléctricos no se dan. Por lo tanto, el electroencefalograma arroja líneas planas y verticales.

Por otro lado, se debe distinguir el concepto de la muerte clínica o encefálica o cerebral, de aquella situación denominada como muerte cortical, la cual se presenta cuando es irrecuperable la actividad cerebral superior –la que regula la vida intelectual y la vida sensitiva– y, por ende, la posibilidad de la vida de relación, pero se conservan –autónomamente– las funciones respiratoria y circulatoria.

En cambio, en la muerte clínica o cerebral es imposible recuperar la capacidad para la vida de relación (al igual que en la muerte cortical), y las funciones vegetativas (actividad respiratoria y circulatoria) se pueden mantener mecánicamente (a diferencia de la muerte cortical).

El punto de conexión entre la ciencia médica y el Derecho se produce cuando este se apoya en aquella y en sus respectivos avances, a efectos de determinar el concepto de muerte al cual dotará de relevancia jurídica; es decir, por cuál de todas las formas de

entender el fenómeno de la muerte se inclinará, a efectos de determinar desde cuándo alguien deja de ser sujeto de derecho y pasa a ser un objeto de derecho sui géneris. En este sentido, nuestro sistema normativo ha optado por dotar de relevancia jurídica a la denominada muerte clínica o cerebral.

Así, el artículo 108 de la Ley General de Salud, Ley N° 26842 del 20 de julio de 1997, establece claramente que: “La muerte pone fin a la persona. Se considera ausencia de vida al cese definitivo de la actividad cerebral, independientemente de que algunos órganos o tejidos mantengan actividad biológica y puedan ser usados con fines de trasplante, injerto o cultivo”.

■ MUERTE PRESUNTA

La muerte presunta, comúnmente conocida como declaración de fallecimiento, se distingue de la muerte natural, porque se trata de una situación jurídica distinta. La muerte presunta parte del hecho del que se tiene incertidumbre, frente al cual el ordenamiento legal opta por una solución, como por ejemplo, el caso de una persona que no se encuentra en su domicilio, ni se tiene conocimiento de su paradero en un periodo determinado. Frente a esta situación, el Derecho debe dar respuesta a una serie de interrogantes que se cierren sobre el destino del patrimonio de tal persona, de su cónyuge y, en

general, de las relaciones jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales que pudiese mantener con terceros.

Entonces, la muerte presunta es una situación jurídica que el sistema declara respecto de alguien, como consecuencia de un estado de hecho, fortalecido por resoluciones judiciales que, sin embargo, y por lo mismo que se trata de una presunción mas no de una verdad absoluta, tendrá que ceder ante la realidad demostrada por el reaparecimiento del desaparecido o ante la prueba en contrario producida por quien tenga interés en acreditar que el desaparecido vive o murió realmente en fecha y circunstancias distintas.

La declaración de muerte presunta, conforme a lo establecido en el artículo 63 del Código Civil, procede en los siguientes casos: (i) cuando hayan transcurrido más de diez años desde las últimas noticias del desaparecido, o cinco si este tuviera más de ochenta años de edad; (ii) cuando hayan transcurrido dos años si la desaparición se produjo en circunstancias constitutivas de peligro de muerte, corriendo el plazo a partir de la cesación del evento peligroso; (iii) cuando existe certeza de la muerte, sin que el cadáver sea encontrado o reconocido.

En cuanto a la primera situación, la persona debe estar en la situación de hecho de desaparecida, es decir, que no se halle en el lugar de su domicilio y que no se tengan noticias de él.

En lo que respecta a las situaciones de certeza de muerte, es posible recurrir a dos criterios.

El criterio relativo consiste en que, si una persona se encuentra en peligro de muerte, o tiene alguna enfermedad incurable que, en determinado momento, va a causarle la muerte o que sufre de alguna enfermedad que si no tiene atención inmediata, puede morir. En estos supuestos el Código Civil reconoce la petición del Ministerio Público o de la persona interesada en la declaración de fallecimiento, siempre que transcurran dos años.

Por su parte, el criterio absoluto es en el que se tiene la certeza que se ha dado una situación determinada y específica, por la cual, el único efecto que va a producir tal situación hacia la persona, es la muerte. Tal es el caso de un edificio de cinco (5) pisos que se derrumba totalmente y que se sabe que la persona, según la lista de huéspedes del hotel, estaba alojada a una determinada hora y que se encontraba allí en el momento del derrumbe y que, pese a los esfuerzos de los bomberos, no se halla el cadáver entre los escombros.

■ MUTUO

Mediante el contrato de mutuo, una de las partes, conocida como el mutuante, se obliga a entregar a la otra, denominada mutuuario, una determinada cantidad de dinero o bienes

consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.

El mutuo es un contrato autónomo, al que con frecuencia se le adjuntan otros actos jurídicos como hipotecas, garantías mobiliarias, fianzas, etc.

Tiene naturaleza temporal, pues el mutuuario tiene la obligación de devolver en un tiempo determinado la suma de dinero o bienes consumibles en la calidad, especie y cantidad convenidas. Cabe señalar que el artículo 1656 del Código Civil establece que cuando no se haya fijado plazo para la devolución ni este resulta de las circunstancias, se entiende que es de un máximo de treinta días contados desde la entrega. Asimismo, si se conviene que el mutuuario no abone intereses u otra contraprestación al mutuante, aquel podrá efectuar el pago antes del plazo estipulado.

Se trata de un contrato oneroso, pues el mutuuario deberá pagar intereses al mutuante, salvo que haya sido liberado de ellos. Sobre el particular, el artículo 1663 del Código Civil establece que el mutuuario deberá abonar intereses al mutuante, salvo pacto distinto. Por lo tanto, en caso se pacte expresamente que no se generarán intereses, este contrato deberá ser considerado como uno de carácter gratuito.

Es un contrato de prestaciones recíprocas, pues el mutuante asume la obligación de entregar el dinero o el bien consumible, en tanto que el mutuuario se obliga a efectuar la

restitución en los términos previstos. Sobre el particular, el artículo 1661 del Código establece que si el mutuuario no pudiese devolver bien similar en especie, cantidad y calidad al que recibió, satisfará su prestación pagando el valor que tenía al momento y lugar en que debió hacerse el pago.

Está sujeto a formalidad *ad probationem*, por lo que el contrato se celebra válidamente con el simple acuerdo de voluntades, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios. No obstante, tratándose de mutuo entre cónyuges, el artículo 1650 del Código Civil establece una formalidad *ad solemnitatem*, al prever que aquel deberá constar por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

■ MUTUO DISENSO

El contrato crea efectos jurídicos, según los cuales, las partes adquieren posiciones jurídicas o situaciones jurídicas subjetivas. Estas posiciones son producto de la calificación jurídica de un interés digno de tutela. El contrato como un tipo de negocio jurídico es vinculante para las partes, es decir, la celebración del contrato produce el efecto negocial de vinculación entre las partes. El efecto negocial es el efecto de vincular a las partes a tener una conducta correspondiente al compromiso asumido.

En ese marco teórico el “mutuo disenso” es un “nuevo contrato

modificadorio de la relación” y por eso el efecto es retroactivo. Por el contrario, este marco teórico es más compatible con la definición del “mutuo disenso” como contrato extintivo.

En efecto, el mutuo disenso es un contrato extintivo del contrato celebrado originalmente con eficacia retroactiva y por eso es una manifestación de la autonomía privada. Por eso, se inserta perfectamente en la definición del contrato, pero en su modalidad de disolución consensual del contrato. Así como las partes se pueden vincular mediante un contrato, ellas mismas se pueden desvincular por mutuo disenso.

El mutuo disenso es producto de un acuerdo de voluntades con la finalidad de deshacer un acuerdo anterior; se presenta en los contratos bilaterales. El mutuo disenso está alejado de toda formalidad, no se trata de un negocio solemne, es eminentemente consensual.

El mutuo disenso debe ser colocado sistemáticamente en el ámbito de las “hipótesis de hecho”, cuya función específica consiste en extinguir un precedente negocio, pero no es como si el mismo nunca hubiese existido, sino se retrotrae, por ello los actos de administración eventualmente realizados no pueden ser eliminados aunque den vida a las obligaciones de restitución.

La disolución del contrato por “mutuo disenso” no perjudica los derechos de los terceros adquirentes y de

los acreedores que hayan cumplido actos de ejecución sobre los bienes que por efecto de la disolución del contrato regresan a la esfera jurídica de la otra parte. El mutuo disenso está sujeto al mismo régimen de oponibilidad del contrato originario.

Mediante el mutuo disenso cualquiera de las partes pierde las ventajas obtenidas del contrato originario y se requiere la misma formalidad del contrato original.

La disolución del contrato por “mutuo disenso” “no perjudica los derechos de los terceros adquirentes y de los acreedores que hayan cumplido actos de ejecución sobre los bienes que por efecto de la disolución del contrato regresan a la esfera jurídica de la otra parte. El mutuo disenso está sujeto al mismo régimen de oponibilidad del contrato originario.

Para ello es conveniente diferenciar tres categorías de terceros:

- a) Terceros extraños al negocio, pero que tienen interés porque su posición jurídica está subordinada a la de la parte;
- b) Terceros interesados, cuya posición es independiente e incompatible a los efectos del negocio;
- c) Terceros normalmente indiferentes, pero que pueden estar legitimados, cuando se produzca un particular perjuicio por los efectos del negocio”.

Existen dos funciones de la inscripción vinculada al “mutuo disenso”.

La función pública permite el conocimiento de la colectividad de determinadas situaciones jurídicas particularmente relevantes y la función privada resuelve los conflictos que pueden surgir entre varios sujetos en orden a determinadas mutaciones que involucren ciertos derechos

sobre bienes inmuebles o muebles registrados. Ambas funciones buscan tutelar los intereses de los terceros en el sentido de que ellos confiarán con tranquilidad que existe correspondencia entre la situación jurídica resultante de los registros públicos y la real titularidad del bien.

■ NACIMIENTO

El nacimiento, desde un punto de vista médico forma parte de un fenómeno de mayor alcance y complejidad, conocido como parto.

El parto viene a ser el proceso de orden temporal donde concurren y fluyen mecanismos físicos, químicos y psicológicos cuyo momento inicial se fija en las primeras contracciones musculares del útero, desencadenantes de sensaciones dolorosas, las cuales permiten la dilatación del cuello uterino y la posterior expulsión del producto de la concepción hasta el momento que la placenta y las membranas logran desprenderse o ser expulsadas del cuerpo de la mujer embarazada.

De este forma, el parto está constituido de tres etapas: (i) etapa de dilatación, la cual se inicia con las contracciones uterinas, causantes de los dolores y se extiende hasta la dilatación cervical completa; (ii) la etapa de la expulsión o del nacimiento, que se inicia con la paulatina expulsión del producto de la concepción;

y (iii) el periodo placentario o alumbramiento, en donde las membranas suelen desprenderse y son expulsadas del cuerpo.

Entonces, el nacimiento, entendido como la expulsión del concebido del útero de la madre, determina que el sujeto abandona el estatus de concebido y pasa a ser (según la terminología empleada por el artículo 1 del Código Civil) persona humana. No obstante, debe tenerse en consideración que “nacimiento” no es sinónimo de existencia o de vida, en la medida que el principio exacto de ella se encuentra en el momento de la concepción, calculada normalmente en nueve meses antes del nacimiento.

De este modo, el nacimiento no determina la adquisición de la personalidad jurídica (subjektividad o capacidad) ni la condición de sujeto de derecho, en la medida que estos términos están ligados insoslayablemente a la aparición de vida humana, lo cual se produce con el solo hecho de la concepción. Por ende, el nacimiento únicamente determina la formación de un sujeto de derecho denominado

persona humana (así lo denomina nuestro Código Civil, no obstante en la doctrina es usual hablarse de “persona natural o individual”) que, a diferencia del concebido, no encuentra ningún límite ni condicionamiento a la plena y absoluta titularidad de sus derechos fundamentales.

En efecto, en lo que respecta al concebido, el artículo 1 del Código Civil consagra un condicionamiento a la adquisición de derechos patrimoniales: que se produzca el nacimiento con vida. Por ello, luego de producido el nacimiento, el hasta ese momento concebido, pasa ser considerado por el sistema jurídico como “persona humana”, con la total y plena titularidad de todos sus derechos, sin condicionamiento ni límite alguno. Sin embargo, y como resulta obvio, para el efectivo ejercicio de tales derechos requerirá necesariamente de un representante legal, que en la mayoría de los casos son los padres.

■ NECROPSIA

La necropsia es un procedimiento científico por el cual se estudia un cadáver humano o animal, para tratar de identificar la posible causa de muerte, así como la identificación del cadáver. Se diferencia de la necrocirugía (comúnmente llamada autopsia), por el hecho de que en este procedimiento no se toca ningún órgano interior ni se disecciona el cadáver.

En efecto, una necrocirugía, también llamada examen post mórtem, examinación post mórtem, obducción o autopsia, es un procedimiento médico que emplea la disección, con el fin de obtener información anatómica sobre la causa, naturaleza, extensión y complicaciones de la enfermedad que sufrió en vida el sujeto y que permite formular un diagnóstico médico final o definitivo para dar una explicación de las observaciones clínicas dudosas y evaluar un tratamiento dado. Usualmente es llevada a cabo por un médico especialista denominado patólogo.

En la medida que la autopsia es mucho más compleja que la necropsia, aquella puede ser de dos tipos:

Autopsia forense: Es realizada por razones médico-legales, y es de la que normalmente se habla en programas de televisión o en las noticias. En el Perú, la realizan los médicos especializados en medicina legal y forense. Es solicitada por el juez ante cualquier muerte sospechosa de criminalidad y no puede ser rechazada por los familiares.

Autopsia clínica: Es generalmente realizada para determinar no solo la causa de la muerte, que en muchos casos es conocida, sino todos los procesos patológicos que afectaban al individuo. Tiene propósitos de estudio e investigación. Normalmente es llevada a cabo por médicos especializados en anatomía patológica. Es solicitada por los facultativos que

atendieron al paciente y debe ser autorizada por los familiares.

En un sentido más amplio –entendida como examen minucioso– existen otros tipos de autopsia:

Autopsia psicológica: Es la reconstrucción de la vida de la persona fallecida, enfatizando aspectos como estilo de vida, personalidad, estrés reciente, enfermedad mental y comunicación de ideas de muerte, a través de información recogida mediante la entrevista a personas allegadas y la revisión de documentos.

Autopsia histórica: Es la investigación médico-legal de las causas y las circunstancias de una muerte con interés histórico, que se sustenta en la interpretación crítica, armónica, jerarquizada y objetiva del conjunto de la información aportada por documentos y testimonios, cuando no se tuvo acceso directo al cadáver o a los restos óseos.

En lo que respecta a su regulación legal, la necropsia asume protagonismo en el artículo 13 del Código Civil, según el cual: “a falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes”.

La referida disposición normativa, basándose en razones afectivas, les permite decidir a los familiares más

cercanos y en el orden excluyente mencionado todo lo referente a la necropsia, incineración y sepultura del cadáver, para que sean justamente las personas más allegadas al fallecido quienes decidan sobre el destino de sus restos, disponiendo la necropsia, incineración o la sepultura de acuerdo a sus costumbres o creencias religiosas.

■ NOVACIÓN

La novación es un medio de extinción de obligaciones. El efecto extintivo se produce al sustituir la obligación primitiva por una nueva. A efectos de que se produzca la misma es necesario que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

La novación puede ser objetiva o subjetiva dependiendo si la modificación se produce sobre un elemento “objetivo” o “subjetivo” de la relación jurídica obligatoria.

1. En el primer caso, el acreedor y el deudor sustituyen la obligación primitiva por otra, con prestación distinta o a título diferente.
2. En el caso de la segunda, hay que tomar en cuenta si el cambio se produce respecto del acreedor o el deudor.
 - a) En el primer caso, denominada novación activa, se cambia al

acreedor. En este caso, por expresa disposición del artículo 1280 se requiere, “además del acuerdo entre el acreedor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del deudor”.

- b) Por su parte, la novación subjetiva puede ser de dos tipos.
 - i. La novación subjetiva por delegación implica que el deudor primitivo es sustituido por uno nuevo, debido a lo anterior, además del acuerdo entre el deudor que se sustituye y el sustituido, el asentimiento del acreedor. Lo anterior debido a que, la capacidad de pago del nuevo deudor podría no ser la misma que el deudor original y el acreedor podrían verse afectado. En tal sentido, será necesario que se cuente con su asentimiento o conformidad. La referida novación tiene por efecto que el deudor original deje de estar obligado con el acreedor. Aquí hay que señalar como excepción a lo anterior, tal como lo señala el artículo 1283, que “en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantías, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda”.
 - ii. En el caso de la novación subjetiva por expromisión el deudor es sustituido por uno nuevo, mediante acuerdo entre el acreedor y el nuevo deudor, quedando el

deudor original liberado de cumplir con la obligación. En tal sentido, la novación por expromisión puede efectuarse aun contra la voluntad del deudor primitivo.

Debido al carácter extintivo de la novación, en esta no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario. Además, atendiendo al criterio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal si la obligación primitiva fuera nula, no existe novación. No pasa lo mismo en el caso de la anulabilidad, ya que si la obligación primitiva fuera anulable, la novación tiene validez si el deudor, conociendo del vicio, asume la nueva obligación. En estos casos, el Código dispone en el artículo 1287 que: “(s)i la nueva obligación se declara nula o es anulada, la primitiva obligación revive, pero el acreedor no podrá valerse de las garantías prestadas por terceros”.

Finalmente, el Código en el artículo 1279 se encarga de señalar que no es considerado novación, así establece que: “(1)a emisión de títulos valores o su renovación, la modificación de un plazo o del lugar del pago, o cualquier otro cambio accesorio de la obligación, no producen novación”.

NULIDAD DE ACTO JURÍDICO

Figura que constituye la forma más completa de invalidez del acto

jurídico, en cuanto no surte efectos a causa de un vicio de los requisitos jurídicos objetivos establecidos por norma legal. La nulidad del acto jurídico se configura ante la ausencia o vicio de elementos esenciales o constitutivos del acto jurídico, ya que la falta de estos elementos produce una carencia de efectos jurídicos trayendo como consecuencia la negación plena del acto negocial por parte del ordenamiento jurídico.

Según el Código Civil peruano son causales de nulidad del acto jurídico:

- **La ausencia de manifestación del agente**, la que en realidad supone un supuesto de inexistencia del acto jurídico, pues sin ella resulta imposible que se forme el supuesto de hecho con el que se perfecciona el acto negocial.
- **La incapacidad absoluta de una de las partes**, que se refiere a la carencia de idoneidad de un sujeto para realizar actividades jurídicas relevantes por medio de una manifestación propia de voluntad; sin embargo, se admiten excepciones en cuanto los actos realizados por incapaces absolutos serán plenamente válidos siempre y cuando se celebren para satisfacer las necesidades ordinarias en el transcurso de la vida diaria.
- **El objeto física o jurídicamente imposible**, siendo el objeto físicamente imposible cuando en el plano de la realidad, las reglas del acto jurídico estipuladas por

las partes no pueden ser susceptibles de realización. Asimismo, el objeto es jurídicamente imposible cuando en virtud del ordenamiento jurídico las reglas no pueden ser ejecutadas sin contravenirlo o porque no toman en consideración los presupuestos por él establecidos.

- **El fin ilícito**, este supuesto se configurará cuando la causa del acto jurídico sea contraria a las normas imperativas, debe tenerse en cuenta la diferencia del fin ilícito con el objeto jurídicamente imposible en tanto aquel hace referencia a la causa, mientras que este hace referencia a las reglas negociales.
- **La simulación absoluta**, ello en base a que el ordenamiento toma en cuenta la carencia de voluntad de las partes de quedar vinculadas por el acto jurídico aparente que celebran.
- **La inobservancia de la forma prescrita** se configura cuando el acto jurídico no observa las formalidades dispuestas para él por ordenamiento jurídico, sancionándosele con la nulidad.
- **La declaración de nulidad declarada por ley**, bajo este supuesto el legislador reserva la posibilidad de sancionar directamente con nulidad al acto que presente alguna disconformidad o anomalía no prevista en los anteriores supuestos.

- **La inobservancia de lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar**, este último supuesto se refiere a las normas que interesan al orden público y las buenas costumbres.

NULIDAD DEL TESTAMENTO

La disposición de última voluntad del causante puede ser objeto de nulidad como cualquier acto jurídico, género del cual el testamento es una especie, el Código Civil se ocupa del testamento nulo y del testamento anulable, en este sentido se da el mismo tratamiento que el Libro II del Código Civil dispensa a la nulidad del acto jurídico en general, ya que siendo el testamento un acto jurídico, son de aplicación para su validez los requisitos que enumera el artículo 140 del Código Civil y más específicamente el artículo 219 que dispone una relación de causales de nulidad del acto jurídico, podemos señalar algunos: Falta de manifestación de voluntad, cuando este se practica por persona absolutamente incapaz (tomar en cuenta lo señalado en el art. 1358), cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o es indeterminable, cuando el fin sea ilícito, cuando adolezca de simulación absoluta, en el caso de que no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad, en el supuesto que la propia ley lo declare nulo y cuando se dispone que este es contrario al

orden público o a las buenas costumbres (al respecto se puede ver: Cas. N° 2248-99-Tacna). El testamento nulo es aquel afectado de nulidad absoluta que subsume al acto inexistente que es otra categoría de actos imperfectos, mientras que el testamento anulable es el afectado de nulidad relativa. No debe confundirse la inexistencia del testamento, causada por la carencia de un requisito esencial –como la firma del testador en un testamento ológrafo, o la del notario en los testamentos públicos o cerrados; o si el acto mismo aparece otorgado por persona absolutamente incapaz– con la nulidad causada por un vicio o defecto más o menos importante. En el primer caso, no llegó a haber testamento; y en el segundo lo hay pero viciado.

a) Nulidad absoluta: Aquí quedan enmarcados todos los supuestos contenidos en el artículo 219 y conforme al artículo 43 sobre los absolutamente incapaces:

- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

b) Nulidad relativa: El artículo 221 establece las causales de

anulabilidad: por incapacidad relativa del agente; por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación; por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero y cuando la ley lo declara anulable. Por otro lado tenemos todos los considerandos contemplados en el artículo 44 sobre incapacidad relativa. La nulidad relativa se produce a petición de parte y no de oficio como ocurre con la nulidad absoluta.

Además de estas características propias del acto jurídico nulo o anulable señalamos algunas de las motivaciones especiales para declarar el testamento como nulo:

- Cuando es otorgado por incapaces menores de edad y por los mayores enfermos mentales cuya interdicción ha sido declarada (artículo 808).
- Cuando adolece de defectos de forma, por faltarle la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador o su firma, que son los requisitos generales de todo testamento que

señala el artículo 697, salvo que el testador no sepa o no pueda firmar, en cuyo caso lo hará a su ruego el testigo testamentario que él designe, si es por escritura pública. Asimismo, cuando se deja de cumplir con cualquiera de los requisitos esenciales que la ley señala para cada uno de los testamentos ordinarios (artículo 811).

- Cuando, tratándose de los testamentos militar y marítimo, falte la firma de la persona autorizada para recibirlos (artículo 813).
- Cuando es otorgado en común por dos o más personas (artículo 814).

Por último, debemos recalcar que la diferencia entre nulidad y anulabilidad no es meramente enunciativa, su determinación precisa resulta fundamental en cuanto a la prescripción de cada una de ellas. La acción de nulidad de un acto jurídico prescribe a los diez años (artículo 2001, inciso 1), y la acción de anulabilidad, a los dos años (artículo 2001, inciso 4). Queda así zanjada la necesidad de tipificar el defecto que tiene un testamento.

OBLIGACIÓN DE ADMINISTRAR JUSTICIA

Es innegable que la ley tiene vacíos, deficiencias. Sucede que la ley no puede comprender en su formulación todos los innumerables casos posibles que la realidad presenta; y sin embargo, conforme lo establece el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, no le está permitido al juez dejar de administrar justicia; es decir, existe la obligación de administrar justicia por parte del juzgador, aun en caso de vacío o deficiencia de la ley.

Esta obligación por parte del juzgador se encuentra consagrada también en el artículo III del Código Procesal Civil en los siguientes términos:

“El juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En caso de vacío o defecto en las disposiciones de este Código, se deberá recurrir a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina y jurisprudencia correspondientes, en atención a las circunstancias del caso”.

Asimismo, el artículo 139 inciso 8 de la Constitución Política del Perú señala que no se debe dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En consonancia con esto, constituye delito de denegación y retardo de justicia si el juez se niega a administrar justicia o que eluda juzgar bajo pretexto de defecto o deficiencia de la ley (así lo establece el art. 422 del Código Penal).

Una de las herramientas fundamentales con que cuenta el juzgador para cumplir con su obligación de administrar justicia, son los principios generales del Derecho Procesal. Sin embargo, frente a los métodos de integración, la recurrencia a los principios generales del proceso, no puede ser tomado en preferencia si hay la posibilidad de recurrir a la analogía, pues se podría atentar contra la

seguridad jurídica por lo siguiente: la analogía supone extender a un caso no previsto por la norma lo que el legislador previó para otro semejante; supone siempre igualdad en las razones que justifican la aplicación de la norma jurídica en uno y otro caso. En cambio, en la aplicación de los principios generales hay una fuerte carga axiológica, donde la subjetividad de quien lo aplica tiene un rol importante como elemento orientador de dicha labor, por ello, la recurrencia a los principios generales como mecanismos integradores que le permiten al juzgador cumplir con su obligación de administrar justicia debe operar cuando se haya agotado la posibilidad de construir soluciones existentes en el ordenamiento a través de la analogía.

OBLIGACIÓN DE APLICAR LA NORMA NO INVOCADA

La obligación de aplicar la norma no invocada se encuentra consagrada en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, el cual establece que: “los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda.

En cuanto a la redacción de la primera parte de la norma, debe tenerse en cuenta que la búsqueda de la norma jurídica pertinente forma parte del razonamiento judicial y no se mueve en el terreno de los

hechos, los cuales sí deben ser materia de prueba. En lo que respecta a la segunda parte, solo se hace referencia a la invocación de la demanda; sin embargo, en la contestación de la demanda también se puede incurrir en error al invocar la norma jurídica pertinente o simplemente podría no ser invocada, no obstante lo cual el juez también está en la obligación de aplicarla.

El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil es más completo al regular que: “el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitório ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

En materia administrativa, esta obligación se encuentra consagrada en el artículo 145 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General en los siguientes términos: “La autoridad competente, aun sin pedido de parte, debe promover toda actuación que fuese necesaria para su tramitación, superar cualquier obstáculo que se oponga a regular la tramitación del procedimiento, determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuera errónea la cita legal, así como evitar el entorpecimiento o demora a causa de diligencias innecesarias o meramente formales, adoptando las medidas oportunas para eliminar cualquier irregularidad producida”.

La sentencia en la cual el juez cumple con esta obligación —que en el fondo constituye la aplicación del aforismo *iura novit curia*— deberá ser congruente con:

- i. El objeto del *petitum*, vale decir, el juez no puede conceder algo diferente de lo pedido (por ejemplo, si se pide reivindicación, el juez no puede fallar el pago de una suma de dinero por resarcimiento de daños).
- ii. La *causa petendi* (por ejemplo, si se pide divorcio por adulterio, el juez no podría fallar divorcio por conducta deshonrosa).

En efecto, el juez está obligado a ceñirse a los fundamentos de hecho mas no a los de derecho. Dentro de este orden de ideas, el juez no puede fallar más allá de lo pedido (incurriría en una *extra* o en una *ultra petita*), ni dejar de pronunciarse respecto de una pretensión solicitada (incurriría en una *infra* o *citra petita*).

■ OBLIGACIONES

El término obligaciones se usa de manera general como sinónimo de “deberes”. Sin embargo, técnicamente no son lo mismo. El deber es una situación jurídica subjetiva de desventaja que impone a su titular la necesidad de actuar de una manera determinada. Así, todos debemos respetar la vida de los demás y sus bienes, o el comprador tiene el deber de pagar el precio al vendedor.

En cualquier caso, puede decirse que estamos “obligados” a realizar aquello de forma lata.

Ahora bien, la obligación se corresponde técnicamente con una clase de deber denominado débito, el cual tiene como contenido la necesidad de realizar una conducta determinada (prestación de dar, hacer o no hacer) a favor de un sujeto determinado denominado acreedor. Además de lo anterior, también suele denominársele obligación a la completa relación jurídica formada por el débito, antes referido, y el crédito. Entendemos por crédito, aquel derecho subjetivo que permite al acreedor exigir frente a un sujeto determinado la realización de la prestación. Es importante realizar una consideración adicional ya que una de las características de la obligación es su contenido patrimonial, en el sentido de que la prestación objeto de la obligación sea susceptible de valoración económica y que la misma corresponda a un interés del acreedor, sin importar si este interés es económico o de otra índole como personal o patrimonial.

Al respecto, es mucho más adecuado referir a dicho vínculo conformado por el débito y el crédito como relación jurídica obligatoria. Ahora bien, la referida expresión no solo abarca la vinculación entre el crédito y el débito, sino la entera relación jurídica nacida de una fuente de obligaciones, en el sentido de que a dichas situaciones jurídicas se les acompaña

un conjunto de deberes accesorios, cargas, derechos potestativos y otras situaciones jurídicas que colaboran para la satisfacción del interés del acreedor.

Habiendo señalado lo anterior, debe indicarse que las obligaciones se instalan en una relación económica de cooperación en donde los sujetos no pueden satisfacer todos sus intereses por sí mismos, por lo que recurren a otros a fin de procurarse los bienes y/o servicios necesarios para poder satisfacer sus intereses.

Las obligaciones como relaciones jurídicas están sometidas a vicisitudes como su nacimiento, modificación o extinción.

1. En lo que se refiere al nacimiento de las obligaciones, el Libro VII del Código Civil establece como fuentes de las mismas a: (a) los contratos; (b) la gestión de negocios; (c) enriquecimiento sin causa; (d) la promesa unilateral y (e) la responsabilidad extracontractual. La teoría general de las obligaciones realiza una abstracción de los caracteres de las mismas a fin de que puedan aplicarse sin importar cuál sea su fuente; sin embargo existe una preponderancia de las obligaciones nacidas de los contratos, siendo esta su fuente más importante.
2. En cuanto a su desarrollo, la obligación como relación jurídica puede ser modificada o

garantizada. Asimismo, cada uno de los elementos de la misma, el crédito y el débito, pueden ser transferidos.

3. En lo que respecta a su extinción, el Código Civil ha consignado en el Título referente a los “Efectos de las Obligaciones” de la Sección Segunda del Libro IV, Obligaciones, algunos mecanismos de extinción de obligaciones tales como: (a) el pago, (b) la novación, (c) la compensación, (d) la condonación, (e) la consolidación, (f) la transacción y (g) el mutuo disenso.

OBLIGACIONES ALTERNATIVAS (PRESTACIONES ALTERNATIVAS)

Una única obligación puede tener por objeto dos o más prestaciones cuando el deudor está obligado (en fuerza de una disposición expresa, o de un acuerdo negocial) a ejecutar una de las prestaciones comprometidas alternativamente. Son aquellas obligaciones que tienen por objeto varias prestaciones de las cuales el deudor va a cumplir completamente una de ellas; realizada esta, el deudor se libera de las otras. No debe confundirse con aquellas obligaciones en las cuales la prestación es única, solo que se permiten al deudor modos diversos para llevarla a cabo. Por ejemplo, en la obligación alimentaria, que se cumple mediante una pensión de alimentos

pagada en periodos anticipados, o bien acogiendo o manteniendo en la casa propia a quien tiene el derecho a ella. La alternativa se refiere, entonces, a las modalidades de cumplimiento, y se hace posible el paso de uno a otro modo de ejecución sin que exista una mutación objetiva. Lo mismo ocurre con el divorcio, cuando las partes acuerdan pagar y recibir una suma de dinero en un único acto, en lugar de una pensión periódica. La obligación con cláusula penal no constituye una hipótesis de obligación alternativa, porque el deudor no tiene la facultad de liberarse pagando el importe de la cláusula penal, además esta opera en el momento del incumplimiento y no en el momento de la ejecución de la prestación.

a) Requisitos

Que exista una obligación con pluralidad de prestaciones, que las prestaciones deben ser independientes unas de otras y que se cumpla una de las prestaciones por el deudor.

b) La elección de la prestación

La elección es un negocio unilateral y no necesita la aceptación de la otra parte. Una vez conocida la elección por el acreedor o por el deudor deja de ser alternativa, se realiza la llamada concentración de la obligación y sus efectos son los de una obligación simple.

La elección se realiza con la ejecución de una de las prestaciones o con

la declaración de la elección comunicada a la otra parte, una vez notificada se vuelve irrevocable. Ello presupone un plazo para su ejercicio, siendo facultad del deudor, acreedor o tercero.

c) Imposibilidad de la prestación

La concentración de la obligación también se produce cuando una de las prestaciones no podía formar objeto de obligación o deviene imposible por causa no imputable a alguna de las partes. La imposibilidad sobrevinida de una o más prestaciones, debido a causa imputable a una de las partes, produce efectos diferentes atendiendo a si la facultad de elección corresponde al deudor o al acreedor.

c.1. Cuando la elección corresponde al deudor

Imposibilidad de todas las prestaciones por culpa del deudor

La obligación queda resuelta y el deudor debe devolver al acreedor la contraprestación, si la hubiere. El acreedor tiene derecho a reclamar por los daños y perjuicios.

Imposibilidad de todas las prestaciones sin culpa del deudor

La obligación se extingue por falta de objeto y queda liberado el deudor.

Imposibilidad de alguna o algunas de las prestaciones

El Código Civil no distingue si es por culpa de las partes o no, únicamente

establece que el deudor cumplirá con la obligación con cualquiera de las prestaciones que subsistan.

c.2. Cuando la elección corresponde al acreedor, a un tercero o al juez

Imposibilidad de todas las prestaciones por culpa del deudor

La obligación queda resuelta y la elección del acreedor podrá recaer sobre el precio de cualquiera de las prestaciones desaparecidas para exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Imposibilidad de todas las prestaciones sin culpa del deudor

La obligación se extingue.

Imposibilidad de alguna o algunas de las prestaciones por culpa del deudor

El acreedor tiene tres posibilidades: a) Reclamar cualquiera de las prestaciones subsistentes; b) disponer, cuando corresponde, que el tercero o el juez escoja; y c) declarar resuelta la obligación; en este caso deberá devolver la contraprestación y el acreedor podrá exigir el pago de la indemnización por daños y perjuicios.

Imposibilidad de alguna de las prestaciones sin culpa del deudor

La elección solo podrá recaer sobre cualquiera de las que queden realizables o subsistentes.

OBLIGACIONES ASUMIDAS POR HIJOS MENORES

El artículo 1358 del Código Civil establece que los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria. Sin embargo, tratándose del menor que tenga más de dieciséis años de edad y menos de dieciocho, este puede contraer obligaciones o renunciar derechos siempre que sus padres que ejerzan la patria potestad autoricen expresa o tácitamente el acto o lo ratifiquen.

Así por ejemplo, en el caso de un contrato de mutuo celebrado por un adolescente, en virtud del cual este recibe el dinero y asume la obligación de devolver el préstamo recibido más los intereses devengados a lo largo de la relación contractual. Para la celebración de este contrato de mutuo y la asunción de la obligación de devolución del dinero recibido, el menor deberá contar con la autorización de sus padres (o tutor) y, en todo caso, de haberse celebrado el contrato sin dicha autorización, aquel podrá ser reservado por quienes ejercen la patria potestad. En definitiva, la autorización previa o ratificación posterior de los padres respecto del acto realizado por su menor hijo, equivale a que ellos lo hubiesen practicado en nombre del menor en ejercicio de las facultades conferidas por la patria potestad.

El incumplimiento de este supuesto legal (es decir, la realización del contrato por parte del menor sin autorización de sus padres o sin que estos lo hubiesen ratificado) equivale a que el acto jurídico realizado por el menor sea ineficaz (no anulable) y deba devolver la contraprestación que lo beneficie (caso contrario, esto implicaría un enriquecimiento sin causa, de conformidad con lo establecido en el art. 1954 del Código Civil). Así, en la medida que el artículo 456 del Código Civil hace referencia a la ratificación del acto por parte de los padres del menor, se colige que la ausencia de esta ratificación conlleva a la ineficacia del acto; ello por cuanto la ratificación es el acto jurídico unilateral mediante el cual un acto ineficaz adquiere eficacia. Entonces, si la ley dice que se requiere la ratificación, es porque antes de la misma el acto resultaba ineficaz.

Por otro lado, el menor que de forma dolosa haya contraído obligaciones o haya renunciado a algún derecho sin autorización de sus padres y ante la negativa de estos de ratificar dicho acto jurídico, responderá por los daños y perjuicios que hubiese causado a la contraparte.

Esta regulación legal contenida en el artículo 456 del Código Civil debe ser aplicada de forma sistemática con lo dispuesto por el artículo 65 del Código de los Niños y Adolescentes, el cual parte del principio de la capacidad jurídica

del adolescente para celebrar actos o contratos relacionados con su actividad laboral y económica. Textualmente, la referida norma señala que: “Los adolescentes trabajadores podrán reclamar, sin necesidad de apoderado y ante la autoridad competente, el cumplimiento de todas las normas jurídicas relacionadas con su actividad económica”.

OBLIGACIONES DE DAR (PRESTACIÓN DE DAR)

La obligación de dar es aquella que tiene por objeto la entrega de un bien. Comprende no solo la obligación que tiene como propósito la transmisión de la propiedad, sino toda aquella en la que el acreedor tiene adquirido algún derecho sobre algún bien. V. gr. en el contrato de compraventa, el propietario transfirió el dominio del bien vendido o, en el contrato de arrendamiento, el arrendador debe entregar al arrendatario el bien arrendado en uso.

Obligación de dar bien cierto

Bien cierto es aquel bien determinado, individualizado, configurado, identificado entre los demás bienes de su misma especie. Puede ser indistintamente un bien mueble o inmueble. Se exige que sea específicamente determinado desde el momento de la celebración hasta la ejecución. Tratándose de un bien cierto

que las partes han establecido expresamente al celebrarse la obligación, este no puede ser sustituido por otro, con la sola decisión unilateral del obligado. El acreedor tiene derecho a que se le entregue el bien; no se le puede obligar a recibir otro, aunque el ofrecido como sustituto sea de mayor valor. Si se admite válidamente el cambio, por arbitraria decisión del deudor, la obligación dejaría de ser un bien cierto. Si no se puede obligar al acreedor a recibir una cosa distinta, tampoco el acreedor podrá exigir al deudor que le entregue una cosa diferente. Mientras el bien exista, el acreedor puede exigir que se le entregue, y si la entrega se torna imposible por la culpa del deudor, la obligación de dar se resuelve en una indemnización de daños y perjuicios. La obligación de dar un bien cierto comporta también el deber de entregarlo en el tiempo, modo y lugar oportuno.

a) Obligación del deudor de conservar el bien

En virtud de la conservación del bien, este no sufrirá modificaciones, se mantendrá inalterable, será el mismo bien, tanto en la celebración como en la ejecución de la obligación; no debe existir deterioro del bien.

La entrega del bien debe hacerse con sus accesorios, en aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Los accesorios son tanto las partes integrantes como los frutos y los productos.

b) Teoría del riesgo

El riesgo debe entenderse jurídicamente como la posibilidad o peligro de pérdida o deterioro que puede sufrir el objeto de la obligación en el intervalo del tiempo que media entre la celebración y la ejecución. Es la concentración de peligro en un determinado tiempo y espacio.

c) Situaciones de riesgo determinadas en el Código Civil

Por culpa del deudor (pérdida del bien): La prestación del deudor se extingue, el acreedor deja de estar ligado a su prestación, el deudor indemniza, y la obligación se resuelve.

Por culpa del deudor (deterioro del bien): El acreedor puede resolver la obligación, el acreedor puede recibir el bien en el estado en el que está y solicitar que se reduzca la contraprestación, y el acreedor tiene derecho a una indemnización si la obligación queda resuelta.

Por culpa del acreedor (pérdida del bien): La obligación queda resuelta y el deudor conserva su derecho a la contraprestación.

Por culpa del acreedor (deterioro del bien): El acreedor está obligado a recibirlo sin reducción alguna.

Sin culpa de las partes (pérdida del bien)

La prestación del deudor se extingue, el deudor no tiene derecho a la contraprestación y la obligación se extingue.

Sin culpa de las partes (deterioro del bien)

Reducción de la contraprestación.

d) Presunción de culpa en la pérdida o deterioro

El artículo 1139 del Código Civil prescribe que: “Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posición del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario”.

Es un caso de presunción *iuris tantum* porque admite prueba en contrario. Si la parte no prueba esta presunción valiéndose de cualquier medio idóneo, se tendrá por responsable al deudor, tanto en la pérdida o deterioro.

OBLIGACIONES DE HACER (PRESTACIÓN DE HACER)

La obligación de hacer se refiere a negocios positivos que consisten en una acción, una actividad o un servicio que debe realizar el deudor.

Modo de ejecutar la obligación

El plazo y el modo resultan determinantes en esta obligación. El hecho en que consiste la obligación debe ser ejecutado en el plazo y modo que las propias partes han establecido. Pactado el plazo, el deudor tiene un tiempo determinado para ejecutar el hecho, y establecida la modalidad, igualmente deberá observarla el deudor para considerarse liberado.

La obligación de hacer se puede extinguir en un solo negocio, pero también puede extinguirse en negocios periódicos o continuos. V. gr. una relación laboral, un arrendamiento o un suministro. El problema surge cuando no hay un plazo o modo pactado. V. gr. una empresa constructora construye el camino entre los puntos A y B cuando debería haberlo realizado entre el punto A y C. No cumplió con el convenio.

Obligaciones personalísimas

El cumplimiento de la prestación puede hacerlo el deudor o un tercero. Esta regla es general puesto que lo que le importa al acreedor es que se cumpla con la prestación, no le interesa quien lo haga. Sin embargo, existen ciertas obligaciones de hacer que imposibilitan la ejecución de un tercero: son las llamadas obligaciones personalísimas *o intuito personae*. En estas obligaciones se tiene en cuenta la actitud inherente a la persona del deudor, estas cualidades pueden ser el arte, la ciencia, la habilidad, la experiencia, el conocimiento, la técnica, la especialidad. Estas son obligaciones intransmisibles no puede haber sustitutos; en caso de fallecimiento, se extingue con la persona.

Falta de cumplimiento en las obligaciones de hacer

El cumplimiento puede ser voluntario o forzoso. El cumplimiento forzoso es consecuencia de la falta de

cumplimiento oportuno. Puede hacerlo el deudor posteriormente, fuera del término, asumiendo la responsabilidad por la tardanza, que se condena con el pago de los daños y perjuicios.

Con este cumplimiento tardío se presentan otros casos, como son el cumplimiento parcial y el cumplimiento defectuoso.

a) Incumplimiento de la obligación por culpa del deudor

Si el deudor no cumple con ejecutar la obligación de hacer, la puede ejecutar después, pero no se trata de una imposibilidad. En este caso, el acreedor tiene tres alternativas: Exigir la ejecución forzada, exigir que un tercero ejecute la prestación o dejar sin efecto la obligación.

b) Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso por culpa del deudor

En el cumplimiento parcial, solo falta una parte por cumplir; en el cumplimiento tardío se cumplió la totalidad de la prestación solo que a destiempo; en el cumplimiento defectuoso se cumplió totalmente, pero sin la calidad que debería haber tenido.

c) Cumplimiento parcial, tardío o defectuoso sin culpa del deudor

Si el cumplimiento irregular no se debe a culpa del deudor, obviamente la razón que justifique el incumplimiento no puede ser otra cosa que el caso fortuito o fuerza mayor; en consecuencia

al no haber dolo ni negligencia en el deudor, no se le puede sancionar; hacerlo sería arbitrario.

d) Imposibilidad de la prestación por culpa del deudor

La prestación imposible es aquella que ya no existe, por lo tanto, es una relación sin objeto, que queda resuelta.

Sin embargo, como el deudor es responsable de la imposibilidad, quedará obligado a la respectiva indemnización por daños y perjuicios.

e) Imposibilidad de la prestación por culpa del acreedor

Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, conservando su derecho a la contraprestación.

Si el deudor obtuviese algún beneficio por la resolución, ese beneficio reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

OBLIGACIONES DE MEDIOS

Según los cuales, hay relaciones obligatorias caracterizadas por la dirección de las prestaciones hacia la producción de una finalidad o resultado (por ejemplo, contrato de transporte), o por el puro empeño del deudor para la realización de un comportamiento diligente (por

ejemplo, contrato de servicios profesionales del médico o del abogado).

La formulación tradicional de la distinción dice que es necesario distinguir los contratos en los cuales el deudor está obligado a prestar una determinada actividad y los contratos en los que está obligado a hacer que el acreedor obtenga un determinado resultado. En los primeros, no hay duda de que el deudor debe solo la diligencia ordinaria, pues esta concierne al contenido de la prestación.

En otras palabras, el deudor que emplea la diligencia requerida por la relación contractual no está exento de responsabilidad, por defecto de culpa, sino que ha cumplido con su obligación. En cambio, el deudor que se obliga a hacer que el acreedor consiga un determinado resultado queda liberado únicamente cuando el incumplimiento dependa de una causa extraña no imputable a él, o de un caso fortuito o fuerza mayor, y ello porque el incumplimiento de la obligación está constituido por la prestación no ejecutada y se contempla, a efectos de las acciones de resarcimiento, que la distribución de la carga de la prueba sea diversa, teniendo en cuenta el tipo de prestación de que se trate.

Se señala que cuando se comprometen los puros medios, o el comportamiento con arreglo a un estándar, la prueba debe ser dada por el acreedor y consiste en la demostración de la omisión de diligencia. En cambio, cuando lo prometido es un

resultado, basta la acreditación de que este no ha sido obtenido para que la responsabilidad se active.

Las obligaciones de medios son aquellas en que el deudor no asegura un efecto determinado, sino tan solo se compromete a poner en práctica la conducta que ordinariamente conduce a un determinado resultado, pero que bien puede no producirlo. Se trata de desarrollar una actividad en interés del acreedor, pero no el resultado útil de la actividad, resultado que puede no estar en manos del obligado.

La distinción entre obligaciones de medios y de fines resulta muy importante, pues si el deudor promete un resultado, la prueba del incumplimiento de la obligación surge de la mera circunstancia de no haberse realizado el acto prometido, de no haberse obtenido el resultado previsto; en tanto que si solo ha prometido conducirse con prudencia y diligencia en un sentido dado, para acreditar el incumplimiento no basta ya probar la no obtención de un resultado, sino que se deberá además demostrar que ello obedeció a culpa del deudor, quien no se condujo con la medida y diligencia debidas.

De este modo, en el primer caso corresponderá al deudor acreditar que su incumplimiento fue inimputable, por caso fortuito, fuerza mayor o alguna otra causal eximente; en el segundo el *onus probandi* pesa sobre el acreedor, quien deberá probar la culpa del obligado incumpliente.

Como se ha indicado la distinción es relevante desde varios aspectos. En primer lugar lo es respecto de la determinación del contenido del deber, y de los presupuestos del cumplimiento, y por lo tanto, de los extremos del incumplimiento. En las obligaciones de medios, a diferencia de las otras, la diligencia es el contenido de la actividad debida, en otras palabras el contenido de la actividad debida o del deber se precisa con el criterio de la diligencia ordinaria, que es modo, medida de cumplimiento y sirve para establecer si la obligación ha sido cumplida exactamente o no.

En segundo lugar, es importante, como se ha indicado en lo que atañe a la carga de la prueba, indicar que esta varía en atención al contenido de la obligación incumplida; en caso de obligaciones de medios, el acreedor debe probar la negligencia, o bien la culpa de este, y como contrapartida el deudor para liberarse deberá probar ausencia de culpa.

OBLIGACIONES DE NO HACER (PRESTACIÓN DE NO HACER)

Es una obligación negativa que consiste en la abstención, omisión o una falta de acción por parte del deudor.

No es común ver una obligación de no hacer independientemente de las otras; por el contrario, casi siempre se pactan simultánea o conjuntamente. V. gr., en el contrato de

arrendamiento existe una obligación de dar (pagar la renta) una obligación de hacer (restituir el bien al término del plazo) y una de no hacer (no arrendar el mismo bien).

En efecto, es una obligación negativa que consiste únicamente en abstenerse de realizar cierto tipo de conductas o tolerar ciertas actividades del acreedor, y que su incumplimiento permite al acreedor exigir la ejecución forzada de la prestación, a destrucción de lo indebidamente hecho o la correspondiente indemnización.

Se distinguen dos supuestos de prestaciones de no hacer, estos son:

- i) Mantener un no hacer, es decir, conservar la inexistencia de actividad antes y después del acuerdo, este supuesto ocurre cuando existe una situación caracterizada por la inexistencia de actividad antes de celebrado el convenio. El acuerdo estipula que dicha situación deberá mantenerse inalterable por una de las partes: el deudor. Se trata de un no hacer en sentido puro.

A su vez, esta conducta nos permite distinguir dos subtipos de conductas omisivas: (i) mantener un “no hacer” de ejecución instantánea, es decir, una conducta que se ejecuta en un momento único, en una sola actividad y, (ii) mantener un no hacer mediante una conducta duradera a lo largo de un periodo determinado.

ii) Cesar un hacer, consiste en dejar de realizar una actividad específica que se ha venido ejecutando antes del convenio. Consiste en dejar de realizar una actividad específica que se ha venido ejecutando antes del convenio. Se trata de una prestación de hacer pero de signo negativo: el deudor se compromete a “cesar” las actividades que estaba realizando. Aquí ya no estamos ante una obligación de no hacer en sentido puro.

Este supuesto también comprende dos subtipos de conducta omisiva: (i) un dejar de hacer de ejecución instantánea o inmediata; y (ii) un dejar de hacer de ejecución duradera.

- a) Dejar de hacer de ejecución instantánea. Bajo esta modalidad se pacta dejar de hacer una determinada actividad en un momento específico, es decir, su cumplimiento se da en un solo acto. La inobservancia de este tipo de conducta omisiva, ocurre cuando el deudor realiza la conducta vedada justo en el momento en que, según el pacto, debía dejar de realizarla.
- b) Dejar de hacer de ejecución duradera. Esta modalidad supone la realización de una actividad previa al contrato, que deberá dejar de realizarse o hacerse durante un tiempo o periodo más o menos prolongado mientras dure el contrato.

Mora del deudor en las obligaciones de no hacer

Se señala que (la constitución en mora se justifica si existe retardo en el cumplimiento de la obligación pero no cuando se viola la abstención u omisión. En las obligaciones de no hacer no existe mora sino inejecución).

Incumplimiento de la obligación de no hacer por culpa del deudor

El acreedor puede tomar las siguientes alternativas:

- Exigir la ejecución forzada.
- El acreedor puede exigir que se destruya lo que se hubiese ejecutado o, en su defecto, que se le autorice a destruirlo por cuenta del deudor.
- El acreedor podrá dejar sin efecto la obligación.
- Adicionalmente, el acreedor puede exigir el pago de la indemnización por daños y perjuicios.

OBLIGACIONES DE RESULTADOS

Hay relaciones obligatorias caracterizadas por la dirección de las prestaciones hacia la producción de una finalidad o resultado (por ejemplo, contrato de transporte), o por el puro empeño del deudor para la realización de un comportamiento diligente (por ejemplo, contrato de servicios profesionales del médico o del abogado).

A diferencia de las obligaciones de medios, las cuales requieren solo la diligente observancia del comportamiento pactado, independientemente de su fructuosidad en relación con el fin perseguido por el acreedor, en la obligación de resultado, la satisfacción efectiva del interés de una parte es asumido como contenido esencial e irreducible de la prestación. Por ello, el cumplimiento coincide con la plena realización del fin perseguido por el acreedor, independientemente de la actividad y de la diligencia procuradas por la otra parte para conseguirlo. Por lo tanto, la obligación de resultado puede considerarse cumplida solo cuando se haya realizado el evento previsto como consecuencia de la actividad desarrollada por el deudor, en identidad con la previsión negocial y con la complejidad cuantitativa y cualitativa de los efectos previstos, y, por el contrario, no puede considerarse cumplida si la actividad del obligado, por más diligente que fuere, no ha valido para lograr el resultado previsto.

La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado tiene que ver con la dimensión de la responsabilidad, es decir, no tanto con el control de la diligencia empleada en la ejecución de la prestación (*quomodo respondeatur*), sino con el control de la exigibilidad de la prestación (*quantum respondeatur*). En otras palabras, se busca establecer si es suficiente el haber empleado los medios necesarios, dictados por la diligencia profesional, o si, por el contrario, se

debe garantizar la satisfacción íntegra del interés creditorio, sin importar el esfuerzo que ello demande al deudor.

Así ha ocurrido en el supuesto de la obligación del profesional, en lo que atañe a los medios, y en el de la obligación del contratista, en lo que atañe a los resultados.

La determinación de las dos esferas de relaciones se sujeta, sin embargo, a fuertes contrastes de opinión. Son muy numerosas las figuras de incierta ubicación o de sistematización intermedia. Las dudas más graves nacen por el hecho de que la distinción se basa en nociones distintas de “resultado”, una de ellas influye desde el exterior, en la razón de ser de la prestación, pero se mantiene extraña a la obligación, la otra está comprendida en la esfera de la prestación, pero es fruto de un comportamiento que es igualmente debido y que constituye, de todas formas, un momento especial del contenido del deber.

Además, el hecho de que la prestación sea siempre un comportamiento dirigido a la satisfacción del crédito es, por lo tanto, difícil de rebatir. El comportamiento suele indicar el contenido del deber. En efecto, la ejecución de las prestaciones no es algo que se origine “por arte de magia”, sino que necesariamente implicará la realización de actividades por parte del deudor.

Esas actividades no constituyen otra cosa que la ejecución o pago de una obligación civil. De allí que si la obligación se ejecuta como aspira

el Derecho, estaremos en presencia de un cumplimiento idóneo, y, en la medida que el mismo se aleje de dicha idoneidad, entraremos al terreno del cumplimiento parcial, tardío o defectuoso o, simplemente, habremos llegado al campo de la inejecución total de la obligación.

Así, la ejecución de una prestación no puede ser vista como medio para cumplir, pues ejecutar una prestación constituye el cumplimiento propiamente dicho de la misma.

Por último, en tema de la prueba, debe efectuarse de acuerdo con lo prescrito en el Código Civil peruano de 1984, vale decir, que se regirá por lo dispuesto en los artículos 1329, 1330 y 1331 de dicho cuerpo sustantivo.

OBLIGACIONES DIVISIBLES

Son aquellas obligaciones que pueden ejecutarse por partes, sin afectar la materialidad del bien. V. gr. una suma de dinero, una determinada cantidad de carpetas, una tonelada de espárragos, etc.

Las obligaciones divisibles se desprenden de la propia naturaleza de la prestación. V. gr. si el patrimonio contenido en la prestación es divisible, la obligación será divisible, y si, por el contrario, dicho patrimonio no puede dividirse, la obligación será indivisible.

Para nuestro sistema civil, por interpretación a contrario del artículo

1175 del Código Civil, una obligación divisible lo es si no se opone a la naturaleza de la prestación, al acuerdo de las partes o a ley.

La divisibilidad de la obligación con pluralidad de sujetos

Cada acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento de su parte en la obligación; de la misma manera, cada deudor estará obligado a pagar solo su parte.

El derecho o la obligación de cada sujeto es independiente de los derechos y obligaciones de los demás sujetos, es decir, es un derecho exclusivo. Se puede producir en el origen de la relación o de manera derivada; en ese sentido, una pluralidad originaria será por ejemplo la garantía personal que varios sujetos otorgan a favor de otros tantos acreedores mutantes, el contrato de locación de servicios celebrado entre varios locatarios y diversos comitentes para realizar diversos trabajos, o las inmisiones causadas por varias compañías a un pueblo, que deriven en responsabilidad excontractual. A su vez, la pluralidad de sujetos puede ser derivada, como consecuencia básicamente de la transmisión de las obligaciones, ya sea por acto entre vivos (un contrato de subrogación, cesión de créditos, etc.), o por efectos de una sucesión hereditaria.

La prestación contenida en la obligación es de naturaleza divisible

Las obligaciones de dar son divisibles cuando tienen por objeto la entrega de sumas de dinero o de otras

cantidades, o cuando, teniendo por objeto la entrega de cosas inciertas no fungibles, comprenden un número de ellas de la misma especie, que sea igual al número de acreedores o su múltiplo. De este modo solo se pueden entregar 10 autos a 2, 5 o 10 acreedores, pero no sería divisible la obligación si el número de acreedores concurrentes fuera 3, 4, 6, 7, 8 o 9. Sobre los deudores, suponemos que en este extremo también existe la misma idea.

La presunción de igualdad opera tanto para los créditos como para las deudas, así, el acreedor que pretenda mayor porción deberá probarlo y, en caso de no poder hacerlo se presumirá que su parte es igual a las demás. Asimismo, el deudor que alegue una menor porción no bastará que lo diga, sino que lo pruebe, de no hacerlo, pagará una porción igual a la de los demás.

Se produce como consecuencia de falta de norma expresa en contrario, o de acuerdo de las partes en el título de la obligación o de las circunstancias del caso. Veremos en seguida cada una de estas excepciones:

a) La ley.- El Código Civil tiene varios ejemplos en los que la norma quiebra la presunción de igualdad de las cuotas planteada por este artículo, por ejemplo, el artículo 1347 que obliga a los herederos a satisfacer la cláusula penal en la proporción de su herencia; el artículo 1887 que

explica el beneficio de división por el cual cada fiador de mandado puede exigir que el acreedor reduzca la acción a la parte de la deuda que le corresponde, o el 1961 que, en la promesa unilateral, permite exigir a varias personas el cumplimiento de la prestación en atención a la parte que cada una aportará al resultado.

b) El título de la obligación.- Permite que las partes puedan ponerse de acuerdo en el título de la obligación sobre la forma o proporción como se van a dividir el cumplimiento de la prestación o la exigencia del crédito.

c) Las circunstancias del caso

d) Obligaciones autónomas e independientes.- Sin embargo, la doctrina discute si una obligación divisible supone su conversión en varias obligaciones indivisibles entre sujetos individualizados y determinados, o se mantiene el carácter de obligación única con contenido complejo.

OBLIGACIONES FACULTATIVAS (PRESTACIONES FACULTATIVAS)

Tienen por objeto una sola prestación, pero el deudor tiene la facultad de liberarse ejecutando una prestación distinta, no pudiendo ser rechazada por el acreedor. Son aquellas donde el deudor está obligado a ejecutar una prestación determinada,

pero en el mismo negocio de la celebración se ha reservado el derecho de cumplir con otra prestación que también, como la anterior, está determinada. Por lo tanto, si el objeto que se debe perece por caso fortuito o si la prestación debida es ilícita, la obligación se extingue.

Ejemplo: Renato se compromete a entregar a Aníbal un automóvil de marca Toyota, a no ser que convenga

poder entregarle la suma de \$10 000; se considera la entrega del vehículo la pretensión principal, pero tiene la particularidad de haberse reservado el deudor la facultad de poder cumplir la obligación con otra prestación determinada.

En las obligaciones facultativas la elección siempre corresponde al deudor; el acreedor solo podrá exigir el cumplimiento de la prestación.

OBLIGACIONES ALTERNATIVAS	OBLIGACIONES FACULTATIVAS
<ul style="list-style-type: none"> • Existe una pluralidad de prestaciones. • Existe el derecho de elección • Si desaparece una de las prestaciones subsisten las demás. • Cuando demanda judicialmente, debe reclamar todas las prestaciones debidas, para permitir la elección del deudor. 	<ul style="list-style-type: none"> • Existe una sola prestación. • Solo existe un <i>ius variandi</i>. • Si desaparece la obligación principal se extingue la obligación. • Cuando se demanda judicialmente se reclama solo la prestación debida, a la cual deberá ser condenado el deudor. Luego de la sentencia, el deudor podrá invocar la facultad que se le concede, de liberarse con la otra prestación.

La denominación de obligación facultativa es impropia porque lo que está en juego no es la obligación, sino la prestación que es materia de la obligación. Es decir, la obligación de prestación facultativa es aquella en la cual se debe un solo objeto; pero el deudor tiene la facultad de poder sustituirlo, con conocimiento y aprobación del acreedor, con otro objeto señalado al nacer la obligación. Los romanos al referirse a esta clase de obligaciones la definieron como una *res in obligatione duae in solutione*. Propiamente se trata de una obligación simple, porque uno solo es el objeto prometido,

con la particularidad de que en este tipo de obligaciones, a diferencia de los otros casos de obligaciones simples, el deudor puede reemplazar dicho objeto por otro que de antemano conocía y había aceptado el acreedor. En este tipo de obligaciones la prestación principal está *in obligatione* y la accesoria *in facultate solutione*.

Aunque la prestación accesoria sea válida o posible de cumplir, la obligación principal se extingue cuando es nula o imposible. Vale la pena aclarar que cuando el Código Civil se refiere a la imposibilidad de cumplir

con la prestación principal, está aludiendo a aquellos hecho' ajenos a la voluntad del deudor no imputables a este, es decir, estamos frente al caso fortuito o la fuerza mayor, por lo que no existiendo culpa en aquel, la obligación se extingue; y por lo tanto, no estando obligado a cumplir con la principal, tampoco queda obligado a satisfacer su obligación con la accesoría, puesto que la accesoría sigue el destino de la principal.

La obligación deja de ser facultativa en cuanto solo existe una sola prestación que es la principal, por haber desaparecido o perecido la accesoría o sustitutoria, cuya imposibilidad o inexistencia no la afecta. La obligación subsiste, puesto que es la única debida, por lo que carecería de sentido que el acreedor pretendiera reclamar la accesoría, mucho más si se tiene en cuenta que el único que tiene la facultad de elección es el deudor. La situación del acreedor en las obligaciones facultativas no le permite exigir la prestación accesoría, dado a que esta última solo queda en facultad del obligado.

OBLIGACIONES INDIVISIBLES

Las obligaciones indivisibles son aquellas que no pueden cumplirse de manera fraccionada, ya sea por la naturaleza misma de la prestación (Por ejemplo, la entrega de un caballo de carrera), o bien por el modo en que la prestación ha sido considerada por

las partes contratantes (Por ejemplo, Quien adquiere una serie completa de estampillas acordándose que serán otorgados en su conjunto).

Serán indivisibles las obligaciones de dar bienes ciertos no fungibles que deban entregarse por unidades. Por ejemplo, un automóvil, o varios bienes cuando su cantidad no coincide con el número de acreedores. Igualmente, serán indivisibles las obligaciones de hacer, cuando tengan por finalidad una obra determinada, como pintar un cuadro para un artista o tener que realizar una operación para un médico. Las obligaciones de no hacer son, por lo general, obligaciones indivisibles, como guardar el secreto sobre una fórmula química o no divulgar un proyecto empresarial.

Conviene precisar que las obligaciones pueden ser divisibles o indivisibles, mas su cumplimiento deberá ser siempre indivisible (principio de integridad), conforme con lo dispuesto en el artículo 1221 del Código Civil, de modo que estas categorías solo son dominantes en el análisis legal cuando se trata de conocer sus efectos en el marco de la concurrencia de una pluralidad de sujetos.

El concepto legal de la obligación indivisible para nuestro sistema jurídico es de dos maneras, cuando no es susceptible de división, y cuando no se puede cumplir de forma parcial. En el primer caso, la definición responde a la naturaleza de la prestación; en el segundo, a la ley o al acuerdo entre las partes.

Cuando concurren varios acreedores y deudores en una obligación indivisible, cualquiera de los acreedores puede exigir a cualquiera de los deudores la ejecución de la obligación indivisible, dada la circunstancia de que el acreedor no puede demandar partes de lo que es natural o intrínsecamente indivisible (éste es el caso de la denominada concurrencia activa). El deudor queda liberado si paga conjuntamente a todos los acreedores o a alguno de ellos, siempre y cuando dicho acreedor garantice a los demás el reembolso de dicha obligación.

Los efectos de las referidas obligaciones están regidos por dos principios fundamentales: el de la propagación y el de la prevención.

a) **Principio de propagación.**- Consiste en que los hechos ocurridos entre uno de los coacreedores y uno de los codeudores relacionados con el cumplimiento de la prestación debida, producen efectos entre ellos y, por extensión, respecto de los demás coacreedores y codeudores. Por el contrario, no se propagan los efectos de los hechos independientes de la prestación, ocurridos entre uno de los coacreedores y uno de los codeudores que solo tienen virtualidad para ellos.

b) **Principio de prevención.**- En virtud del principio de prevención el coacreedor que demande el pago de la deuda a uno de los codeudores, tiene derecho a que el pago le sea hecho a él; de igual

manera, por su parte, el codeudor demandado es el llamado a pagar la deuda y solo puede hacerlo en manos del acreedor que previno.

El artículo 1177 del Código Civil contempla, de modo general, aquellos casos en que opera la indivisibilidad con respecto a los herederos o sucesores del causante, ya sea este acreedor o deudor, teniendo en cuenta que las obligaciones indivisibles, dada la naturaleza de la prestación que no permite su fraccionamiento ni división, pasan además por imperio de la ley a los sucesores. Se diría que esta es una forma también de indivisibilidad legal.

Por último, la consolidación solo es posible cuando el crédito y la deuda llegan a formar parte del mismo patrimonio, y en tal sentido deberá entenderse la disposición legal comentada, porque resulta imposible que un mismo sujeto de derecho posea más de un patrimonio, dado que una de las características de este es el de ser indivisible, y si es verdad que transitoriamente recibe vía sucesión el patrimonio de su causante (que comprende el activo y el pasivo), dicho patrimonio pasa a integrar el suyo, consolidándose la deuda o el crédito que hubiere tenido con respecto a aquel.

OBLIGACIONES MANCOMUNADAS

En la obligación mancomunada existen varios acreedores y un solo objeto debido. En ella) cada deudor

está obligado únicamente al pago de su cuota y cada acreedor no puede exigir sino igualmente su cuota.

Sus principales características son:

- Pluralidad de sujetos. Que puede ser de acreedores, de deudores o también de acreedores y deudores, fuera de este supuesto, habiendo un solo acreedor y un solo deudor, aunque la prestación sea divisible o susceptible de cumplimiento parcial, la obligación debe cumplirse como si fuera indivisible, sin poder obligar al acreedor a recibir pagos parciales, ni al deudor a hacerlos.
- Vínculo único obligatorio. Para todas las partes.
- Prestación divisible. En tantas partes como sujetos existan.

Se dice que existe mancomunidad cuando cada deudor debe y cada acreedor tiene derecho solo a una parte de la prestación total. Por lo tanto, en realidad hay varias obligaciones y cada una recae sobre una prestación consistente en una fracción de dicha prestación total.

Cabe señalar que las obligaciones mancomunadas se diferencian de las obligaciones divisibles, pues las primeras están referidas a la forma como se vincularon los sujetos de la relación obligatoria y las segundas, a la posibilidad de cumplir parcialmente la prestación. Por otro lado, en las obligaciones solidarias cada deudor responde por el total de la obligación.

La solidaridad no se presume, debe ser expresa, así lo dispone expresamente el artículo 1183 del Código Civil.

Se precisa que en el caso de obligaciones mancomunadas y solidarias no resulta fundamental la naturaleza de la prestación (si es indivisible o no, aunque se rigen por las reglas de las obligaciones divisibles), sino la manera en que las partes [acreedor(es)-deudor(es)] han pactado su cumplimiento y se han obligado entre sí y respecto de la otra parte; en tal sentido, una obligación en la cual exista pluralidad de acreedores o deudores será mancomunada, a menos que se pacte lo contrario, esto es, la solidaridad de manera expresa; vale decir, entonces, que la prestación a cargo de los deudores será susceptible de cumplimiento fraccionado respecto de los acreedores, y la exigibilidad de la misma por parte de estos a aquellos también lo será, respondiendo cada deudor frente al acreedor por su fracción correspondiente en el cumplimiento total de la prestación, y pudiendo exigir cada acreedor a cada deudor solo su participación en el total de la prestación.

Son obligaciones simplemente mancomunadas aquellas en las que cada deudor debe pagar su cuota-parte de la deuda, y cada acreedor puede reclamar solo su cuota-parte del crédito, cuando habiendo varios acreedores o deudores y un solo objeto, cada deudor está obligado al pago de su cuota y cada acreedor solo puede exigir su parte, la insolvencia de uno

de los deudores de obligación mancomunada debe ser soportada por el acreedor, y no por los otros deudores, porque aquí no se establece entre los codeudores ninguna relación jurídica o económica que cree entre ellos una comunidad de intereses o justifique una recíproca garantía a favor del acreedor.

No constituyen supuestos de pluralidad de sujetos: las asociaciones, en las cuales los miembros de la misma no están obligados por las deudas de la entidad ni son titulares de los bienes que a ella pertenezcan; las sociedades, en las que cada socio no es acreedor ni el deudor de su propia parte, los titulares sucesivos, la novación por cambio de acreedor o deudor, cesión de créditos, pago con subrogación; por último, si se tuviese una obligación que reuniese a la vez las calidades de divisible y mancomunada, le serán de aplicación las normas de las obligaciones divisibles, porque las obligaciones mancomunadas carecen de normativa propia, y las mismas se encuentran reguladas por las reglas que rigen a las primeras, en virtud de lo dispuesto por el artículo 1182.

OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Las obligaciones solidarias pertenecen a las denominadas “obligaciones subjetivamente complejas”, es decir, aquellas caracterizadas por la concurrencia de una pluralidad de sujetos

en la misma parte de la relación, es decir, todos como deudores o acreedores, existiendo incluso autores que denominan a esta clase de obligaciones como “obligaciones de pluralidad subjetiva”. La problemática de las obligaciones subjetivamente complejas se centra, entonces, en los grados de vinculación entre la pluralidad de sujetos que conforman, en conjunto y en la misma posición, cada uno de los polos de la relación obligatoria.

Se exige la pluralidad de sujetos, ya sea como acreedores o como deudores. Cada uno de los acreedores tiene la facultad de exigir a cualquiera de los deudores el cumplimiento total de prestación y, de la misma manera, cada uno de los deudores está obligado por el total de la prestación, no pudiendo oponerse al pago cuando le sea exigido.

El cumplimiento de la obligación siempre debe ser por la totalidad, a pesar de que la prestación en sí sea divisible, por ejemplo: una cantidad de dinero que es de naturaleza divisible, pero si forma parte de una relación jurídica solidaria, cualquiera de los acreedores puede exigir el pago total y cualquiera de los deudores está obligado al pago total.

Características:

- Pluralidad de sujetos o vínculos, cualquiera de los cuales puede cumplir o exigir la prestación debida, liberando o efectivizando, el débito o el crédito, según

se trate de una solidaridad pasiva o activa, atendiendo a que la pluralidad se constate en el plano de la parte deudora o acreedora, aunque más que un elemento, debería enfocarse como un presupuesto (de tal efecto), porque no se coloca dentro de la obligación, sino fuera de ella y se revela antes de su existencia.

En obligación solidaria es necesario que para la pluralidad de deudores o acreedores dicha obligación surja del mismo hecho generatriz, o al menos, se señala, de hechos coaligados con nexos tales que hagan que ellos puedan ser considerados como un complejo unitario frente al efecto que de él deriva; dicho razonamiento es vital para entender, dentro de la fenomenología de las obligaciones solidarias, el hecho de que en ellas la prestación es considerada idéntica para cada deudor o acreedor, de lo que se deduce que el cumplimiento en ellas es alternativo, es decir, basta solo la verificación de uno para la extinción de la obligación solidaria con respecto a todos los sujetos vinculados.

- Identidad prestacional, porque la prestación es considerada bajo el perfil, no ya estático y descriptivo, sino dinámico y prescriptivo; lo que se revela en el mismo momento extintivo de la obligación: la prestación de cada obligado tiene una misma valoración, no porque todos los obligados están constreñidos a un mismo

comportamiento, sino porque basta con la verificación de una de las prestaciones para la satisfacción del interés del acreedor, originando la consecencial extinción de la obligación.

En efecto, en la obligación solidaria hay unidad de objeto o prestación y pluralidad de vínculos, tantos cuantos sean los deudores o acreedores solidarios que intervienen en la relación obligatoria. Siendo así, nada obsta para que cada uno de los sujetos deudores o acreedores esté vinculado de distinta forma con el acreedor o deudor común, respectivamente.

El artículo 1183 del Código Civil señala que la solidaridad no se presume, solo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa. La solidaridad debe quedar establecida por las partes al constituirse la obligación o, en su defecto, esta debe ser dispuesta por la ley.

En caso de fallecimiento de uno de los deudores solidarios, la deuda se dividirá entre sus herederos en proporción a sus participaciones en la herencia.

■ ORDEN PÚBLICO

El orden público es el conjunto de principios que se encargan de regular el funcionamiento de la sociedad en un tiempo y lugar determinado. Incluyen principios de tipo social,

económico, moral, etc. No debe realizarse una equiparación entre dicho concepto y el de “orden” entendido en el sentido de paz pública o aquella situación en la que la situación de un espacio se encuentra en estado de quietud o calma.

Además, teniendo en cuenta la definición debe quedar claro que el concepto de orden público no es un concepto estático sino que el mismo variará de sociedad en sociedad y dentro de una misma sociedad a

lo largo del tiempo, por ello es necesario tener una concepción dinámica del mismo. Así por ejemplo, el artículo V del Título Preliminar del Código Civil establece la nulidad del acto jurídico por “contrariedad a las normas que interesan al orden público”, aquello a fin de poder contar con un elemento amplio, a efectos de poder calificar la conducta de los particulares a través de los negocios jurídicos por ellos celebrados.

■ PAGO (CUMPLIMIENTO)

El cumplimiento consiste en ejecutar la prestación debida, sin importar la naturaleza de esta. Igual significado tiene la palabra pago, pero que conforme a la costumbre comercial esta más referida al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias. El cumplimiento del deudor es un acto material, no es un negocio jurídico, puesto que se trata de una prestación debida poco importa la voluntad del deudor (no importa si quiere pagar o no, solo la intención de pagar), tampoco importa la voluntad del acreedor si él obtiene materialmente lo que correspondía.

Requisitos generales para la validez del pago

- La preexistencia de una obligación. Solo si la obligación es previa puede entenderse el pago.
- La intención de pagarlo. Es el *animus solvendi* lo que lo diferencia de otros negocios.
- El cumplimiento de la prestación debida. Es el pago de lo que se

debe. La regla es que el acreedor no puede ser obligado a recibir un bien distinto del que ha sido materia de la celebración. Igualmente, el acreedor no puede ser obligado a recibir el pago por partes; no obstante si el acreedor acepta, el pago puede tener eficacia.

- La existencia del acreedor y del deudor. Sin deudor no hay deuda ni pago, y sin acreedor no hay crédito que pagar.

Requisitos especiales para la validez del pago

La capacidad plena en el deudor. Es indispensable para lograr la transferencia de disposición o de enajenación. Un incapaz privado de discernimiento no puede efectuar un negocio válido de enajenación.

Se exige la auténtica propiedad del deudor respecto del bien que transfiere.

Solo reuniendo ambos requisitos, el deudor podrá realizar un pago inatacable e inimpugnable.

Persona a quien debe efectuarse el pago

El pago extingue la obligación cuando se efectúa ante el acreedor o ante el designado por el juez o la ley. Igualmente se considerará extinguida cuando se realice ante una persona no autorizada, pero que ha sido ratificada o el pago haya sido aprovechado por el acreedor. Sin embargo, no podría el acreedor pretender un pago adicional, porque constituiría un enriquecimiento indebido. El pago también se puede realizar a quien está en la posesión del derecho.

El pago realizado a incapaces sin asentimiento de sus representantes legales no extingue la obligación. Si se prueba que el pago fue útil para el incapaz, se extingue la obligación en la parte pagada. Se protege al incapaz que no podría aprovechar útilmente aquello que se le pueda dar en pago.

La prueba del pago

La prueba del pago incumbe a quien pretende haberlo efectuado, lo que equivale a decir que corresponde al deudor la carga de la prueba. Si no se le otorga el recibo correspondiente, el deudor queda facultado para retener el pago, por cuanto el recibo constituye la declaración escrita del acreedor aceptando la satisfacción del pago.

Lugar de pago

El lugar en que debe realizarse el pago es sumamente importante para

la determinación de la competencia judicial para efectos procesales y para la determinación de la legislación aplicable en el Derecho Internacional privado.

Plazo del pago

El pago debe ser efectuado el día de vencimiento de la obligación, lo cual depende del plazo que se haya estipulado.

Si no se hubiera estipulado el plazo, el acreedor podría exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación. Sin embargo, cuando por la naturaleza o circunstancias de la obligación pudiera deducirse que le quiso conceder el plazo, entonces corresponderá fijarlo al juez.

PAGO CON TÍTULOS VALORES

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley de Títulos Valores, Ley N° 27287, los títulos valores representan o incorporan derechos patrimoniales. Incorporar es materializar algo, en este caso el derecho que es una cosa incorporal, se materializa cuando se consigna en el título, formándose tal vinculación que se confunde el derecho con el mismo título. La forma de probar el derecho es con el título original. Los títulos valores son papeles o documentos que llevan en sí un valor económico y jurídico, porque el papel contiene un derecho real o de participación social, o expresa

una obligación o promesa formal y rigurosa. El valor no existe sin el documento. El valor no existe sino en cuanto el papel concentra en sí el derecho. Todo título valor se emite o se transmite obedeciendo a una motivación o causa generatriz, que aunque ella no se revela en determinada clase de títulos, permanece en forma subyacente.

Para ello, resulta pertinente mencionar que el principio de incorporación obligacional en los títulos valores consiste en que las obligaciones pecuniarias se materializan en el título valor mediante la incorporación del derecho al título, de tal manera que la obligación deja de ser abstracta y pasa a ser concreta; quien tiene el título, tiene el derecho, lo que no existe en él no es exigible como derecho, y este derecho incorporado al título valor, que junto con el de literalidad, autonomía, legitimación activa y pasiva y buena fe, son los principios jurídicos que sustentan a los títulos valores.

La entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago no extingue la obligación, sino cuando ellos hubiesen sido pagados o por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. V. gr.: No protestar o no iniciar la acción cambiaria oportunamente. La regla es que el pago no se realiza sino basta cuando se satisface el documento; mientras la orden o promesa de pago no se realice, la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Respecto al artículo 1233 del Código Civil se suele interpretar que regula el pago con títulos valores; sin embargo, la norma expresamente se refiere a la entrega de títulos valores, regulando en todo caso los efectos de esta entrega. En el primer párrafo de este artículo está prevista la regla general y se establece que la entrega de títulos valores solo produce el efecto de pago cuando estos hayan sido pagados o realizados. En este supuesto no existe ningún problema por cuanto el pago de una obligación dineraria es siempre pro soluto. Por el contrario y teniendo en cuenta que la entrega de títulos valores en obligaciones dinerarias es *pro solvendo* (pago prometido), el efecto liberatorio previsto en el segundo párrafo del artículo 1233 sí resulta una manera singular de extinguir obligaciones, siendo la regla que el acreedor por su culpa o negligencia permita que el título valor se “perjudique”.

Dicho artículo permite el pacto en contrario, en el sentido de que las partes que realicen el pago utilizando el título valor, pueden acordar que ese pago es definitivo, es *pro soluto*, en el caso frecuente de pagos hechos con cheques de gerencia.

El tema de la relación causal y de la relación cambiaria tiene particular significación en el marco del artículo 1233 del Código Civil, pues la gran preocupación del acreedor radica en conocer con precisión cuándo se perjudica un título valor y cuándo es realmente por culpa del acreedor,

pues con esta noticia podrá prever y adoptar las medidas conducentes para que ello no ocurra.

Tal vez en el contexto cambiario, como está ocurriendo en la práctica, podría admitirse que se “perjudica” un título cuando se omite cualquier formalidad, pero en la exposición de motivos de nuestro actual Código Civil, el concepto de “perjuicio” no está referido a cualquier omisión formal o ausencia de validez o cualquier otra causa de pérdida de acción cambiaria, sino exclusivamente a:

- Omitir el protesto dentro del plazo de ley.
- No realizar el protesto de manera adecuada.
- No ejercitar dentro del plazo de ley las acciones por derecho de cambio.

En el ejercicio de la defensa técnica y en la práctica jurisdiccional sí se ha venido tratando al perjuicio como cualquier falta de formalidad esencial.

■ PAGO INDEBIDO

Es la ejecución de una conducta consistente en dar, hacer o no hacer por parte de una persona (que afecta su esfera patrimonial) a favor de otra con el fin de extinguir una supuesta relación obligatoria que no hay. No tiene como base una obligación previa subsistente. No he querido usar el término prestación porque como

no hay una relación obligatoria no podemos hablar de un elemento suyo (que es la prestación), que es entendida como el comportamiento comprometido que el sujeto deudor desarrolla con el propósito de satisfacer el interés del sujeto acreedor. El sujeto cree estar realizando una prestación para extinguir una relación obligatoria, la cual al no preexistir no ocurre.

Para que se configure el denominado “pago indebido” son necesarios ciertos requisitos:

1. ***Animus solvendi***: hace mediar la intención de extinguir una deuda.
2. **Inexistencia de la relación obligatoria entre el adquirente y el solvens**: sobre este nivel se ven dos tipos de pago indebido que siempre han estado vivos en la conciencia jurídica, y que ya fueron formuladas por la doctrina romana:
 - a) P. I. Objetivo: Se realiza un desplazamiento patrimonial en detrimento del deudor en atención a un título que no existe o es inválido, o ineficaz.
 - b) P. I. Subjetivo: Sucede que se quiere extinguir una obligación existente frente a un no acreedor (*ex persona accipientis*) o se cree deudor de una obligación (*ex persona debitoris*).

Las dos figuras de pago indebido subjetivo vienen a estar situadas en el mismo plano, toda vez que

incluso la prestación ejecutada por el deudor a favor del no acreedor podría, a veces, incidir sobre la relación obligatoria existente entre el que paga y el verdadero acreedor; o incidir en la relación obligatoria del cual el *solvens* se creía deudor ya que actúa como un tercero en pagar la deuda del verdadero deudor, por lo que se configuraría un pago por tercero contemplada en el artículo 1222 del Código Civil.

Así tendría dos vías para que se le restituya su patrimonio: el pago indebido y las reglas de pago realizado por tercero, frente al acreedor y deudor respectivamente.

3. Error del *solvens*: puede ser error de hecho o error de derecho.

- Error de hecho: cuando no se debía nada o es pagado a otro.
- Error de derecho: se da por la ignorancia a las leyes o mal conocimiento de ellas.

Pero no todo error del *solvens* debe ocasionar una acción de repetición, la protección al *solvens* debe quedar eliminada cuando este ha ignorado culposamente la realidad, es decir, con una normal diligencia, pudo evitar el error. Claro que esto varía cuando el adquirente lo haya inducido al error. Pero aun así, no es necesario la presencia del error para que se dé la acción de repetición, ya que el fin de esta acción es evitar

que se realice un desplazamiento patrimonial no debido por ausencia de una relación obligatoria entre las partes actuantes, no deberíamos solo limitarnos a que se dé solo por error del *solvens*, ya que podría darse también cuando:

- Se tiene dudas sobre un derecho y para evitar una posible demanda judicial se efectúa el pago.
- Se está en un proceso de dar una suma de dinero, pero por las circunstancias no hay probabilidades de ganar en el proceso judicial y para evitar un daño mayor, se efectúa el pago.

El efecto jurídico elemental que produce el pago indebido es la restitución de las cosas al estado que tenían antes de verificarse el mismo, para lo cual se concede al *solvens* la acción de repetición (*condictio indebiti*) con la cual se impone al adquirente la devolución de lo dado indebidamente y si no es posible, el pago de su valor. Pero los efectos varían según las circunstancias en que se encuentre el adquirente al recibir el bien (sea derecho o cosa) entrando a tallar como determinante la mala fe o buena fe del que recibe.

PAGO POR CONSIGNACIÓN

La consignación es el negocio mediante el cual el deudor deposita la prestación debida ante un tercero para que sea entregada al acreedor.

Es una forma de pago indirecto que tiene lugar cuando el acreedor se niega a recibir el pago o cuando el deudor no está en condiciones de verificar directamente un pago válido.

Requisitos

- Que el deudor haya ofrecido al acreedor el pago de la prestación debida o que lo haya puesto a disposición de la manera pactada en el título de la obligación.
- Que el acreedor muestre su negativa de recibir el pago, de manera injustificada y expresa, aunque puede ser tácita. V. gr.: Respuestas evasivas, inconcurrencia al lugar pactado en el día y hora señalados para el cumplimiento, rehusar a entregar recibo.
- Que se realice el depósito judicial de la prestación.

Procede en los siguientes casos:

- Cuando el acreedor fuera incapaz sin tener representante o curador.
- Cuando el crédito fuera litigioso o lo reclamen varios acreedores.
- Cuando se hubiese pactado expresamente esta manera de hacerlo.
- Cuando no estuviese establecida contractualmente la forma de hacer el pago.
- Cuando por causa no imputable, el deudor no puede cumplir de la manera prevista.

- Cuando el acreedor no sea conocido o sea incierto.
- Cuando se ignore el domicilio del acreedor.
- Cuando el acreedor se encuentre ausente sin tener representante o curador.

Ofrecimiento extrajudicial

Solo existen dos formas de ofrecimiento extrajudicial:

Cuando las partes hayan pactado en el negocio el ofrecimiento mediante carta notarial cursada al acreedor. En este caso, es necesario observar dos situaciones determinadas por la fijación o no de la fecha de cumplimiento. Si la fecha de cumplimiento estuviese determinada con precisión en el pacto, la carta notarial debe cursarse con una anticipación no menor de cinco días.

Efectos de la consignación

- El pago se reputa válido con efecto retroactivo a la fecha de ofrecimiento.
- El deudor queda liberado de su obligación, cualquiera fuese su naturaleza.
- Dejan de correr los intereses en contra del deudor, sean legales o convencionales.
- Cesa también la mora.
- Las garantías, reales o personales dejan de tener vigencia.

- Los riesgos de pérdida o deterioro pasan a cargo del acreedor.
- Cesa la aplicación de las cláusulas penales.
- Los gastos del depósito y del retiro de la consignación son de cuenta del acreedor.
- Los gastos propios de la consignación son de cuenta del deudor.

Desistimiento del ofrecimiento de pago

El artículo 1255 del Código Civil prescribe que el deudor puede desistirse del pago ofrecido y, en su caso, retirar el depósito efectuado, en los casos siguientes:

- Antes de la aceptación por el acreedor.
- Cuando hay oposición, mientras no sea desestimada por resolución con autoridad de cosa juzgada.

PAGO POR TERCERO (EJECUCIÓN DE TERCERO DEL DÉBITO AJENO)

La obligación puede ser cumplida por un tercero (no obligado), el interés que tenga el tercero para pagar la deuda ajena puede ser variado, puede ser un tercer adquirente de un inmueble hipotecado, que paga la deuda a fin de extinguir dicha garantía, o el padre que paga la deuda de su hijo.

Esto es, el tercero cumple autónomamente, es decir, sin ser representante, gestor, mandatario, auxiliar, etc., del deudor; en otros términos, no encamina su actividad a la liberación del deudor, sino primigeniamente a la satisfacción del interés del acreedor, por lo que, a efectos de la existencia de la *fattispecie*, es irrelevante la concurrencia de un interés en dicha actividad solutoria.

Una vez realizado el pago las relaciones entre el tercero y el deudor serán reguladas por sus acuerdos, si estos existen. En caso contrario, el tercero podrá pedir al deudor el reembolso, sobre la base de la regla general del enriquecimiento sin causa. La liberación de la deuda constituye, en efecto, un enriquecimiento obtenido a costa del tercero, además porque el pago de tercero es un medio satisfactivo del crédito pero no necesariamente un medio liberatorio del deudor, de manera que el crédito se extingue pero surge otro.

La incorporación de este mecanismo implica la admisibilidad de la ejecución de la prestación por obra de un sujeto distinto del deudor, ya sea dentro de los límites contextual y específicamente delimitados por el legislador en la misma norma, o dentro de aquellos parámetros que puedan deducirse del entero sistema, reconociendo que la justificación de la figura encuentra sustento en una función “solutoria” que se manifiesta en la fase de actuación de las obligaciones.

El deudor no puede oponerse al cumplimiento del tercero, porque el ordenamiento jurídico considera prevalente el interés en la realización de la relación obligatoria. El acreedor, por su parte, puede rechazar el cumplimiento del tercero solo cuando la obligación tenga por objeto una prestación de hacer de carácter personal, porque aquí el acreedor tiene un interés justificativo en que el deudor ejecute la prestación personalmente, esto es lo que se identifica como el límite del cumplimiento del tercero, sustentado en el interés contrario del acreedor que aparece vinculado al perfil concerniente a la personalidad de la prestación o a la exigencia de una ejecución personal, mas no así cuando se trata de una obligación pecuniaria o de otra obligación de dar, en caso contrario si lo hace incurre en *mora debitoris*.

El pago por parte del deudor no es un negocio jurídico sino un acto material, puesto que se trata de una prestación debida, la existencia objetiva de la deuda es suficiente para justificar el pago, incluso sin una voluntad plena y consciente del deudor.

Por otro lado, el cumplimiento del tercero debe ser, por lo menos, objetivamente idéntico al que hubiere realizado el deudor, ya que, de no ser así, se incurriría en una transgresión de los derechos subjetivos del deudor, específicamente en aquel de liberarse normalmente frente al acreedor originario.

El acreedor puede aceptar del tercero la ejecución de una prestación inexacta, dado el perfil cuantitativo (cumplimiento parcial), en igual forma que le hubiese sido permitido consentírsela al propio deudor, utilizando el argumento *a contrario* contenido en el artículo 1221 del Código Civil.

Se puede deducir que el acreedor que ha aceptado un cumplimiento parcial del tercero, puede dirigirse al deudor por la parte de la prestación pendiente.

Cuando se alude a la posibilidad de que el tercero no interesado, que paga sin asentimiento del deudor, solo pueda exigir la restitución de aquello en que le hubiese sido útil el pago, lo que se quiere decir es que se dispone la restitución estricta de la ventaja patrimonial obtenida por deudor sin la intervención de ningún otro concepto (intereses o daños y perjuicios).

■ PARENTESCO

El parentesco es la vinculación que se suscita entre personas por varias causas:

- Por consanguinidad: Debido por vínculo de sangre. Este parentesco a su vez se subdivide en parentesco por consanguinidad en línea recta, o parentesco en línea colateral, por descender del mismo antepasado común. Asimismo,

este parentesco puede ser doble o sencillo, dependiendo de si son hermanos de padre y madre o hermanos solo de padre o madre.

- Por afinidad: Es el que vincula a una persona con los parientes de sangre del otro, por ejemplo, el cónyuge con los padres de su esposa.
- Por adopción: Vinculado a las personas por medio de la institución de la adopción.

La proximidad en el parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado.

De esta forma, cuando se hace referencia a la relación de parentesco de una persona con otra se puede hablar de primer grado, segundo grado, y así sucesivamente.

Los diversos grados serán los que formen una línea. Distinguiendo dentro de la línea bien la directa o la colateral.

Se entiende por línea recta la que se constituye por la serie de grados entre personas que descienden la una de la otra.

La colateral viene constituida por la serie de grados entre las personas que no descienden unas de otras, pero que proceden del tronco común.

A título de ejemplo, en una línea directa estarían el tatarabuelo, el bisabuelo, el padre, el hijo, el nieto, el bisnieto, etc.

De igual forma, es una línea colateral la que mantienen dos hermanos por descender de un tronco común como es su padre, o dos primos por descender de un tronco común como es su abuelo. Es decir, quedan unidos por líneas horizontales descendiendo de un origen idéntico.

Dentro de las líneas se deben separar las descendientes y las ascendientes. Las primeras son las que unen al cabeza de familia con los que descienden de él. Las segundas son las que ligan a una persona con aquellos de quienes descienden.

En la línea recta se sube únicamente hasta el tronco. Así, el hijo dista del padre un grado, dos del abuelo y tres del bisabuelo.

De esta forma, por ejemplo, a la pregunta de cuántos grados hay del abuelo al nieto, la respuesta será dos grados en línea recta.

En la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con respecto a quien se hace el cómputo. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano y así en adelante.

En el caso del hermano, por ejemplo, si se sube hasta el tronco común será este el padre de ambos, por lo tanto, se contará primero al padre como un grado y luego al hermano como otro grado, lo que sumaría un cómputo de dos grados en línea colateral.

■ PARTES INTEGRANTES

Un bien se compone de diversas partes, ya sean integrantes o accesorias. Se considerará parte integrante a aquel bien lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. En este caso, debe tenerse en cuenta que nos estamos refiriendo a bienes físicos, ya que de otro modo no sería posible aplicar dicha definición.

Adicionalmente, las partes integrantes le dan razón de ser a determinado bien por lo que todas ellas juntas constituyen una unidad funcional y económica dotando de una utilidad diferente al bien formado por las mismas que las que podrían haber tenido las mismas en forma individual. Sin alguna de las partes integrantes el bien no se entendería completo y la separación de alguna de aquellas tendría como consecuencia, como ya se señaló, la destrucción, deterioro (relevante, se entiende) o alteración del bien.

Consecuencia de lo anterior, las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares, debido a que al formar parte de otro bien han dejado de tener una utilidad propia y/o a que en caso se decidan ejercer derechos sobre dichas partes integrantes se tendría como consecuencia que el bien principal se destruya, deteriore o altere, lo cual no es una consecuencia deseada por el derecho.

■ PARTICIÓN

En el Derecho Romano, la *actio communi dividendo* era el instrumento otorgado a todos los copropietarios con el objeto de poner fin a la copropiedad mediante la división de la cosa; además, esta acción se utilizaba para regular las relaciones crediticias entre los comuneros por concepto de gastos, mejoras, reparto de beneficios, etc. No obstante, en el Derecho moderno, la llamada “partición” se ha convertido exclusivamente en una acción real, ya no personal, y por eso su finalidad se reduce a buscar la división del bien común. En consecuencia, la participación ha pasado a ser la hipótesis específica para extinguir la copropiedad.

De este modo, la partición es el derecho de cualquier copropietario o de un acreedor de este, a que la cuota individual del comunero o copropietario se concrete en el dominio sobre una porción material del bien común o, subsidiariamente, en dinero o en otro bien. La partición se puede realizar por acto jurídico con homologación judicial, o simplemente a través de un acto judicial cuando no exista consentimiento de las partes.

En la doctrina civilista, existe la tradicional discusión respecto a la naturaleza jurídica de la partición. El debate se concentra entre los que sostienen su naturaleza traslativa (o constitutiva) y aquellos otros que lo

ven como un acto declarativo. Para la tesis constitutiva, la partición es una transmisión de derechos que se producirá desde el grupo de copropietarios hacia aquel de ellos que después de la división resulte propietario de cada porción del bien, o de todo el bien, o del precio compensatorio. En cambio, los partidarios de la tesis declarativa sostienen que la partición no produce ninguna transmisión de derechos, sino que se limita a declarar o fijar, es decir, dar certeza a la situación interina de cada copropietario.

El Código Civil peruano ha optado por considerar a la partición como un acto traslativo, en la medida que el artículo 983 del Código Civil la tipifica como una permuta (acto de enajenación), en donde cada copropietario transmite su cuota individual a cambio del derecho que se le adjudica.

En cuanto a sus características, la partición presenta las siguientes notas distintivas:

- a) Imperatividad: la partición es imperativa para todos los copropietarios, salvo pacto de indivisión, o por establecerlo la ley (art. 984 del Código Civil). Esta característica es propia del modelo de comunidad romana (en contraposición al modelo alemán), en donde se mira con desfavor los estados de copropiedad por ser fuente de litigios y de explotación antieconómica del bien.
- b) Imprescriptibilidad: la pretensión de partición es imprescriptible (art. 985 del Código Civil), lo cual se halla en consonancia con el mismo carácter que tiene la reivindicatoria (art. 927 del Código Civil). Tratándose de acciones derivadas del derecho de propiedad, es obvio inferir que ambas tengan la condición de imprescriptibles, es decir, no se extinguen por el simple no-uso.
- c) Irrenunciable: los copropietarios no pueden renunciar en forma definitiva a solicitar la partición, pues de esta manera convertirían en indivisible la comunidad, contrariando así las bases institucionales de la copropiedad.

En cuanto a sus efectos, la partición logra concretar el derecho de cuota de cada copropietario en una porción material del bien común, o de otro bien, o de un crédito o, simplemente, de dinero. Por lo tanto, la división del bien común puede realizarse de dos formas:

- a) División física: se hace un reparto material del bien, o de los bienes comunes si son varios, entre todos los copropietarios. En este caso, si las porciones físicas no son enteramente homogéneas, es posible que las partes establezcan prestaciones compensatorias, ya sea dinero, créditos o la transferencia de otros bienes.
- b) División jurídica: se realizan los bienes comunes (es decir, se

venden) y los copropietarios se reparten el dinero obtenido. De esta forma, la división física se sustituye por el equivalente en dinero.

PARTIDAS DEL REGISTRO CIVIL

El Registro Civil es un organismo administrativo en cuyas partidas se hacen constar los actos o hechos concernientes al estado civil de los ciudadanos. Atendiendo a su finalidad, es un instrumento concebido para constancia oficial de la existencia, estado civil y condición de las personas.

En un inicio, la institución del Registro del Estado Civil estaba regulada en el artículo 70 al 75 del Código Civil, pero estos fueron derogados por la Séptima Disposición Final de la Ley N° 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - Reniec.

El artículo 40 de esta disposición normativa establece que las partidas del registro del Registro Civil son públicas, y en las mismas se inscriben los actos que la ley y el reglamento de las inscripciones determinan.

Asimismo, el registro del estado civil de las personas es obligatorio y concierne a los directamente involucrados en el acto susceptible de inscripción. Es imprescindible e irrenunciable el derecho a solicitar

que se inscriban los hechos y actos relativos a la identificación y el estado civil de las personas, con arreglo a ley.

Se inscriben en las partidas de Registro del Estado Civil los siguientes actos:

- a) Los nacimientos;
- b) Los matrimonios;
- c) Las defunciones;
- d) Las resoluciones que declaran la incapacidad y las que limitan la capacidad de las personas;
- e) Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta y el reconocimiento de existencia de las personas;
- f) Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad;
- g) Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como cuando la tutela o curatela acaba, o cesa en el cargo el tutor o curador;
- h) Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles;
- i) Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación;

- j) El acuerdo de separación de patrimonio y su sustitución, la separación de patrimonio no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación;
- k) Las declaraciones de quiebra;
- l) Las sentencias de filiación;
- m) Los cambios o adiciones de nombre;
- n) El reconocimiento de hijos;
- o) Las adopciones;
- p) Las naturalizaciones y la pérdida o recuperación de la nacionalidad;
- q) Los actos que, en general, modifiquen el estado civil de las personas, las resoluciones judiciales o administrativas susceptibles de inscripción.

Todas estas inscripciones tienen un costo para el usuario, no obstante la ley y el reglamento determinan los actos cuya inscripción es totalmente gratuita.

Finalmente, la no inscripción en el Registro del Estado Civil de las personas impide la obtención del Documento Nacional de Identidad y la expedición de constancia alguna por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

■ PARTO

El parto es un proceso de orden temporal donde concurren y fluyen mecanismos físicos, químicos y

psicológicos cuyo momento inicial se fija en las primeras contracciones musculares del útero, desencadenantes de sensaciones dolorosas, las cuales permiten la dilatación del cuello uterino y la posterior expulsión del producto de la concepción hasta el momento que la placenta y las membranas logran desprenderse o ser expulsadas del cuerpo de la mujer embarazada.

No obstante, debe tenerse en consideración que no todo dolor en el proceso final de gestación es señal inconclusa del parto, por ello se debe enfatizar que las contracciones han de ser frecuentes como periódicas y deben estar precedidas, como etapa anterior al parto, por cambios y señales que indican y anuncian la inminencia del mismo.

Son justamente estos signos evidentes, los dolores de la embarazada, que han de atestiguar como prueba plena sobre la presencia del parto.

Lo característico del parto es su naturaleza temporal, como un proceso dinámico y activo poseedor de un momento inicial, una suerte de fusión biológica (contracciones uterinas) y psíquica (dolores del parto), y una fase terminal cuya cúspide más notable viene a estar representada por la expulsión definitiva del producto de la concepción del seno de la madre.

De este modo, la ciencia médica reconoce tres periodos o etapas conformantes de la unidad del proceso del parto:

Un primer periodo está constituido por la etapa de la dilatación, la cual se inicia con las contracciones uterinas, causantes de los dolores del parto y se extiende hasta la dilatación cervical completa. Esta fase, es la etapa más larga y tediosa del parto dado que llega a prolongarse en un promedio de ocho a doce horas.

El segundo periodo se encuentra marcado por la etapa de la expulsión o del nacimiento, a la sazón la más importante, que arranca con la paulatina expulsión del producto de la concepción. Su duración suele ser por lo común entre una a diez horas.

La última etapa viene a denominarse periodo placentario o alumbramiento, en donde las membranas suelen desprenderse y son expulsadas del cuerpo.

Queda así efectuada una nítida distinción, que consiste en delimitar los alcances y la relación entre parto y nacimiento. Así, mientras el primero es un proceso amplio que comprende los tres periodos ya enunciados, el nacimiento es solo una de esas tres etapas y se reduce a la expulsión del infante al exterior.

■ PATERNIDAD

La filiación nos conlleva a determinar la paternidad para establecer el vínculo. Esto es un hecho de permanente preocupación para el derecho, desde tiempos antiguos. Es por este

motivo que se argumentaron las presunciones de paternidad a efectos de lograr un establecimiento legal a falta de presupuestos biológicos que la consoliden, o lo innecesario y costoso de estos. Por ello, la filiación se ocupa de los problemas derivados de la reproducción. Y las presunciones creadas por el derecho para la justificación de una investigación de la paternidad resultan medidas buenas [para una época determinada].

La genética y la procreática, especialmente en el tema de la identificación y reproducción, sea individual o familiar han realizado un aporte esencial en el mundo jurídico. Las técnicas biogenéticas permiten: La determinación positiva de la paternidad y decidir la características de los hijos (sexo, rasgos, inteligencia).

Variación del parentesco por las nuevas formas de relación sanguínea y social:

- a) Parentesco genético, producto de la identificación y vinculación de las personas a través de sus características biológicas.
- b) Semiconsanguinidad o parentesco social, establecido por la existencia de las familias comunitarias. No hay vínculos de sangre pero sí sociales que terminan siendo más fuertes.
- c) Genealogía embrionaria.- Será necesaria la definición del parentesco de los embriones congelados.

La paternidad profesional, dado el tiempo que se invierte y la diversidad de variables y problemas, los padres tienden a contratar a profesionales para criar a sus hijos. Surgiendo: Los biopadres: (los biológicos) y los propadres (los que crían).

En filiación matrimonial pueden darse ciertas acciones orientadas a negar o impugnar la filiación de una persona, o a reclamar la filiación con la que no se cuenta:

Contestación de la paternidad. Esta acción corresponde al marido que sea padre del hijo de su mujer. Para interponer esta acción se deben tener en cuenta los siguientes supuestos:

- Que el hijo nazca antes de cumplidos los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio.
- Que sea manifiestamente imposible, dadas las circunstancias, que haya cohabitado con su mujer en los primeros 121 días de los 300 anteriores al del nacimiento del hijo.
- Que esté judicialmente separado durante el mismo periodo indicado en el párrafo anterior, salvo que hubiera cohabitado con su mujer en ese periodo.
- Que adolezca de impotencia absoluta.
- Que se demuestre por la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental.

- Puede interponer la acción contestataria el marido dentro de los 90 días contados desde el día siguiente del alumbramiento, si estuvo presente en el lugar, o desde el día siguiente de su regreso. Solo el marido puede interponerla o los ascendientes de este, en caso de incapacidad. Esta acción va dirigida contra la madre y el hijo, debiendo ser representado este por el curador procesal.

Efectos del reconocimiento voluntario y de la declaración judicial de paternidad:

- La sentencia que declara judicialmente la filiación extramatrimonial produce los mismos efectos que el reconocimiento; en ningún caso confiere a los padres derecho alimentario o sucesorio.
- Al hijo reconocido o declarado judicialmente le corresponde los apellidos de quien lo reconoció o de la persona en quien recae la paternidad o maternidad declarada judicialmente.
- El hijo reconocido es considerado heredero forzoso y tiene derecho alimentario, al igual que el declarado judicialmente; sin embargo, se tiene que precisar que el hijo extramatrimonial reconocido por uno de los cónyuges no puede vivir en la casa conyugal sin el asentimiento del otro cónyuge.

■ PATRIA POTESTAD

La patria potestad es una situación jurídica que le corresponde solo a los padres mediante los cuales los mismos tienen el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores.

1. Ejercicio: La patria potestad es ejercida por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo. En caso de separación de cuerpos, de divorcio o de invalidación del matrimonio, la patria potestad se ejerce por el cónyuge a quien se confían los hijos. El otro queda, mientras tanto, suspendido en su ejercicio.

La patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales se ejerce por el padre o por la madre que los ha reconocido. Si ambos padres han reconocido al hijo, el juez de menores determina a quién corresponde la patria potestad, atendiendo a la edad y sexo del hijo, a la circunstancia de vivir juntos o separados los padres y, en todo caso, a los intereses del menor.

2. Relaciones padres e hijos: Ahora bien, sin perjuicio de quién sea el padre que ejerce la patria potestad, los padres tienen derecho a conservar con los hijos que no estén bajo su patria potestad las relaciones personales indicadas por las circunstancias.

Asimismo, los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres.

3. Deberes y derechos: El artículo 423 del Código Civil establece que son deberes y derechos de los padres que ejercen la patria potestad:

- a) Proveer al sostenimiento y educación de los hijos.
- b) Dirigir el proceso educativo de los hijos y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes.
- c) 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.
- d) Aprovechar de los servicios de sus hijos, atendiendo su edad y condición y sin perjudicar su educación.
- e) Tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.
- f) Representar a los hijos en los actos de la vida civil.
- g) Administrar los bienes de sus hijos.
- h) Usufructuar los bienes de sus hijos.

4. Garantías: Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de

su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar

- a) El importe de los bienes muebles.
- b) Las rentas que durante un año rindieron los bienes.
- c) Las utilidades que durante un año pueda dejar cualquier empresa del menor.

5. Actos de gravamen: Los padres no pueden enajenar ni gravar los bienes de los hijos, ni contraer en nombre de ellos obligaciones que excedan de los límites de la administración, salvo por causas justificadas de necesidad o utilidad y previa autorización judicial. El juez puede disponer, en su caso, que la venta se haga previa tasación y en pública subasta, cuando lo requieran los intereses del hijo. El artículo 448 ha establecido los supuestos en los cuales los padres necesitan autorización judicial para celebrar o ejecutar determinados actos en nombre del menor.

6. Término de la patria potestad: La patria potestad se acaba: (a) Por la muerte de los padres o del hijo, (b) por cesar la incapacidad del hijo conforme al artículo 46 del Código Civil o (c) por cumplir el hijo dieciocho años de edad.

7. Pérdida de la patria potestad: La patria potestad se pierde por condena a pena que la produzca

o por abandonar al hijo durante seis meses continuos o cuando la duración sumada del abandono exceda de este plazo.

8. Privación de la patria potestad: Los padres pueden ser privados de la patria potestad: (a) por dar órdenes, consejos, ejemplos corruptos o dedicar a la mendicidad a sus hijos, (b) por tratarlos con dureza excesiva o (c) por negarse a prestarles alimentos.

9. Suspensión de la patria potestad: La patria potestad se suspende: (a) por la interdicción del padre o de la madre originada en causal de naturaleza civil, (b) por ausencia judicialmente declarada del padre o de la madre, (c) Cuando se compruebe que el padre o la madre se hallan impedidos de hecho para ejercerla o (d) en el caso de la separación de cuerpos.

10. No suspensión de deberes: La pérdida, privación, limitación o suspensión de la patria potestad no alteran los deberes de los padres con los hijos.

11. Restitución de la patria potestad: Los padres a los cuales se les ha privado de la patria potestad o limitado en su ejercicio, pueden pedir su restitución cuando cesen las causas que la determinaron. La acción solo puede intentarse transcurridos tres años de cumplida la sentencia correspondiente.

El juez restituirá la patria potestad total o parcialmente, según convenga al interés del menor. En los casos de pérdida y suspensión, los padres volverán a ejercer la patria potestad cuando desaparezcan los hechos que los motivaron; salvo la declaración de pérdida de la patria potestad por sentencia condenatoria por la comisión de delito doloso en agravio del hijo o en perjuicio del mismo.

■ PATRIMONIO FAMILIAR

El Código Civil no se encarga de definir qué debemos entender por “patrimonio familiar”. Sin embargo, establece en los artículos 488 y 489 las características principales del mismo (inembargable, inalienable y transmisible por herencia) y aquellos bienes que pueden conformar su objeto (casa-habitación de la familia o un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio), respectivamente.

El patrimonio familiar constituye “patrimonio separado” según lo establecido en el artículo 490 del Código Civil, el cual establece que “(1) a constitución del patrimonio familiar no transfiere la propiedad de los bienes del que lo constituye a los beneficiarios”. En tal sentido, no existe la transferencia de los bienes objeto del patrimonio familiar a un sujeto de derecho distinto ni el patrimonio familiar en sí

mismo se convierte en un sujeto de derecho (como en el caso de la sociedad de gananciales o la masa hereditaria que constituyen patrimonios autónomos). En este caso, los constituyentes, los cuales solo pueden ser las personas señaladas en el artículo 493 del Código Civil, constituyen un patrimonio separado de sus propios patrimonios, siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en la normativa vigente, a favor de los beneficiarios, respecto de los que también existe una lista taxativa, los cuales, según la parte final del artículo 490 antes referido adquieren “solo el derecho de disfrutar de dichos bienes”. Por otro lado, respecto de la administración de los mismos, el artículo 497 del Código Civil establece que “(1) a administración del patrimonio familiar corresponde al constituyente o a la persona que este designe”.

■ PERMUTA

La permuta es aquel contrato por el cual las partes (denominadas permutantes) se obligan a transferirse recíprocamente la propiedad de bienes.

La permuta es un contrato autónomo principal, pues su existencia no se encuentra supeditada a otros negocios jurídicos. Es asimismo de prestaciones recíprocas, pues cada una de las prestaciones de dar de las partes está correlativamente sujeta con relación a la otra.

Igualmente, la permuta es un contrato consensual, no estando sujeto a ninguna formalidad para su validez, pues bastará el consentimiento de las partes para que se celebre el contrato. Asimismo, la finalidad de este contrato es la de transmitir el derecho de propiedad de los bienes, y no una simple cesión de uso.

El artículo 1603 del Código Civil establece que la permuta se rige por las disposiciones sobre compraventa, en lo que le sean aplicables.

■ PERSONA JURÍDICA

La persona jurídica es titular de derechos y obligaciones que materializa, ejercita o concretiza mediante sus órganos, representantes o dependientes. En atención a ello: “las personas jurídicas solo pueden ser representadas por aquellos órganos a los cuales la estructura interna del ente les atribuye expresamente facultades al efecto”. Goza de personalidad y capacidad desde que es inscrita en los registros públicos. Las personas jurídicas son tales en cuanto son reguladas y admitidas por el Derecho, este les atribuye personalidad jurídica.

Es una creación del Derecho, en la cual se realiza una operación de reducción de personas individuales –conducta humana intersubjetiva que se traduce en la organización de personas individuales–, organizadas con un determinado fin –valores que

buscan ser satisfechos– para construir un centro unitario de referencia normativa, al cual se le va imputar derechos y deberes –normas jurídicas– que debe cumplir durante su existencia.

Cabe distinguir la representación orgánica, que corresponde a los directivos de la persona jurídica y en la cual los poderes se confieren al cargo (u órgano) por ejemplo, al gerente, al directorio o al presidente del consejo directivo; de la representación voluntaria, en la cual se confiere el poder a una persona, independientemente de su relación con dicha persona jurídica.

Los elementos de la persona colectiva son:

1. **Conducta humana intersubjetiva.-** La dimensión humana siempre está presente en todas las personas jurídicas reguladas por el Código Civil o leyes especiales. Es decir, detrás de una persona colectiva, siempre encontraremos una organización de personas individuales.
2. **Valores jurídicos.-** Las personas individuales comparten determinados fines valiosos (lucrativos o no lucrativos)
3. **Normas jurídicas.-** Toda persona jurídica es un centro unitario de imputación de deberes y derechos, pero esta unidad se produce por el cumplimiento de una formalidad. En el caso, por ejemplo, del Código Civil y la

Ley General de Sociedades, este aspecto formal se da con la inscripción de la organización en el registro respectivo.

La persona jurídica se caracteriza por lo siguiente:

1. Son entidades abstractas (ficción jurídica).
2. Tienen un patrimonio propio, no teniendo ninguno de sus miembros derecho a ella y no estando obligados a satisfacer sus deudas.
3. Su duración es generalmente por tiempo indefinido.
4. Tiene una existencia diferente a la de sus miembros.
5. La ley les reconoce una personalidad susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones.

Clasificación general de las personas jurídicas.- Según los artículos 76 y 77 del Código Civil las personas jurídicas se clasifican en:

1. **De Derecho Público.-** Se rigen por sus leyes de creación, pertenecen al Sector Público sean estatales o no. Se encuentran provistas de un *ius imperium* en cuya virtud pueden dictar ciertas normas de carácter obligatorio.
2. **De Derecho Privado.-** Se rigen por las normas del Código Civil, LGS y demás leyes de Derecho Privado que les sean aplicables.

Esta distinción alcanza mayores oposiciones debido a que existen campos límites entre ambos, es decir,

algunas personas jurídicas de Derecho Público realizan actividades de carácter privado, de tal manera que si bien en uno y en otro campo existe gran variedad entre las personas jurídicas las cuales se rigen por distintos preceptos, así también hay normas que se aplican a las de un campo y a las de otro. Cabe agregar que las personas jurídicas también pueden ser clasificadas en personas jurídicas con fines lucrativos y con fines no lucrativos. Un ejemplo de las primeras es la asociación y de las segundas, la sociedad anónima.

■ PERSONA NATURAL

Goza de personalidad y capacidad desde que existe. Sin embargo, en el caso de la capacidad, recién puede ejercerla cuando cumple la mayoría de edad, salvo las excepciones previstas en la ley. Por ende, si una persona natural carece de capacidad de ejercicio debe ser representada por un representante según sea el caso; si es menor de edad por sus padres, si es mayor de edad por su curador, si es menor de edad y sus padres están ausentes por un tutor, entre otras formas de representación.

La persona natural es la categoría jurídica que se le atribuye al ser humano individualmente considerado, a la cual se le asigna un complejo de derecho y deberes. Al mencionar este término se está aludiendo jurídica, valorativa y ontológicamente a una individualidad.

Se es persona natural desde el nacimiento, bastando un solo instante de vida extrauterina, siendo inscrito en el Registro de Estado Civil a efectos de acreditación.

La existencia de una persona como sujeto es el elemento necesario para la existencia de un derecho. Si el derecho es fuerza, poder, no puede prescindir del sujeto activo, no se dan derechos sin sujeto.

La categoría jurídica de sujeto de derecho está dirigida a todo centro de imputación de derechos y deberes adscribibles, siempre y en última instancia, al ser humano y la categoría jurídica específica de persona solo alude al hombre una vez nacido hasta antes de su muerte y a la agrupación de hombres que se organizan en la búsqueda de un determinado fin, cumpliendo con la formalidad de la inscripción en el respectivo registro.

Se observa que el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, está constituido por su capacidad jurídica, o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general; de manera que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica. La capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana; se la adquiere por el hecho mismo de la existencia y acompaña al sujeto hasta la muerte.

El concepto de la capacidad de goce o de derecho es idéntico que el de la subjetividad jurídica. En efecto, el sujeto de derecho, en tanto centro de referencia normativo, es titular del conjunto de derechos y deberes que se le imputan. Por el hecho de ser humano, se es sujeto de derecho.

En efecto, la personalidad de la persona acaba con la muerte y solo con la muerte, que debe probarse por el que quiere ejercitar un derecho que tiene como presupuesto el hecho de la muerte de otra persona (segundas nupcias, sucesión hereditaria, alguna otra adquisición subordinada a la muerte de una persona, etc.), no hay en general alguna presunción de muerte: no vale el transcurso de los años cuya existencia se ignore, ni la misma declaración de ausencia equivale a declaración judicial de muerte.

La subjetividad jurídica entraña la denominada capacidad de goce. La denominada capacidad de ejercicio es la capacidad propiamente dicha, por la cual se ejercen los derechos y deberes del sujeto. El sujeto de derecho no necesariamente detenta capacidad absoluta (para ejercer sus derechos y deberes).

El sujeto de derecho, por definición, siempre tiene capacidad. No cabe hablar de “personas incapaces”, “incapacidad absoluta o relativa”. Los que se presentan en el ordenamiento jurídico son los sujetos de derecho con capacidad relativa o restringida y plena o absoluta.

Se considera que la capacidad natural es una figura perteneciente al género capacidad de obrar, la cual “debe ser verificada caso por caso por el juez en relación con el singular acto realizado por el sujeto. Por consiguiente, este tipo de capacidad opera excepcionalmente en alternativa al criterio de la mayoría de edad como condicionante para la obtención de la capacidad de obrar. Como complemento del principio de la indisociabilidad entre titularidad y ejercicio de los derechos y las libertades fundamentales, hay quien considera que, en caso de silencio de la ley, la capacidad natural es el único criterio idóneo para determinar la validez de los actos inherentes a tales libertades.

■ PESCA

La pesca, dentro de la clasificación de los hechos jurídicos, viene a ser un acto jurídico en sentido estricto, voluntario, lícito y material, el cual se constituye como una forma de adquisición de la propiedad.

En este caso específico, la apropiación se produce por la aprehensión de la presa, esto es, la toma de posesión sobre el bien; no obstante ello, la ley considera otros mecanismos sucedáneos de ocupación. Así pues, desde el momento de la captura en trampas o redes, o desde el momento en que se produce la herida en el animal, se entiende consumada la apropiación, es decir, la adquisición

de la propiedad del bien vacante. En consecuencia, se reputará propietario a quien produzca la herida decisiva del animal y continúe con su persecución, y no a un hipotético ocupante casual.

La pesca se encuentra regulada en el artículo 931 del Código Civil en los siguientes términos:

“No está permitido la caza ni la pesca en predio ajeno, sin permiso del dueño o poseedor según el caso, salvo que se trate de terrenos no cercados ni sembrados.

Los animales cazados o pescados en contravención a este artículo pertenecen a su titular o poseedor, según el caso, sin perjuicio de la indemnización correspondiente”.

Del referido texto, se desprenden las siguientes permisiones relacionadas con la caza:

- a) Se permite la pesca en área ajena de propiedad privada cercada y/o sembrada, cuando se cuente con la autorización del propietario o poseedor, en cuyo caso no hay problema alguno.
- b) Se permite la pesca en terreno ajeno no cercado y/o no sembrado, en cuyo caso tampoco hay problema alguno, siendo irrelevante la autorización del propietario o poseedor en estos supuestos, toda vez que el hecho de no estar en el terreno cercado o sembrado hace suponer al pescador que no se trata de un área privada.

Al emplearse en la redacción del referido artículo, una conjunción copulativa –salvo que se trate de terrenos no cercados ni sembrados– se podría concluir que se requiere la concurrencia de ambas situaciones: el cerco y la siembra.

No obstante, resulta claro que la intención del legislador, más allá de la redacción de la norma, ha sido desincentivar la irrupción de terrenos ajenos para efectos de pesca, de modo que bastaría que el terreno esté cercado o sembrado, para que la pesca no diera lugar a la adquisición de la propiedad a favor del cazador, sino más bien el nacimiento de una obligación, encaminada a devolver al propietario del terreno cercado o sembrado, los animales pescados, en la medida que este último –conforme lo establece la segunda parte del artículo 931 del Código Civil– mantiene la propiedad de los animales pescados.

En tal sentido, lo correcto hubiera sido que la norma de forma literal estableciera o el cerco o la siembra (uno de los dos) para que se advierta si el terreno tiene dueño o no. No debe entenderse, pues, que la redacción actual elimina las situaciones alternativas, por ejemplo, cuando el terreno está cercado pero no sembrado o cuando está sembrado pero no cercado, habida cuenta que son situaciones que en la práctica pueden darse y generarían el debate sobre si en tales hipótesis se requiere o no de la autorización del propietario o poseedor.

Naturalmente, debe tenerse presente que estas disposiciones sobre la caza aplican siempre que la misma no se dé respecto de animales sustraídos de esta actividad, es decir, animales objetos de una especial protección jurídica o en época de veda, como sucede con el salmón por ejemplo, en determinadas épocas del año.

PETICIÓN DE HERENCIA

Sabemos que, a la muerte del causante, puede haber dejado hijos y simultáneamente sobrevivirle también sus hermanos. Estos últimos integran el orden de los colaterales y son excluidos por aquellos.

Puede ocurrir también que el difunto haya dejado uno o más hijos no reconocidos espontáneamente, que a la muerte de su pretendido padre o madre intentan una acción de reclamación de la filiación, en tanto los herederos rehúsan reconocerle el carácter de hijos, controvirtiendo su llamamiento a la herencia.

También pudiera ocurrir que el causante no hubiera dejado herederos forzosos, sino solo parientes colaterales hasta el cuarto grado –p. ej., hermanos– y que, en consecuencia, dispuso por testamento instituir como sus herederos a terceros.

Puede ocurrir que ante la pretensión de quienes se consideran con llamamiento preferente o concurrente a adquirir la herencia, los que han

gozado hasta entonces del título hereditario se allanen a ella. En ese caso, el conflicto se resuelve modificando la declaratoria de herederos, si la hubo, o, simplemente, reconociendo el derecho preferente del pretensor, sin perjuicio de la obligación de restituir que pesará sobre aquellos con los alcances que luego veremos.

Pero también puede acontecer que, por diversas circunstancias, quienes gozan de la posesión hereditaria, del título de herederos, nieguen reconocer al peticionante su vocación preferente o concurrente. En tal caso este se verá en la necesidad de plantear una acción típica del derecho hereditario contra quienes gozan de la posesión de la herencia. Es la llamada **petición de herencia**.

El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él, esto es, el reclamo total o parcial de la herencia contra otra persona, a fin de excluirla de la posición hereditaria, o para que la comparta con el reclamante, y el reclamo por el heredero de ciertos bienes hereditarios, que no es genuino reclamo de herencia, sino reclamo de bienes pertenecientes al caudal hereditario que son detentados por quien no es sucesor único, o que lisa y llanamente actúa como sucesor sin serlo.

Cuando el derecho sucesorio no está en discusión, la pretensión ya no es

estrictamente petición de herencia —o sea, al todo integral o a una cuota de la misma—, sino petición de elementos singulares y específicos que componen la herencia. Debe quedar claro, en consecuencia, que la petición de herencia no es una pretensión sobre titularidades concretas a bienes concretos, que también es propio de legatarios, sino petición de una posición jurídica de sucesor a título universal (con responsabilidad limitada o no) y de ello se deriva lo demás, que es, precisamente, acceso a la titularidad sobre el conjunto de bienes, derechos y obligaciones.

Presupuesto de la pretensión de petición es que el peticionante invoque para sí la cualidad de heredero, con responsabilidad limitada o sin ella. Recalco, heredero y no legatario (ni siquiera el legatario de cuota). No le asiste tampoco esta opción al cónyuge supérstite para hacer valer los derechos previstos en los artículos 731 y 732 del Código Civil, porque esos derechos se le conceden precisamente por ser heredero. El albacea no está legitimado para la acción petitoria (salvo que ostente al mismo tiempo calidad sucesoria).

Para interponer la acción de petición de herencia no es requisito esencial haber sido declarado heredero, sino que dicha acción puede ser ejercida por aquel que no habiendo sido, se considere con derechos sobre el acervo hereditario, pudiendo pedirlo en forma acumulativa.

PLAZO (MODALIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO)

Un supuesto de alteración de la eficacia de la relación jurídica consistente en la subordinación de los efectos de la relación a la verificación de un evento necesario aún no verificado”. “Se le puede definir como el evento futuro y cierto desde el que o hasta el que se producen los efectos del negocio. No importando si el plazo sea determinado o indeterminado” (Por ejemplo. Te vendo mi casa cuando mi papá se muera).

Características

- Ni el plazo ni el término pueden ser ilícitos.
- Prohibición legal de plazos especiales (arts. 1001 y 1688 del Código Civil).
- Es un hecho futuro. No hay plazo presente ni pasado.
- Es un hecho cierto. Existe total y absoluta certeza de que el evento ocurrirá.
- La existencia del plazo no se presupone. Por regla, las partes pueden establecer el plazo libremente, pero existen negocios que no toleran plazo, porque deben ser puros. V. gr.: El matrimonio, la adopción, el reconocimiento, etc. Otros requieren necesariamente un plazo final. V. gr.: El arrendamiento, la prestación de servicios y la renta vitalicia.

Clases

a) Por la vigencia del derecho

- a.1. Plazo inicial o suspensivo. Aquel cuyo cumplimiento permite el inicio de los efectos del negocio jurídico. V. gr.: Te prestaré el dinero dentro de una semana.
- a.2. Plazo final o resolutorio. Es el que extingue los efectos del negocio jurídico. V. gr.: Te prestaré dinero por una semana.

b) Por su origen

- b.1. Plazo convencional. Es aquel señalado por las partes, de acuerdo con sus posibilidades y necesidades.
- b.2. Plazo legal. Es el plazo determinado por la ley, y que se aplica para cumplir la voluntad de las partes, cuando ellas hubieran omitido establecer el plazo.
- b.3. Plazo judicial. Es el plazo determinado por el juez. La determinación judicial se presenta cuando se suscita una controversia al respecto.

c) Por su determinación

- c.1. Plazo cierto. Cuando se señala en forma indubitable, determinando la época o la fecha en que ha de empezar o ha de vencer. V. gr.: Bruno contraerá matrimonio el 21 de julio de 2006.
- c.2. Plazo incierto. Cuando están vinculados a acontecimientos de realización indeterminada. V. gr.: Mario presta dinero a Iván hasta que termine la guerra.

Puede haber plazo expreso; pero término tácito: “Te pago cuando llegues a la mayoría de edad”. En principio, la llegada del término no opera retroactivamente (art. 1404 del Código Civil)

Cómputo del plazo

Para el cómputo del plazo se debe tener en cuenta las siguientes reglas:

- a) El plazo se tramita en días calendario.
- b) Cuando se ha concertado por meses, el plazo se vence el día de la referencia.
- c) Cuando se ha concertado por años, el plazo vence el día y mes de la referencia.
- d) El día en que se concierta la obligación no se cuenta, sino a partir del día siguiente; pero si comprende el día de vencimiento.
- e) Los días festivos no se sustraen del cómputo, salvo que el día de vencimiento sea un día festivo, entonces se pasa al día hábil siguiente.

■ PODER

Se entiende por poder, el medio, instrumento o camino por virtud del cual la manifestación unilateral de voluntad de una persona, confiere u otorga facultades a otra para que la represente, actuando siempre a nombre del representado. Se indica que el poder es el camino, es el medio o el instrumento para otorgar una

representación voluntaria, para no confundir en primer lugar, la persona que otorga las facultades, con la persona a quien se inviste de tales facultades para actuar y que presupone o da idea de una relación de medios, ya que el representante siempre actuará a nombre del representado, y por otra parte para no confundir el poder como figura especializada, con la representación misma, aunque esta distinción sea sutil, distingue claramente los dos conceptos. Dicho de otro modo, es el otorgamiento que da una persona llamada poderdante a otra denominada apoderado para que actúe en su nombre, es decir, en su representación. De esa manera, el poder es el conjunto de potestades que el representado brinda a su representante, facultándole para realizar actos jurídicos, con terceros, cuyos efectos recaigan justamente en el mismo representado.

El artículo 155 del Código Civil se refiere a dos clases de poder: “El poder general solo comprende los actos de administración. El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido”. Disposición que tiene como antecedente el artículo 1632 del Código Civil de 1936. Al referirse al contenido del poder general, el artículo bajo comentario parece basarse en la clásica distinción entre actos de disposición y actos de administración, de donde los actos de administración son entendidos como actos cuya principal finalidad consiste en la conservación

del patrimonio administrado; mientras que aquellos de disposición son aquellos que influyen directamente en el patrimonio de una persona para modificarlo, sea aumentándolo o disminuyéndolo o sustituyéndolo. Por otro lado, el poder es especial cuando se confieren al representante las facultades de realizar determinados actos jurídicos, los mismos que se encuentran individualizados o predeterminados en el acto por medio del cual se confiere el poder.

La Corte Suprema ha sostenido que: “El poder especial mantiene su vigencia mientras no sea revocado por el poderdante o se designe un representante para ejercer el poder o por el fallecimiento del poderdante o el apoderado” (Cas. N° 306-96-Lima).

■ PORCIÓN DISPONIBLE

La porción disponible es aquella parte del patrimonio de una persona respecto de la cual esta puede disponer libremente, sin ninguna limitación ni excepción. Esta porción disponible en el sistema jurídico peruano varía dependiendo de la posición en la que se encuentre la persona que quiera disponer de la misma. En efecto, según lo establece el artículo 725 del Código Civil, cuando la persona tiene hijos u otros descendientes o cónyuge, su porción disponible asciende a un tercio del total de sus bienes. En cambio, de

acuerdo con lo establecido en el artículo 726 del Código Civil, cuando la persona solo tenga padres u otros ascendientes, su porción disponible asciende a la mitad de sus bienes.

De esta forma, queda del todo claro que la porción disponible si bien es un concepto unívoco, la forma en que se calcula difiere dependiendo de la situación en la que se encuentre la persona con relación a sus parientes más cercanos. Mientras se tengan hijos o descendientes o cónyuge, la porción de libre disposición es menor en comparación a cuando únicamente se tienen padres o algún otro ascendiente.

Sin embargo, hay una situación en la cual la porción disponible coincide con la totalidad de los bienes de una persona. Esta situación se presenta cuando la persona no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los citados artículos 725 y 726 del Código Civil. Así lo establece expresamente el artículo 727 del Código Civil: “El que no tiene cónyuge ni parientes de los indicados en los artículos 715 y 726, tiene la libre disposición de la totalidad de sus bienes”.

Esta norma establece que aquel que no tiene “herederos forzosos” puede disponer libremente de la totalidad de su patrimonio. Solo en estos casos no existe la institución denominada “legítima”, es decir, aquella parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos.

En efecto, no habiendo legítima, el testador puede disponer de todos sus bienes (en sentido estricto, de lo que puede disponer es de todo su patrimonio) libremente a título de legado o de herencia, designando como herederos o legatarios a quien desee. En tal sentido, los parientes que no tienen la categoría de herederos forzosos no tienen derecho a reclamar nada si testamentariamente el causante hubiese dispuesto de todo a favor de terceros no familiares, o si solo lo hubiese hecho a favor de algunos familiares y no de otros.

Asimismo, esta porción disponible puede quedar gravada a favor del hijo alimentista. Así lo establece el artículo 728 del Código Civil cuando señala que: “si el testador estuviese obligado al pago de una pensión alimenticia conforme al artículo 415, la porción disponible quedará gravada hasta donde fuera necesario para cumplirla”.

Como bien se sabe, el supuesto del 415 del Código Civil es que una persona no reconocida voluntariamente por el progenitor ni con filiación judicialmente determinada y declarada, tiene derecho a reclamar, hasta los dieciocho años (o indefinidamente si no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental), una pensión alimenticia a quien –cuando no concurra ninguna de las hipótesis del artículo 402 del Código Civil– hubiera tenido relaciones sexuales con la madre en la época de la concepción.

■ POSESIÓN PRECARIA

En la antigua Roma, cada una de las familias (patricias) tenía como jefe al pater familias, propietario y poseedor de los bienes familiares, sacerdote de los dioses familiares y magistrado con poderes absolutos sobre su familia. Cultivaba la tierra con la ayuda de sus hijos, esclavos y clientes. Roma admitió a otros pueblos itálicos, agricultores sin tierra, conocidos como *plebs* (plebeyos). El pater familias acogió y proporcionó tierras en *precarium* al plebeyo, quien se convirtió en su cliente, protegido y vasallo: a cambio, el plebeyo le debía fidelidad, ayudaba en el cultivo de sus tierras y lo seguía en la guerra y en la política.

El precario, del latín *preces* que significa ruego, fue la forma de participación en la propiedad ajena. En Roma, precario era el que posee una cosa solicitada por ruego a su dueño (*precario dans*), quien la concedía por benevolencia y podía recuperarla en cualquier momento, porque la posesión precaria no originaba ningún derecho. El pater familias (patrono) entregaba porciones de tierra en *precarium* no solo a los plebeyos sino también a los siervos manumitidos y a otros extranjeros sometidos o acogidos voluntariamente por una *gens*. Cuando el patrono perdió su jurisdicción sobre su *gens*, el pretor le confirió el interdicto de precario para obtener la restitución del bien. El precario solamente podía

ser desalojado por su patrono. Para que el precario defienda su posesión frente a tercero, el pretor le confirió los interdictos de retener y recobrar.

En la Edad Media, la Corona entregó tierras en concesión al señor feudal y este las entregaba en parcelas a campesinos, por tiempo indeterminado, a cambio de servicios personales, convirtiéndose en sus vasallos. Cuando se quiso fijar tiempo al aprovechamiento de las tierras surgió la denominación de precaria.

En el Derecho germano, como consecuencia de la falta de mano de obra, los señores feudales entregaron tierras a los campesinos libres con la obligación de pagar un canon o anata, más las condiciones fijadas por el señor feudal a su arbitrio. A esta relación se le denominó precaria.

En el Perú, los Códigos Civiles de 1852 y de 1936 no dieron una definición de ocupante precario.

El derogado Código de Procedimientos Civiles de 1911, artículo 970, concedió acción de desahucio (el vigente Código Procesal Civil lo denomina acción de desalojo) para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión. El segundo párrafo del mencionado artículo 970 prescribía: “Hay también acción de desahucio para recuperar bienes inmuebles que usa otra persona de modo precario y sin pagar pensión”.

Esta falta de definición de precario en nuestro ordenamiento jurídico originó fuertes polémicas doctrinarias y una jurisprudencia contradictoria. Ante esta situación, el codificador de 1984, abandonando la concepción romana de precario, ha elevado la categoría de ley a esta jurisprudencia prioritaria, al definir a la posesión precaria como la que se ejerce sin título o cuando el título que se tenía ha fenecido, como una solución saludable que permite que el que tiene derecho a la posesión pueda demandar el desalojo (desahucio) en la vía del proceso sumarísimo.

De esta forma, el poseedor precario es en realidad un poseedor ilegítimo; es el poseedor que carece de derecho. Sin embargo, el Código confunde lamentablemente derecho con título y por esto nos dice que la posesión precaria es la que se ejerce sin título alguno o cuando el título que existía ha fenecido. La falta de título necesariamente conlleva la ilegitimidad, pero no ocurre lo mismo al revés. Puede haber ilegitimidad habiendo de por medio un título inobjetable”.

De forma más detallada, las dos hipótesis que contiene el código:

La falta o ausencia de título –y por extensión de derecho– supone que el título no ha existido. Necesariamente es poseedor de mala fe. Por ejemplo, el ladrón de la billetera, el usurpador de una casa. También es poseedor ilegítimo (aunque no

precario) quien posee con título inobjetable —a lo menos aparentemente—. Es el caso de quien adquiere la posesión de un usurpador.

La segunda hipótesis del numeral 911 (el título pierde validez, eficacia) si es novedosa: la posesión se adquirió con título, pero este luego ha fenecido, ha caducado. Es un caso típico de conversión de posesión legítima en ilegítima.

■ POSESIÓN

La posesión es la más fáctica y tangible de las situaciones consideradas por el derecho. Se accede a su conocimiento empírico por la vía de la percepción. No se puede ver al propietario, o bien, de aquello que se percibe no cabe inferir que lo sea efectivamente. En cambio, sí es factible ver al poseedor. Hay unos signos constituidos por diversas manifestaciones del comportamiento social que tienen como referente la posesión.

Se pueden distinguir tres clases de relaciones (en sentido amplio) de las personas con las cosas del mundo exterior: i) el uso de las cosas que no se integran en la estructura de la relación jurídica, aunque pueda ser determinante de consecuencias o de significación para el derecho; ii) un poder sobre las cosas productor de consecuencias jurídicas imputables a diversos derechos y de manera específica a los derechos llamados

por antonomasia reales; iii) y la posesión.

La posesión equidista de las otras dos situaciones. Es algo más que el mero contacto o uso de la primera hipótesis, pero no es o es algo menos que la situación cualificada comprendida en la segunda hipótesis. Es una tercera situación o hipótesis. ¿Cómo delimitarla? El simplicismo en que a veces se incurre consistente en situar en la primera hipótesis el no derecho o lo jurídicamente indiferente y, correlativamente, encuadrar en la segunda hipótesis el derecho, no parece correcto. Pensando así la posesión resulta ser un derecho frente al mero hecho y un hecho (aunque productor de consecuencias jurídicas) frente al derecho. Para encontrar un hueco a la posesión, que no sea el mismo de los derechos, no vale decir que está en la zona de los hechos productores de consecuencias jurídicas y no en la de los hechos indiferentes. Porque los hechos indiferentes no tienen encaje en el sistema y, consiguientemente, no cuentan. Nada que esté fuera del sistema sirve para llevar a cabo una catalogación que solo tiene sentido dentro del sistema. La primera hipótesis también puede quedar revestida de significación jurídica y en tanto sea así sirve. Que no haya en ella posesión no quiere decir que jurídicamente no haya nada. Puede no ser indiferente el contacto que se haya mantenido o mantenga con una cosa, aunque no constituya la posesión.

Por ejemplo, evidentemente no poseo el vehículo de transporte público del que hago uso, y sin embargo, de ese uso surgen consecuencias jurídicas como la pretensión indemnizatoria en caso de accidente. La diferencia entre un hecho o uso no posesorio y el que tiene este alcance radica en que como relevante a tal fin afirmamos el hecho o uso que expresan una situación cuyo mantenimiento o continuidad están amparados por la ley. La posesión es el derecho a continuar poseyendo basado en el hecho de poseer. La continuidad es inherente a la posesión no solo como hecho, sino como posibilidad garantizada por el ordenamiento jurídico.

En la doctrina tradicional se sostiene que son dos los elementos que constituyen la sustancia del fenómeno posesorio: el corpus y el *animus*. Para que exista posesión es necesario la concurrencia o el concurso de ambos factores. Esas ideas gozan de la autoridad de algunos textos romanos. Paulo dice (D. 41, 2, 3, 1) que *et adipiscimus possessionem corpore et animo; nuque per se animo reque per se corpore*.

El corpus es un poder, una relación de señorío o de hecho sobre una cosa. Se señala que en un primer momento el corpus se entendió en un sentido material y físico, reconociéndose siempre que la persona se encontraba en contacto directo e inmediato con la cosa. Gradualmente el elemento se fue espiritualizando, hasta el punto de admitirse como corpus

cualquier relación de hecho, reconocible como tal, que con la cosa se establece. El cazador que ha tendido sus artificios, es un poseedor del animal cazado, aun cuando no lo haya materialmente aprehendido todavía. En otros casos, como en los llamados de *traditio ficta*, el *accipiens* se convierte en poseedor sin necesidad de ninguna aprehensión material de la cosa, de manera que puede decirse que es el simple consentimiento del *tradens* lo que le hace poseer.

El segundo de los elementos de la situación posesoria es la voluntad o *animus*. En la doctrina tradicional se suscitaron abundantes dificultades para aclarar en qué consiste esta voluntad necesaria para el fenómeno posesorio, que en las fuentes se llamó *animus rem sibi habendi* o simplemente *animus*. Una opinión, identificaba *animus possidendi* con *animus domini*. El *animus* en la posesión es la voluntad del poseedor de tener la cosa como dueño de ella y de servirse de ella para sus propios fines. No se requiere que el poseedor sepa o crea que es propietario, sino simplemente que quiera hacer con la cosa lo mismo que hace un propietario. La voluntad del poseedor es la misma voluntad del propietario”.

Otra posición distinguía entre relación de lugar, tenencia y posesión. Primero hay un simple contacto con las cosas que no produce consecuencias jurídicas. La voluntad erige esa relación primaria en tenencia o posesión, siendo de mayor entidad las

consecuencias inherentes a esta última (defensa propia y la *actio iniuriandum*). El interés pone en marcha la voluntad. La misión de esta termina aquí. Por sí misma no genera una posesión diferenciada. La línea divisoria entre la tenencia y la posesión no está constituida por la concurrencia en la segunda de una voluntad específica caracterizada como *animus domini*, ni porque la primera quede relegada al mero corpus o contacto con las cosas. El corpus y el *animus* no son, elementos separables. Uno y otro están implicados. La posesión, pues, no se diferencia de la tenencia desde el punto de vista de la voluntad, que es igual para ambas. Obedece tan solo a que el derecho, movido por razones prácticas, en unos supuestos da lugar a efectos que en otros rechaza, como sucede con aquel que detenta un bien cumpliendo órdenes de otro: no obstante que en este caso existe corpus y voluntad de mantener relación con la cosa, el sistema jurídico degrada esta situación y denomina al tenedor no como poseedor, sino como servidor de la misma.

■ PRECIO

El precio es la contraprestación que efectúa el comprador por el bien que el vendedor le entrega en propiedad.

Las obligaciones recíprocas que crea el contrato de compraventa de un bien son la obligación de transferir la propiedad del bien, a cargo

del vendedor, y la obligación de pagar su precio en dinero, a cargo del comprador.

Entre las características del precio tenemos que debe ser en dinero, conforme a la exigencia del artículo 1529 del Código Civil. En nuestro país se entiende por dinero tanto los billetes como las monedas de curso legal emitidos por el Banco Central de Reserva.

Otra característica del precio es que debe ser determinado o determinable. El precio es determinable cuando su monto es fijado al momento de celebrarse el contrato de compraventa y es conocido por las partes en dicho momento. El precio será determinable cuando no ha sido objetivamente fijado su monto pero se han fijado criterios y referencias que permiten establecerlo con certeza, sin influencia posible de la voluntad posterior de las partes.

Asimismo, el precio debe ser verdadero y serio, vale decir que no se aparte demasiado del valor real del bien.

■ PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

La prescripción adquisitiva constituye un modo originario de adquirir la propiedad que deviene por efecto del transcurso del tiempo en la posesión de un bien, por cuanto la obtención del título no toma su fundamento en el derecho de otro, es decir, no

hubo ningún tipo de transferencia. El fundamento radica en el mismo comportamiento que realiza el sujeto sobre el bien. En ese sentido la prescripción adquisitiva es un modo de adquisición de la propiedad en el que confluyen dos factores determinantes: el transcurso de un cierto lapso (que varía según las circunstancias), y la existencia de una determinada calidad de posesión sobre el bien.

El artículo 950 del Código Civil peruano prescribe que la propiedad inmueble se adquiere mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe. La **continuidad** en la posesión hace referencia a que esta debe mantenerse durante un determinado lapso de tiempo sin ningún tipo de interrupción. Esta última solo se presenta cuando el poseedor pierde la posesión o es privado de ella después de un año. En consecuencia, el sujeto que visita los fines de semana su terreno no deja de cumplir el requisito de continuidad en su posesión, ya que ello no constituye una causa para su interrupción. La **pacificidad** en la posesión hace referencia a que esta debe mantenerse sin ningún tipo de conflictos, ello se constituye en un requisito esencial si consideramos que una de las funciones primordiales de la posesión es mantener la convivencia pacífica. No cualquier comportamiento molesto va a desterrar

el requisito de la pacificidad. Así, por ejemplo, las cartas de requerimiento y los actos que ponen en mora. La **publicidad** en la posesión hace referencia a que esta deba realizarse sin ningún tipo de ocultamiento o clandestinidad, es decir, que exista una exteriorización de los actos posesorios. En ese sentido, la posesión que se ejerce sobre el bien debe realizarse de acuerdo al uso cotidiano que se tenga de las cosas, dependiendo de las circunstancias. Así, por ejemplo, si una persona ingresa por las noches a un inmueble por un pequeño hueco, evidentemente no podrá adquirir la propiedad por prescripción, por cuanto el ejercicio de su posesión ha sido clandestino y contrario al uso cotidiano que se tenga de las cosas.

La norma aludida hace referencia a que la posesión se deba ejercer como propietario, es decir, con *animus domini*. Este requisito significa que el poseedor no debe reconocer en otro la titularidad de un derecho mayor sobre el bien. En consecuencia tanto, los poseedores inmediatos como los servidores de la posesión no podrán adquirir la propiedad mediante prescripción adquisitiva, por cuanto reconocen en otro la posesión. Sin embargo, cabe la posibilidad, cumpliendo determinados requisitos excepcionales, de que también puedan adquirir la propiedad si demuestran a través de determinados comportamientos objetivos, manifiestos y evidentes que ejercen sobre el bien una posesión exclusiva, lo cual

mostraría que están desconociendo en otro la posesión. En ese sentido, ya no serían catalogados como poseedores inmediatos o servidores. Así por ejemplo, si un arrendatario deja de comportarse como tal y ello lo demuestra a través de las varias construcciones y edificaciones que realiza sobre el bien, estaría desconociendo la posesión del arrendador. Estas circunstancias, aunado a los requisitos ya mencionados como la publicidad, continuidad y pacificidad de la posesión durante diez años, podrían valer para que este “exarrendatario” pueda adquirir la posesión mediante prescripción adquisitiva.

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

El tiempo es un hecho natural y tiene una serie de efectos en las relaciones jurídicas como son la prescripción y la caducidad. En la doctrina se sostiene que: “en el Derecho el concepto del tiempo se enlaza con el de las variaciones de los fenómenos jurídicos, con el de la forma de sus cambios; y que al hablar del influjo del tiempo en las relaciones del Derecho no se hace referencia al influjo del tiempo puro, abstraídos de los fenómenos, considerado como algo sustantivo, sino al tiempo medida de duración o expresión del cambio de los hechos o estados con eficacia jurídica”.

La prescripción es la consolidación de una situación jurídica por el transcurso del tiempo. Sus dos

modalidades son: adquisitiva y extintiva, y se encuentran reguladas en los artículos 950 a 953 y 1989 a 2002 del Código Civil. La prescripción adquisitiva (usucapión) es considerada un modo de adquirir la titularidad de un derecho real mediante la posesión prolongada, y bajo determinadas condiciones, de un bien.

Por otro lado, la prescripción extintiva o liberatoria consiste en el transcurso de un determinado lapso de tiempo que aunado a la falta de ejercicio de un derecho da lugar a la extinción de la acción correspondiente a ese derecho, sin afectar el derecho mismo que se mantiene vigente pero sin acción que permita hacerlo efectivo.

La idea obvia que nutre la disciplina legal de la prescripción es que los intereses tutelados por el ordenamiento no lo sean (como regla) eternamente, porque todo en esta vida (hasta las relaciones jurídicas) debe tener un inicio, una evolución y un fin. La prescripción es un fenómeno jurídico complejo, en el sentido de que para que opere se requiere de la concurrencia de un conjunto de elementos, deducibles de la ley, los cuales una vez verificados, producirán recién el efecto legal del artículo 1989 del Código Civil.

En el fenómeno prescriptivo son identificables al menos dos “fases” muy marcadas:

- a) Una, que podemos llamar “preliminar”, que va desde el surgimiento de la relación jurídica (y

de las consecuentes situaciones jurídicas subjetivas: activas o de ventaja, y pasivas o de desventaja) hasta el vencimiento del periodo de tiempo señalado por la ley. Una fase marcada por la no actuación de la relación, que provoca una situación modificativa de aquella (de mera “prescriptibilidad”) en la que la situación subjetiva activa pasa de la plena “tutelabilidad” a una “atenuada”, pues surge en el sujeto pasivo de la relación (prescribiente o, también, en quienes tengan legítimo interés) una situación de ventaja (poder-carga) de completar con su actuar el fenómeno prescriptorio; y

- b) Una segunda que podemos llamar “constitutiva” en la que el fenómeno prescriptorio se perfecciona por el actuar de quien se beneficia con él, pasándose así de la mera “prescriptibilidad” (modificativa) a la “prescripción” (extintiva) propiamente dicha, con la consiguiente “liberación” del sujeto pasivo de la relación.

El derecho de prescribir es irrenunciable. Es nulo todo pacto destinado a impedir los efectos de la prescripción, no obstante, se puede renunciar expresa o tácitamente a la prescripción ya ganada. Se entiende que hay renuncia tácita cuando resulta de la ejecución de un acto incompatible con la voluntad de favorecerse con la prescripción.

Los supuestos legales de suspensión de decurso prescriptorio importan la objetivización normativa de circunstancias que hacen difícil e incluso imposible la actuación de las situaciones jurídicas nacientes de determinada relación jurídica. Tales circunstancias son bastante heterogéneas, pero agrupándolas se podrían distinguir entre aquellas atinentes a las relaciones entre las partes, a las condiciones del titular y, en soledad, aquella atinente a la imposibilidad de demandar ante juez peruano.

Se interrumpe la prescripción por reconocimiento de la obligación, intimación para constituir en mora al deudor, citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente y oponer judicialmente la compensación.

PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL

Este principio protege al denominado tercero registral, que es toda persona que tiene inscrito un derecho en el registro y que no es parte en el acto o contrato que afecta dicho derecho. El artículo 2014 del Código Civil establece que para estar amparado bajo la fe de registro, el tercero debe adquirir su derecho cumpliendo los siguientes requisitos:

- Que obre con buena fe, la cual se presume, y aquel que alegue lo contrario tendrá que probarlo.
- Que adquiera un derecho a título oneroso.
- Que adquiera bajo la publicidad que otorga el registro, lo cual significa que el tercero tiene que estar seguro de lo que hace el titular registral, para lo cual debe apelar a la publicidad material.
- Que inscriba su derecho.

La buena fe registral es un remedio frente a situaciones específicas prefijadas y no contra cualquier acto o hecho jurídico que no conste en registros. Se limita a la nulidad o ineficacia del derecho del titular registral, de modo que no defiende al tercero frente a otras situaciones, como la prescripción adquisitiva. Es, pues, una protección de corte contractual o negocial y no real. Protege a cualquier adquirente oneroso de derechos de un titular registral, como sucede con la constitución de una garantía hipotecaria.

Para otorgar protección al tercero que contrata bajo la publicidad del registro se requiere que los contratos se celebren de buena fe, esto es sin la finalidad de ocasionar daños patrimoniales o fraudes, para lo cual se tienen en cuenta aspectos objetivos y subjetivos. La acreditación del conocimiento del tercero de la inexactitud del contenido de la información publicitada en los asientos registrales desvanece la buena fe

que debe primar en la celebración de todo contrato, razón por la cual se pierde la condición de tercero registral.

Un tema relevante para determinar la buena fe del tercero registral, es el relacionado con las anotaciones preventivas caducadas, la cual podría considerarse que al constar en el registro la celebración de un acto que no se llegó a inscribir de manera definitiva su sola existencia hace presumir la fe del tercero. Al respecto estimamos que la existencia de una anotación preventiva no siempre acredita la mala fe del tercero que adquiere un derecho, ya que si este lo adquiere cuando la anotación preventiva ha caducado mantendrá su adquisición. Además, que el artículo 67 del Reglamento de los Registros Públicos vigente establece que la existencia de una anotación preventiva no determina la imposibilidad de extender asientos registrales relacionados con los actos y derechos publicitados en la partida registral, salvo que el contenido mismo de la anotación preventiva o la disposición normativa que la regula establezcan expresamente lo contrario.

PRINCIPIO DE IMPENETRABILIDAD

Este principio procedimental no está contenido en el Código Civil sino únicamente en el artículo X del Título Preliminar del nuevo Reglamento de los Registros Públicos, el

cual impide que inscriba un título incompatible con otro pendiente de inscripción, aunque sea de igual o anterior fecha.

Para la aplicación de este principio se debe tener en consideración qué se entiende por título incompatible, así el artículo 26 del Reglamento General de los Registros Públicos establece que un título es incompatible con otro cuando los mismos están referidos a actos o derechos excluyentes entre sí. Es decir, si se presentan en el libro diario dos títulos referidos a una misma partida registral, en los que se evidencia que el titular registral ha otorgado el mismo derecho a personas distintas, el registrador en virtud del principio de impenetrabilidad tendrá que dar preferencia al que se presentó primero. Por ello, podemos decir que el principio en comentario es de naturaleza procesal, ya que prohíbe al registrador calificar y dar luz verde a la inscripción de un título cuyo asiento de presentación sea posterior a otro asiento vigente relacionado con los mismos actos o derechos que afecten a una misma partida registral.

Así, en virtud del principio de impenetrabilidad si existe un título pendiente de calificación no se podrá liquidar o inscribir otro título incompatible con aquel, por lo que el título posterior será observado. Así, por ejemplo, si A le vende su inmueble a “B” y posteriormente se lo vende a “C”, pero este ingresa su título el 20/10/2010 a las 10:40:08 horas y

“B” ingresa su título el mismo día a las 10:40:09 horas, el registrador deberá calificar primero el título de “C” y observar el título de “B” debido a que el título de “C”, al haber ingresado primero al registro, hace impenetrable la partida registral con respecto al título de “B”. En consecuencia, se produce una especie de bloqueo de la partida registral por el tiempo que se encuentre vigente el asiento de presentación.

No obstante, si el título posterior no es incompatible con el anteriormente presentado, aquel sí podrá ser inscrito, pese a que se refieran a la misma partida registral, tal como sucede cuando se pretende independizar diversos lotes de una partida matriz a través de diferentes títulos. En este caso, el registrador deberá simplemente verificar que no existan dos títulos que pretendan independizar el mismo lote, pues de ser así se aplicaría el principio de impenetrabilidad, esto es, se inscribirá el título que se presentó primero.

En el procedimiento registral, cuando el registrador al calificar un título detecta que existe otro anterior e incompatible, deberá expresar al solicitante del título observado que el plazo de vigencia del asiento de presentación ha quedado suspendido hasta que se inscriba o caduque el asiento de presentación del título anterior, ya que así lo dispone el literal a) del artículo 29 del nuevo Reglamento General de los Registros Públicos. Asimismo, según lo

dispone el artículo 30 de la referida norma, la suspensión del cómputo del asiento de presentación se hará constar en el libro diario y en la partida respectiva.

La jurisprudencia registral ha establecido como precedente de observancia obligatoria que: “El artículo 47 del Reglamento General de los Registros Públicos debe interpretarse en concordancia con los artículos 26 y 29 del mismo reglamento, es decir, en el caso que un título presentado con posterioridad no sea incompatible con uno anterior pendiente de inscripción referente a la misma partida, debe procederse a su calificación y de ser positiva a su inscripción; y en el caso de ser incompatible, debe procederse a la calificación y suspensión del asiento de presentación del título posterior” (Res. N° 083-2003-SUNARP-L).

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad tiene por finalidad impedir que al registro ingresen títulos imperfectos o inválidos, para lo cual el registrador debe verificar que el título materia de calificación cumpla con los requisitos establecidos por la ley, así como los precedentes registrales, para que, de esta forma, haya concordancia entre las realidades registral y extrarregistral. Sin embargo, el hecho de que un título sea examinado en cuanto a su legalidad antes de

ingresar al registro, no significa que con ello quede saneado, pues puede declararse nulo en sede judicial.

Es garantía del sistema registral la autonomía de la función calificadora del registrador; por lo que se explica que las decisiones emitidas por un registrador no sean vinculantes para los demás. Sin embargo, la autonomía del registrador no es absoluta por cuanto su obligación es cumplir con los precedentes registrales aprobados en las sesiones que el Tribunal Registral realiza cada año.

Los únicos elementos que debe tener en cuenta el registrador para efectuar su labor calificadora son los antecedentes registrales y el título materia de calificación; en ese sentido, la autenticidad del título no puede ser cuestionada por el registrador por cuanto, al ser expedido por un funcionario público o una persona que ejerce función pública, como el notario, el título se encuentra premunido de autenticidad. Por tal razón, no corresponde a los registradores tener en cuenta en la calificación elementos extrarregistrales que deriven de una investigación, labor propia de los órganos jurisdiccionales. En ese sentido, se ha pronunciado el Tribunal Régistral: “En la calificación registral debe versar exclusivamente sobre los documentos presentados para la inscripción del acto, no correspondiendo a los registradores realizar una indagación personal o extrarregistral, correspondiendo aquello a la autoridad judicial por lo

que los afectados pueden hacer valer sus derechos en la vía judicial” (Res. N° 024-98-ORLC/TR).

En la calificación de las resoluciones judiciales, los registradores deberán realizar una calificación restringida o limitada, por lo que no podrán evaluar el contenido o fundamentos de estas, limitándose a calificar las formalidades extrínsecas, la competencia de la autoridad judicial correspondiente y la naturaleza inscribible del respectivo acto y derecho, teniendo siempre en cuenta los antecedentes registrales, es decir, solo deben verificar la compatibilidad entre el mandato judicial y los antecedentes registrales, quedando fuera del ámbito de calificación los fundamentos o el contenido de la resolución, así como su adecuación a la ley. En caso de que el mandato no concuerde con los antecedentes registrales, el registrador está facultado para exigir el cumplimiento de actos previos necesarios para la inscripción de determinados actos. Asimismo, podrá solicitar al juez las aclaraciones o informaciones complementarias que sean necesarias o requerir el pago de los tributos aplicables.

PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

Por el principio de legitimación contenido en el artículo 2013 del Código Civil, el contenido de las inscripciones se presume cierto y produce todos sus efectos mientras

no se rectifique o declare judicialmente su invalidez. Tal disposición brinda seguridad al titular registral, pues este tiene la certeza de que su derecho es oponible a terceros y de que nadie podrá cambiar tal situación si es que no cuenta con su asentimiento. De la misma manera brinda seguridad al tercero que contrata con el titular registral, puesto que aquel tendrá la certeza de que contrata con quien está facultado para transferir u otorgar derechos sobre los bienes que se contratan. Empero esto no es absoluto, pues los asientos de inscripción pueden ser rectificadas en sede registral o declarados nulos judicialmente.

Según Bernardo Pérez Fernández del Castillo, el principio de legitimación otorga certeza, seguridad jurídica sobre la titularidad de los bienes y su transmisión. La legitimación se clasifica en ordinaria o extraordinaria: la primera se da cuando existe coincidencia entre el derecho protegido y la realidad de hecho; la segunda, cuando un acto eficaz se ejecuta por un autor que no goza de la titularidad del derecho del que se trata ni respeta la esfera jurídica ajena, lo cual es legitimado por la ley en razón de la apariencia jurídica que se genera. Por tal razón, considera este autor que la legitimación se da con el asiento o anotación en el registro, de tal manera que mientras no se pruebe la inexactitud de lo inscrito frente a lo real, prevalece lo que se encuentra asentado, pues esta es eficaz y crea una presunción *juris*

tantum de que el titular aparente es el real; pero si se trata de actos en los cuales se afecta el interés de un ajeno, la presunción se convierte, *iure et de iure*, en protección a los adquirentes de buena fe, presumiendo que un derecho inscrito existe y pertenece al titular registral^(*).

Este principio tiene sustento la intangibilidad del contenido de los asientos registrales que es una garantía del Sistema Nacional de los Registros Públicos, cuyo contenido solo podrá ser modificado mediante la presentación de un título modificatorio posterior o sentencia judicial firme.

Por otra parte, la rectificación de los asientos procede cuando estos no reflejan la realidad extrarregistral, ya sea por contener un error material o de concepto; sin embargo, los efectos de los asientos se producirán desde la fecha de inscripción.

En aplicación de dicho principio, el Tribunal Registral ha señalado: “Si bien el apelante señala que el titular registral ha adquirido el inmueble de forma delictiva, al no ser aquel la misma persona que en el registro aparece como propietario, se procede a tachar el título, pudiendo el apelante hacer valer su eventual derecho en la vía judicial correspondiente” (Res. N° 777-2003-SUNARP-TR-L).

(*) PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho Registral*. Editorial Porrúa, México, 1995, pp. 76 y 77).

PRINCIPIO DE OponIBILIDAD

Por el principio de oponibilidad registral, las inscripciones son oponibles *erga omnes*, de tal forma que un acto o derecho inscrito será oponible a quien tenga un derecho no inscrito, no pudiendo alegar, el titular de este último, que desconocía la existencia de aquel.

El principio de oponibilidad está contenido en el artículo 2022 del Código Civil: “Para oponer derechos reales sobre inmuebles a quienes también tienen derechos reales sobre los mismos, es preciso que el derecho que se opone esté inscrito con anterioridad al de aquel a quien se opone. Si se trata de derechos de diferente naturaleza se aplican las disposiciones del derecho común”. En virtud de ese artículo, si existen dos hipotecas se aplica el principio de prioridad preferente, y si es que son derechos de distinta naturaleza, se aplica la segunda parte del referido artículo, salvo que exista una norma expresa que permita la prelación de un derecho personal inscrito antes que un derecho real. Como vemos, en tal situación estamos ante una excepción al principio de prioridad preferente o de rango.

Del referido artículo 2022 del Código Civil, se desprende que los conflictos entre derechos subjetivos u otras situaciones jurídicas subjetivas de naturaleza real que suelen derivar de la inscripción en los registros y,

sobre todo, del tiempo en el que han sido inscritos o pretenden inscribirse, estableciendo, en su última parte, sin embargo, un reenvío a las normas de derecho común, cuando se trate de conflictos entre derechos de diferente naturaleza. Así para establecer la preferencia o prioridad que pueda darse a un derecho de propiedad y a uno de garantía hipotecaria, se tiene que observar qué situación subjetiva ha sido inscrita en primer lugar para determinar el rango de preferencia o prioridad. En tal sentido, si la hipoteca ha sido inscrita antes que la venta que ha tenido como consecuencia la adquisición derivativa de la propiedad (o, incluso que la propiedad misma), debe ser priorizada. Naturalmente, el establecimiento de la prioridad preferente (que es la del caso) no tendría sentido si se constata que la existencia de los presupuestos de la denominada prioridad excluyente.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD EXCLUYENTE

Este principio impide inscribir un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior. Se le denomina “prioridad excluyente” porque el título inscrito excluye a otro incompatible, evitando de esta manera que este último acceda a la publicidad que otorga el registro. Este principio es de enorme utilidad, porque permite proteger al titular registral y brinda seguridad jurídica

a aquellas personas que inscriben sus derechos en el registro. De tal manera que si, por ejemplo, “A”, titular registral, vende su inmueble a “B” mediante escritura pública de fecha 15/08/2009, y este no inscribe su dominio, y posteriormente el 21/10/2010 “A” mediante escritura pública vuelve a vender el mismo inmueble a “C” y el 22/10/2010 este último inscribe su derecho de propiedad en el Registro, el derecho de “C” por estar inscrito se hace oponible a terceros, estando protegido por todos los principios registrales. En ese sentido, a pesar de que el título de “B” sea de fecha anterior al de “C”, si “B” pretende inscribir su dominio, el registrador estará en la obligación de tachar el título de aquel por ser incompatible con el título inscrito.

Este principio está contenido en el artículo 2017 del Código Civil, el cual dispone: “No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior”. También está contenido en el artículo X del Título Preliminar Reglamento General de los Registros Públicos, Que establece que: “No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito aunque sea de igual o anterior fecha”.

La jurisprudencia registral ha señalado que “el efecto excluyente del principio de prioridad registral, que opera a favor del titular registral, quien a su vez se encuentra legitimado en sus derechos por virtud del principio de legitimación, tiene sentido y

encuentra su fundamento en la medida en que dicho titular tenga la calidad de tercero registral”. (Res. N° 171-98-ORLC/TR. 55,000 Jurisprudencias. Gaceta Jurídica, 2012).

Un tema relacionado con el principio de prioridad excluyente es el relativo a la posibilidad de que las anotaciones preventivas excluyan del Registro a títulos en los que se soliciten anotaciones o inscripciones incompatibles con el derecho anotado. En tal sentido, en el artículo 67 de dicho reglamento se ha establecido que la existencia de una anotación preventiva no impide extender asientos registrales relacionados con los actos y derechos publicitados en la partida registral, salvo que el contenido mismo de la anotación preventiva o la disposición normativa que la regula establezca expresamente lo contrario.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD PREFERENTE

El principio de prioridad de rango o preferente establece que las inscripciones antiguas son prioritarias a aquellas inscritas con posterioridad, en aplicación del apotegma jurídico *prior tempore, potior jure* (primero en el tiempo, poderoso en el Derecho). Es por ello que el artículo 2016 del Código Civil dispone que: “La prioridad en el tiempo de la inscripción determina la preferencia de los derechos que otorga el registro”. Como puede verse, el Código

sustantivo se refiere a la prioridad en el tiempo de la inscripción, de modo que es necesario determinar desde cuándo se considera inscrito un derecho. A tal efecto, el artículo IX del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos señala que los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que emanen de ellos, se retrotraen a la fecha y hora del asiento de presentación. La preferencia registral puede ser cedida de tal forma que un derecho que no tenga preferencia con respecto a otro adquiera la posición de este último. Por ejemplo, si A presenta su título el 20/08/2012 y tras la calificación respectiva se inscribe el 28/08/2012, se considerará inscrito el derecho desde el 20/08/2012.

Por otra parte, es permitida la reserva de rango a través del bloqueo registral y la permuta de rango entre dos hipotecas inscritas y su posposición. En este último caso una hipoteca inscrita le cede su lugar a otra que se constituye recién.

Este principio se aplica a todos los derechos inscritos sin discriminación alguna, pues de lo contrario afectará la finalidad misma de la inscripción, que es la de hacer oponibles los derechos inscritos ante cualquier persona. En ese sentido, no vemos inconveniente en que el acreedor pignoraticio que haya logrado anotar su embargo tenga preferencia contra el acreedor hipotecario que inscribió su gravamen con

posterioridad al del embargante. Negarle tal preferencia sería contraproducente contra el tráfico comercial, ya que la constitución de hipotecas se convertiría en un mecanismo para defraudar los embargos registrados con anterioridad.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Por el principio de publicidad registral no se puede alegar que no se conoce o se ignora la existencia de los derechos inscritos en el registro; la ley no admite tal aseveración. En esa línea, si en la escritura pública de compraventa de un inmueble que contiene cargas y gravámenes se expresa que dicho inmueble está libre de estos, tal hecho no puede impedir que se inscriba dicha venta. En virtud del principio de publicidad registral, tal declaración se tendrá como no puesta.

Según el artículo 2012 del Código Civil: “Se presume, sin admitir prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones”, disposición que contiene a nuestro entender una norma de carácter imperativo, por lo cual no cabe calificar que el contenido del referido artículo regule una presunción *iure et de iure*, por cuanto tales presunciones no se admiten en el Derecho moderno, por considerarse que no son sino disposiciones legales, o sea auténticas normas jurídicas, enmascaradas bajo

la forma de presunciones. En ese sentido, por lo dispuesto en el acotado artículo nadie podrá alegar que no conoce o ignora la existencia de los derechos inscritos en el registro, porque la ley no admite que se alegue tal situación.

A decir de García Coni, la publicidad registral es la exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general erga omnes y ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación jurídica publicada^(*). La cognoscibilidad que otorga la publicidad registral no está basada en un conocimiento efectivo, sino en brindar las facilidades para que exista o se haga posible ese conocimiento. En tal sentido, el artículo 2012 del Código Civil establece que todos tenemos conocimiento del contenido de las inscripciones, siendo relevantes también los artículos I y II del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, que regulan la publicidad material y formal, respectivamente.

Por la publicidad material, el contenido de las partidas registrales produce efectos respecto de terceros, aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo de ellas. En cambio, la publicidad formal la otorga el mismo registro a través de

(*) GARCÍA GARCÍA. José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1988. p. 41.

sus funcionarios, previa solicitud del interesado, teniendo este acceso a las partidas registrales y, en general, a toda la información del archivo registral.

La presunción de cognoscibilidad general del contenido de los asientos registrales que otorga la publicidad material es complementada con la posibilidad real de que las personas tengan acceso a toda la información que obre en el archivo registral, vale decir de los índices, partidas, títulos archivados, etc. Solo puede negarse el acceso al contenido de las inscripciones cuando la información a publicitarse afecta el derecho de intimidad de las personas, caso en el cual se requerirá consentimiento del afectado.

PRINCIPIO DE ROGACIÓN

En virtud del principio de rogación, toda inscripción se realiza a pedido de parte. Por ello, el procedimiento registral se inicia con la presentación del documento que contiene el acto o el derecho inscribible, en el diario de la oficina registral correspondiente, hecho del que se deja constancia en el denominado “asiento de presentación”. Este principio es acogido tímidamente en el artículo 2011, pero lo desarrolla el artículo III del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos, en el que se señala que los asientos registrales

se extienden a instancia de los otorgantes del acto o derecho o de tercero interesado, en virtud del título que conste en instrumento público salvo disposición en contrario. La rogatoria alcanza a todos los actos inscribibles contenidos en el título, salvo reserva expresa, presumiéndose que el presentante del título actúa en representación de los sujetos legitimados para solicitar la inscripción. Existen determinadas excepciones a este principio, tales como la inscripción de la hipoteca legal o la rectificación de oficio de un asiento registral por contener un error material. En efecto, al momento de calificar un título, el registrador evalúa totalmente los actos inscribibles, no limitándose a los actos señalados en la solicitud de inscripción. La única forma en la que no se procederá a la calificación o inscripción de un acto es si el interesado formula su desistimiento, para lo cual debe legalizar su firma ante notario. La limitación de la calificación del registrador en aplicación del desistimiento parcial de la rogatoria es muy común en el procedimiento registral. Así podemos ver la Res. N° 014-2000-ORLC-TR, emitida por el Tribunal Registral en la cual se señala que: “Si bien del parte notarial obrante en el título archivado se desprende la voluntad expresa de las partes de incluir dentro de la transferencia entre otros, el inmueble materia de inscripción, también es cierto que en función del principio de rogación el representante limitó su rogatoria de inscripción

del título al inmueble matriz, no así a las unidades independizadas ya que algunos de los inmuebles en ellos registrados habían sido transferidos con anterioridad a favor de terceros; consiguientemente la calificación registral solo se efectuó respecto del acto solicitado y no alcanzó a la transferencia de los inmuebles independizados”. Por otra parte, el Tribunal ha señalado que no procede la modificación de la rogación. Así en la Res. N° P005-97-ORLC/TR se señaló: “Si bien el sustento de la ‘voluntariedad’ de la solicitud de inscripción, que subyace como fundamento del principio registral de rogación, permite el desistimiento parcial de la rogatoria en lo referente a algunos actos inscribibles contenidos en el título presentado, la solicitud venida en grado implica la modificación total de la rogatoria formulada inicialmente y formalizada a través del asiento de presentación contraviniendo el Reglamento General de los Registros Públicos, el cual garantiza la prioridad de los títulos presentados al Registro; en consecuencia, la modificación total de la rogatoria es improcedente”.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO

El tracto sucesivo se aplica a todos los registros del sistema registral y se encuentra acogido en los artículos 2015 del Código Civil y VI del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos,

en los que se señala que ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane.

Así para efectos registrales, resulta imposible inscribir por contravenir el principio registral del tracto sucesivo consagrado en el artículo 2015 del Código Civil, toda vez que la titularidad del predio, conforme al registro, corresponde a otra persona. Al respecto^(*), anota que el tracto continuo se opone a que se acepte como “realidad jurídica extrarregistral”, el contenido de documentos en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figura en la inscripción precedente, por cuanto no se debe alterar la secuencia transmisiva, y de los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular de dominio y de los demás derechos registrados (Res. N° 352-2001-ORLC-TR. Data 30,000. G.J.).

Según Roca Sastre, citado por Gonzales Loli, el principio de tracto sucesivo o de continuidad registral consiste en procurar que el historial jurídico de cada finca inmatriculada, respecto de los sucesivos titulares registrales que hayan adquirido el dominio o derechos reales sobre ellas, figure con plena continuidad ininterrumpida en su encadenamiento de

(*) GARCÍA CONI, Raúl y FRONTINI, Ángel. *(Derecho Registral Aplicado)*. Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 176).

adquisiciones sucesivas, cronológicamente eslabonadas las unas con las otras, de modo que el transferente de hoy sea el adquirente de ayer y que el titular registral del actual sea el transferente de mañana^(*).

Cabe mencionar que los actos previos necesarios o adecuados para la extensión de un asiento de inscripción no constituyen un supuesto de ausencia de tracto sucesivo, por lo que los títulos que adolezcan de ese defecto subsanable no pueden anotarse preventivamente debido a que no están incluidos en el inciso c) del artículo 65 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, el cual establece que se pueden anotar preventivamente “los títulos cuya inscripción no puedan efectuarse por no estar inscrito el derecho de donde emane”.

Como se puede advertir, la norma del referido reglamento hace referencia a la inscripción de un derecho, lo cual está relacionado con el tracto sucesivo que tiene por finalidad la acreditación en sede registral de la cadena ininterrumpida de derechos. Por su parte, el acto previo tiene por finalidad cumplir con las formalidades y procedimientos previos a efectos de publicitar un derecho. Así, estaremos ante un supuesto de ausencia de tracto sucesivo si es que “C” pretende inscribir su derecho de propiedad transferido

por “B”, sin que este tenga inscrito su derecho. Por el contrario, estaremos ante un supuesto de acto previo si “C” teniendo su derecho inscrito pretende independizar los departamentos construidos en su inmueble sin que previamente haya declarado la edificación.

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Los principios generales del Derecho con las bases, cimientos o ideas fundamentales que informan el derecho positivo contenido en las leyes y a partir de los cuales se estructura todo el sistema normativo.

No se puede afirmar rotundamente que los principios generales se hallan fuera ni, por el contrario, dentro del ordenamiento jurídico. Lo que sí resplandece en todo caso es su función vertebradora o estructuradora del mismo porque: i) tienen un carácter básico y fundamental en la organización del grupo humano que por él se conduce; ii) revelan de modo espontáneo el sistema de creencias y convicciones en que reposa la organización de tal grupo social. Y ello es así porque si el Derecho es una ordenación organizadora de la comunidad social, no hay que olvidar que reposa en un conjunto de creencias o de convicciones del grupo humano a que va destinado.

En lo que respecta a la fuente de donde provienen los principios generales

(*) GONZALES LOLI, Jorge Luis. *Comentarios al nuevo Reglamento General de los Registros Públicos*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 57.

del derecho, existen diversas teorías, así, una de ellas señala que los principios generales del derecho derivan de las normas positivas por medio de un proceso de abstracción. Una segunda teoría sostiene que los principios generales están más allá de las normas legales, por lo que en realidad se trata de principios del derecho natural. Finalmente, una tercera teoría, ecléctica, sostiene que los principios generales del derecho derivan de la ley, no obstante, cuando esta se agota, es posible recurrir al derecho natural, para derivar de este otros principios del derecho. Entonces, los principios generales del derecho tendrían una doble fuente o lugar de nacimiento.

La doctrina –mayoritariamente– se inclina por esta tercera teoría. En tal sentido, se sostiene que los principios generales pueden ser ubicados en primer lugar dentro de la legislación positiva, mediante la abstracción de su contenido subyacente, mediante los procedimientos correspondientes al método lógico, que indaga la *ratio legis* de la norma. Sin embargo, nada obsta que el agente aplicador de Derecho, indague por principios más generales, que son válidos para el Derecho sin estar, necesariamente, contenidos en norma positiva. Esto supone, naturalmente, que existen principios en varios planos.

Estos varios niveles en los que se encuentran los principios generales, pueden ser divididos del siguiente modo:

1. El primer nivel es el de validez general, universal para todo el fenómeno humano y por ende para el Derecho. En este sentido, sin principios ideológicos de una sociedad o de una época determinada que tienen validez en diversos campos de la vida. Tal es el caso de la libertad, la igualdad, la justicia y otros similares. No obstante, no debe perderse de vista que no son valores cuya primacía rige en todo tiempo y lugar, pues, muchas veces, ellos son recusados o al menos recortados. Por ello no les corresponde tener validez universal, sino validez ideológica, es decir, aceptación intersubjetiva en tiempo y lugar determinados.
2. Hay un segundo grupo de principios propios del Derecho, pero que valen para todos los Derechos establecidos (o cuando menos para la generalidad de ellos). Estos son muchos de naturaleza técnica (no contradicción del legislador, ley especial prima sobre general, etc.) y también de carácter valotario (primer derecho mejor derecho, riesgo en el sentido de que quien participa en la ganancia participe también en el daño, etc.).
3. Un tercer grupo de principios rige a un Derecho determinado y lo caracteriza frente a otros (en el sentido de que aun cuando no es el único sistema jurídico que los tiene, no son principios

aceptados generalmente). A ellos se refiere la legislación peruana cuando señala que “en especial los que informan al Derecho peruano”. Desde el punto de vista técnico, tenemos algunos como el de que los funcionarios del Poder Ejecutivo distintos del Presidente pueden emitir normas de carácter general (por ejemplo, los ministros y aun muchos otros organismos con atribuciones normativas), cosa que no ocurre en todos los sistemas de Derecho. Por otro lado, desde un punto de vista sustantivo o de fondo, tenemos el principio de lo democrático - representativo, que no es un principio común a todos los sistemas.

4. Un cuarto grupo de principios informan diversos aspectos parciales de un sistema jurídico determinado. Pueden situarse en un determinado conjunto, subconjunto, grupo normativo o norma individual y también a ellos se refiere la Constitución peruana al hablar de los principios que informan al Derecho peruano. Si pensamos en nuestro derecho constitucional, a nivel de toda la rama tenemos como principio rector la forma republicana de Estado y ello es particular a nuestro sistema, pues existen otros que tienen formas distintas, por ejemplo la monarquía. Lo mismo sucede con la norma de lección presidencial

que prevé la no reelección inmediata, que es un principio al nivel de la norma individual. Cada uno de estos principios, según el lugar del sistema jurídico en el que se halla inserto, colabora a la determinación de las soluciones jurídicas a darse para los casos, tanto de interpretación como de integración jurídica.

■ PRÓDIGO

Los pródigos son aquellos que despilfarran sus bienes en exceso a su porción disponible. Según el artículo 584 del Código Civil, “[P]uede ser declarado pródigo el que teniendo cónyuge o herederos forzosos dilapidaba bienes que exceden de su porción disponible”.

La prodigalidad se caracteriza por lo siguiente:

- a) Una conducta desarreglada de la persona.
- b) Esta conducta ha de dirigirse a malgastar el propio patrimonio.
- c) Es preciso que se obre con ligereza, o sea, que exista una desproporción con los fines a los que debe dedicar una persona sus bienes.
- d) Que se ponga en peligro injustificado el patrimonio.
- e) Que dicha conducta y ese peligro se efectúen en perjuicio de la familia.

De este modo, y desde un punto de vista subjetivo, la actuación del pródigo no es norma, pues se aparta de la del hombre juicioso de tipo medio, y ello lleva a afirmar que su conducta se basa en un comportamiento anormal patológico, psicológicamente no comprensible.

Cuando se analiza con detenimiento el instituto de la interdicción por causa de prodigalidad, se puede observar con mayor nitidez la marcada vocación patrimonialista de los modelos jurídicos que circulaban en el siglo pasado. No obstante, como consecuencia del cambio en cuanto a los medios tradicionales de transmisión de los bienes, de la mayor relevancia de la circulación de los bienes muebles en vez de aquella de los bienes inmuebles, y de la reevaluación del trabajo como fuerza de riqueza, se produce un cambio en la ecuación propiedad dignidad de la familia. Por consiguiente, el fundamento de la inhabilitación por prodigalidad se encuentra en un proceso de transformación de la tutela de los intereses patrimoniales de los familiares, al equilibrio entre la protección social del individuo (en el respeto de sus libertades civiles) y de la familia (la cual tiene el derecho a ser satisfecha en su mantenimiento, asistencia moral y material).

En cuanto respecta a la validez de los actos realizados por los incapaces, se deben distinguir los actos efectuados antes y después de la interdicción. En el primer caso, la

regla general es que los actos anteriores a la interdicción pueden ser anulados si la causa de esta existía notoriamente en la época en la cual se realizaron. Como excepciones se encuentran los actos del pródigo y del mal gestor, los cuales no pueden ser impugnados (art. 593 del Código Civil). Esto, claramente, resulta un error, en la medida que la excesiva protección que se ofrece al tercero con menoscabo del sujeto sometido a interdicción.

■ PRODUCTOS

Producto es todo provecho no renovable de un bien. En tal sentido todo aquello que pueda ser separado del bien y que no tenga el carácter de renovable es considerado un producto. No necesariamente la extracción de un producto trae aparejada la disminución de la sustancia de un bien, así, por ejemplo, en el caso de una mina, la extracción de un mineral no le quita su condición de tal ni afecta su sustancia. Evidentemente esto dependerá de su estado de explotación.

Atendiendo a lo señalado en el artículo 895, el cual establece que las disposiciones sobre frutos comprenden los productos si ellas no los excluyen expresamente, los productos también podrán ser clasificados en naturales, industriales y civiles.

Una diferencia en el tratamiento de los frutos y productos se puede apreciar en el artículo 1004, el cual

establece que “cuando el usufructo legal recae sobre los productos a que se refiere el artículo 894, los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos”. Lo anterior debido, precisamente, al carácter de no renovable de los productos, a diferencia de los frutos, los cuales no deberán ser restituidos de los ingresos netos obtenidos.

PROHIBICIÓN DE ENAJENAR (PROHIBICIÓN DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDAD)

No se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar (modos de actos de disposición), salvo que la ley lo permita; mandato legal que se sustenta en el derecho de disposición del propietario que constituye la esencia misma de la propiedad. Esta norma contiene un mandato ineludible, no previéndose la posibilidad de que las partes pacten en contrario, constituyendo norma imperativa, el cual es expresado en el artículo 882 del Código Civil que asume plenamente la tesis de la soberanía de la propiedad privada, esto es, el ejercicio pleno de los atributos de la propiedad. Así pues, no tiene sentido hablar de propiedad como poder jurídico si no se permite a quien ejerce ese poder usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien dentro de los límites de las leyes.

Esa es la lógica del Código y las normas jurídicas que expresamente protegen la intangibilidad de los cuatro atributos. El artículo 882 del Código Civil lo hace específicamente con el atributo de disponer, prohibiendo que en un contrato se obligue el propietario a renunciar al poder de disponer de su bien, en este caso, renunciando a enajenarlo o a gravarlo. Es esta una prohibición absoluta, tanto personal como temporal, es decir, que no cabe pactarlo ni por un lapso de tiempo.

No obstante se ha criticado que renunciar a la facultad de disponer y gravar tiene un costo para el propietario. Significa renunciar a la posibilidad de hacer líquido el bien o de usarlo para adquirir financiamiento. Una propiedad a la que se priva de un atributo tan importante como el que permite gravar o disponer, reduce su valor económico, y —evidentemente— vale menos que la misma propiedad con el ejercicio de todos sus atributos sin restricción alguna. Si ello es así, un individuo, actuando razonablemente dentro de la esfera de su autonomía privada, solo aceptará asumir ese costo a cambio de algún beneficio mucho mayor, por lo cual se propone excluir una prohibición absoluta a todo pacto y que solo se referiría a limitaciones perpetuas y permanentes o muy largas. Con ello se tutelaría la intención del legislador de evitar la aparición de propiedades vinculadas, sin limitar

—innecesariamente— el tráfico económico, ya que de lo contrario podría también sacar absolutamente del mercado algunos bienes y servicios, e ir contra el propio sentido económico de la norma.

Así, esta tendría un sentido equitativo, sin limitar transacciones eficientes, pero a la vez cumpliendo su rol de evitar la aparición de formas de propiedad vinculadas. Y para que la única forma coherente de poner al bien en el tráfico de los hombres es que se modifique la prohibición legal absoluta de prohibir contractualmente disponer de un bien determinado (cuya lógica apunta a la libre circulación de los bienes).

Solo así cobraría sentido una prohibición relativa que contemple la hipótesis de que la prohibición absoluta no había tomado en consideración, y que restringía en algunos casos esa libre circulación que, precisamente, trata de proteger la prohibición absoluta de las cláusulas de inalienabilidad. Según estas condiciones, el bien, que con la prohibición absoluta de cláusulas de inalienabilidad no circularía nunca, con la prohibición relativa sí podría hacerlo, y el mercado ganaría.

Se plantea que el artículo 882 del Código Civil establezca un plazo razonable, mientras menos excesivo mejor, para que, con la finalidad de que un bien circule la mayor cantidad de tiempo en el mercado, un propietario pueda contractualmente

ser obligado a abstenerse de disponer de su bien por el menor tiempo posible, si esta es la condición para que suceda lo primero. Se trata, de elegir el mal menor para la libre circulación de bienes y servicios.

Una de tales excepciones que establece el artículo 882 del Código Civil se encuentra regulada en el artículo 10 de la Ley General de Sociedades:

“Artículo 101 .- Limitaciones y prohibiciones aplicables a las acciones

Las limitaciones a la transferencia, al gravamen o a la afectación de acciones no pueden significar la prohibición absoluta de transferir, gravar o afectar. Las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones son de observancia obligatoria para la sociedad cuando estén contempladas en el pacto social, en el estatuto o se originen en convenios entre accionistas o entre accionistas y terceros, que hayan sido notificados a la sociedad (...).”

■ PROMESA PÚBLICA

La promesa pública es el ejemplo típico de promesa unilateral, siendo reconocida como tal por la mayor parte de la doctrina. La promesa pública tiene por contenido una prestación (de ordinario, es una recompensa) que ha de hacerse a favor de quien se encuentre en una determinada situación, o lleve a

cabo una determinada acción (por ejemplo, entregue un objeto extrañado). Constituye, por consiguiente, una promesa unilateral con destinatario indeterminado (*in incertam personam*). La misma es vinculante (obligatoria) para el promitente tan pronto como se haya hecho pública, o sea, llevada a la posibilidad de conocimiento del público, aun sin necesidad de aceptación ajena.

Este instituto es atractivo para las partes que intervienen. Por un lado, al promitente le permite que su promesa llegue a una gran cantidad de público (de acuerdo al mecanismo de publicidad que utilice), lo que le beneficia, pues cuanto mayor es la cantidad de personas que toman conocimiento de su promesa, mayor es la probabilidad de que se cumpla la prestación por él requerida. De otro lado, los destinatarios de la promesa, al existir ya una obligación con la sola declaración del promitente, tendrán un derecho de crédito (sobre la recompensa prometida), siempre que comuniquen al promitente que han cumplido la prestación o se encuentran en la situación solicitada.

Una vez hecha tal comunicación, al promitente solo le quedará cumplir con la recompensa prometida. Con tal seguridad, los destinatarios de la promesa tendrán mayores incentivos en cumplir la prestación requerida, pues en caso que el promitente no cumpla con otorgar la recompensa prometida, el promisorio, en tanto acreedor, podrá demandar

judicialmente el cumplimiento de la prestación, que en este caso viene a ser la recompensa.

Existe una diferencia fundamental entre la promesa al público y la oferta. En la promesa, el promitente queda obligado a su promesa desde que esta se hace pública. Por su parte, quien realiza una oferta al público no queda obligado por su declaración ni mucho menos se encuentra en un estado de sujeción (pues no se trata de una oferta), sino simplemente está realizando una invitación a ofrecer.

Asimismo, la promesa al público no debe confundirse con la oferta al público, la cual es elemento de posible contrato futuro, y no es, por consiguiente, promesa unilateral, como sí lo es aquella.

Los elementos de la promesa al público son los siguientes:

1. La recompensa que realiza el promitente a favor de quien ejecute un determinado acto o se encuentre en una determinada situación.
2. La promesa se realiza mediante anuncio público, es decir, debe estar dirigida a un número plural de personas, las mismas que pueden ser determinadas o no.
3. Para que alguien sea beneficiario de la recompensa debe encontrarse en una determinada situación (exigida por el promitente) o cumplir el acto exigido por aquel.

■ PROMESA UNILATERAL

Es un negocio jurídico de carácter unilateral, posicionamiento que comparte principalmente con el testamento, en tanto su estructura se halla constituida por una sola declaración de voluntad –del promitente– no necesitando –para su perfeccionamiento en el plano de la validez– de la aceptación ni del asentimiento del sujeto hacia el cual se dirige; es más, este sujeto puede ser determinado o determinable, como se tiene en los supuestos de la oferta al público, esto es, cuando se alude expresamente a la necesidad del asentimiento expreso o tácito para que el destinatario sea acreedor de la prestación, que como es conocido, constituye el llamado contenido de la relación obligatoria, que se refiere al momento de eficacia de la promesa.

La promesa unilateral, a diferencia de la oferta, crea de por sí la obligación a cargo del declarante, aun cuando el derecho que corresponde al destinatario solo se perfecciona, en el plano de la eficacia, con el asentimiento de este.

El promitente se encuentra obligado a enajenar desde el momento en que formula su declaración unilateral para que el destinatario de esta obligación se convierta en el acreedor de esta, y en consecuencia, para que pueda acceder efectivamente a la propiedad del bien objeto de transferencia es necesario que este

preste su asentimiento expreso o tácito respecto a la enajenación que el promitente se encuentra obligado a realizar en su favor.

Nuestro Código Civil regula tres hipótesis distintas de promesas unilaterales: la promesa de pago, el reconocimiento de deuda y la promesa de pública recompensa. En las dos primeras, el destinatario no tiene que “hacer algo” a favor del promitente para que surja la obligación, “se promete sin más” y nace la obligación, siendo innecesaria la aceptación del destinatario de la promesa.

Por la promesa de pago, un sujeto se obliga frente a otro a cumplir una determinada prestación. Ej. “prometo pagarte”, así, mediante esta declaración, el promitente quiere el acto y también los efectos, como es pagar la deuda, por ello se le considera una manifestación de voluntad.

En el reconocimiento de deuda, un sujeto identifica una situación jurídica previa de deuda de la que él es titular y luego se la atribuye, en ese sentido constata algo que era cierto, que no modifica la relación anterior, su función es la de probar la existencia de una situación anterior, llamado por ello una declaración de ciencia, que tiene como función probar la existencia de hechos jurídicos de por sí constitutivos, modificativos o extintivos de relaciones, y no constituir las, modificarlas o extinguirlas.

La promesa de pública recompensa, es sin duda la expresión más representativa de las promesas unilaterales. Por la promesa al público el promitente se obliga mediante su declaración hecha en un anuncio público a cumplir una prestación a favor de quien se encuentre en una determinada situación o realice un determinado acto, asimismo, estará legitimado para ser acreedor cualquiera de los destinatarios que se encuentre en determinada situación o que ejecute el acto requerido por el promitente.

El beneficio para el receptor de tales declaraciones consiste en que no tendrá que probar el título bajo el cual es acreedor, por lo que existe presunción de la existencia de la relación causal.

Se critica su ubicación legislativa en el Código Civil porque no es una fuente de la obligación porque lo que es fuente es la relación anterior existente entre promitente y promisario. Como quiera que la promesa unilateral constituya un negocio jurídico unilateral, le son aplicables las reglas del negocio jurídico. Así, para la validez de la promesa será necesario que reúna los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código Civil. La norma no impone una formalidad a la promesa unilateral, por lo que en aplicación del artículo 143 del Código Civil, esta podría realizarse de cualquier forma.

■ PROPIEDAD

El señorío del hombre sobre las cosas es una de las claves de la historia de la humanidad. La apetencia de poder, el apetito de dominación es uno de los motores de la historia del hombre sobre la tierra y de sus evoluciones. La lucha entre los que tienen y los que aspiran tener que subyace en el fondo de todas las ideologías formuladas y que se formularán hasta el fin de los tiempos, es algo obvio que no necesita ningún comentario.

Por ello, la propiedad no es solamente una institución jurídica, sino que es objeto de estudio por diversas ramas: la economía, la sociología, la política, la filosofía jurídica, etc. La propiedad y su regulación jurídica en gran medida no es más que una superestructura de las ideas sociales, políticas y económicas que en un periodo determinado sacuden a las naciones. De ahí que una definición legal de la propiedad está siempre influida por el ambiente histórico en que se formula.

Dentro de un ámbito estrictamente jurídico, el término “propiedad” tiene dos sentidos: uno amplio equivalente a derechos patrimoniales; otro estricto y técnico, equivalente a dominio. Se podría definir la propiedad como el derecho real cuyo ámbito de poder comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa.

Constituye un derecho real y, por lo tanto, tiene las siguientes notas:

1. Es un derecho subjetivo; es más es el derecho subjetivo típico, el más característico. La propiedad, como derecho subjetivo que es, implica un ámbito de poder, de arbitrio, concedido a la persona y para que sirva a sus fines dentro de la comunidad. Pero este ámbito de poder no es concebido como parcela de la total arbitrariedad y del egoísmo. Tiene los límites de todo derecho subjetivo (el ejercicio ha de ser conforme a la buena fe; se condena el abuso del derecho).
2. Implica un poder inmediato sobre una cosa, protegido frente a todos. Desde este punto de vista sí cabe calificar a la propiedad de derecho absoluto y exclusivo; el poder que confiere es directo, es decir, independiente de la actuación de otras personas (absoluto) y la protección que se otorga al derecho es frente a todos, es decir, excluyente.

Dentro de los derechos reales se caracteriza porque el ámbito de poder típico del derecho de propiedad comprende, en principio, todas las facultades posibles sobre la cosa. Por la propiedad, en principio, los bienes están sometidos, en todas las utilidades posibles, al poder del

propietario. Y se dice “en principio” por dos razones fundamentales:

1. Por los límites a los que está sometido hoy el propietario, dado que las cosas han de servir a los fines comunes, y también en consideración a las relaciones de vecindad.
2. Porque la propiedad puede coexistir con las modificaciones de algunas facultades (por ejemplo, la prohibición de disponer) o con derechos reales limitados (que confieren sobre la cosa un poder limitado).

En cuando a las características del derecho de propiedad, principalmente son tres:

Absoluto: el dominio es el derecho real que otorga a su titular la mayor cantidad de facultades posibles sobre una cosa; lo cual no impide la existencia de restricciones que, configurando el estatuto normal del dominio, no alcanzan a borrar este carácter.

Exclusivo: Dos personas no pueden tener en el todo el dominio de una cosa.

Perpetuo: El derecho de dominio no requiere que se lo ejercite para conservarlo, es decir, que no se extingue por el no uso, a diferencia de otros derechos reales, cuya falta de ejercicio acarrea su pérdida.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Es el régimen en el cual existen dos clases de propiedades, una respecto a los bienes exclusivos (departamentos, estacionamientos, depósitos, oficinas, etc) sobre la cual el titular ejerce su derecho de propiedad de manera absoluta, y otra respecto a los bienes comunes sobre los cuales tienen derecho todos los demás propietarios de las secciones exclusivas.

En nuestro país la propiedad horizontal es denominada como Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común y está regulada por la Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, el TUO del Reglamento de la Ley N° 27157, aprobado por D.S. N° 035-2006-Vivienda y la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, aprobada por Res. N° 340-2008-SUNARP/SN.

Este régimen tiene como elementos esenciales la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por inmuebles de dominio exclusivo, pertenecientes a distintos propietarios, y bienes y servicios de dominio común, que cuenten con un reglamento interno y junta de propietarios. Es decir, para la existencia de este régimen se requiere de manera concurrente los siguientes elementos:

- Una edificación en la que coexistan bienes exclusivos y bienes comunes.
- Reglamento interno.
- Junta de propietarios.

En tal sentido, el Tribunal Registral ha señalado que “para que se configure la existencia de una edificación sujeta al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva deberán ser independientes, así como deberán existir bienes y servicios comunes; siendo que estas unidades inmobiliarias de manera directa o comunicándose a través de algún acceso que corresponda a una zona de bien deberán tener acceso a la vía pública, ya sea común a todas las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva”^(*).

Cabe señalar, que la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, ha precisado en su numeral 5.1 que el régimen de propiedad exclusiva y común es obligatorio en todos los casos en que existan unidades inmobiliarias superpuestas en el plano vertical, es decir, este régimen es obligatorio para los edificios de departamentos de uso residencial y centros y galerías comerciales o campos feriales de más de un piso, pues en tales edificaciones al existir bienes exclusivos superpuestos requerirá utilizar los bienes comunes como los ingresos, escaleras, ascensores para tener

(*) Res. N° 159-2006-TR-L

acceso a los bienes de propiedad exclusiva.

PROPIEDADES INCORPORABLES

Las propiedades incorporeales están referidas a aquellos casos en los que el bien objeto del derecho de propiedad es un bien incorporeal. El derecho de propiedad, como tal, es por definición, un bien incorporeal pero el objeto de este podrá ser un bien corporal, (una casa, un auto, etc.) o un bien incorporeal (una marca, una obra, etc.).

Los derechos sobre bienes incorporeales podemos encontrarlos en la normativa sobre Derechos de Autor y Propiedad Industrial.

1. En el caso de los Derechos de Autor, estos se encuentran regulados en el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre Derechos de Autor. Al respecto, el artículo 3 de la referida norma establece que “[l]a protección del derecho de autor recae sobre todas las obras del ingenio, en el ámbito literario o artístico, cualquiera que sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad”. Asimismo, el referido artículo se encarga de establecer de manera expresa la diferencia existente entre la creación u obra como bien incorporeal y el objeto en el que esta se representa o a través de la cual se representa.

Así, el segundo párrafo del referido artículo establece que “[l]os derechos reconocidos en esta ley son independientes de la propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra y su goce o ejercicio no están supeditados al requisito del registro o al cumplimiento de cualquier otra formalidad”. En el caso de los Derechos de Autor nos encontramos ante dos clases de derechos, los morales y patrimoniales.

- a) Los primeros están referidos a la condición misma de autor, tales como: (a) derecho de divulgación, (b) derecho de paternidad, (c) derecho de integridad, (d) derecho de modificación o variación, (e) derecho de retiro de la obra del comercio y (f) derecho de acceso. Teniendo en cuenta la particularidad de estos derechos estos son perpetuos, inalienables, inembargables, irrenunciables e imprescriptibles.
 - b) Los derechos patrimoniales están vinculados con el aprovechamiento económico de la creación, en la forma que lo estime conveniente, salvo prohibición expresa.
2. Por su parte, la propiedad industrial, la encontramos regulada en el Decreto Legislativo N° 1075, Norma que aprueba Disposiciones Complementarias a la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina que establece el Régimen Común sobre

Propiedad Industrial. En general, los elementos de la propiedad industrial son bienes que están vinculados a la actividad de la empresa y que sirven como ventaja competitiva en el mercado. La referida norma establece los siguientes elementos de la propiedad industrial (a) patentes de invención, (b) certificados de

protección, (c) patentes de modelos de utilidad, (d) diseños industriales, (e) secretos empresariales, (f) esquemas de trazado de circuitos integrados, (g) marcas de productos y de servicios, (h) marcas colectivas, (i) marcas de certificación, (j) nombres comerciales, (k) lemas comerciales y (l) denominaciones de origen.

RATIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO

Es un acto jurídico que unilateralmente otorga el representado para aceptar o aprobar el acto celebrado en exceso por su representante o en violación de las facultades de las que la había investido. Por el acto ratificatorio se subsana la falta de consentimiento que previamente debió prestarse y se aceptan los efectos del acto jurídico celebrado de manera anómala o irregular. Librándose de responsabilidad al representante que se excedió o violó las facultades conferidas. Siempre ha existido una confusión en doctrina de esta institución, como lo es la ratificación con la confirmación del acto jurídico.

La confirmación se refiere al acto jurídico por el cual se convalida otro acto jurídico anulable por adolecer de una causal de nulidad relativa. Esto quiere decir que la confirmación del acto jurídico solo es posible en el acto anulable, mas no en el acto nulo. La confirmación del acto jurídico es unilateral, significa que

no requiere sino de la voluntad de la persona que habría podido solicitar la anulación del acto. De esta manera, la confirmación es un mecanismo de subsanar los vicios causales que hacen anulable un acto jurídico y tendrá un efecto retroactivo. La confirmación se retrotrae al momento que se celebró el acto jurídico viciado entre los celebrantes. La confirmación es el acto jurídico por el cual una persona hace desaparecer los vicios de otro acto que se halla sujeto a una acción de nulidad. Esta confirmación no es otra cosa que la renuncia del derecho que la ley le otorga para hacer que se declare ineficaz el acto y puede ser, conforme a nuestro sistema civil, de dos tipos:

- a) **Confirmación expresa:** Es el acto jurídico confirmatorio que se hace constar en instrumento público. No puede haber confirmación verbal. El artículo 230 del Código señala que “[S]alvo el derecho de tercero, el acto anulable puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la

mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo”. Esta regla citada prevé la oponibilidad al acto confirmatorio, esto es, la posibilidad de que un tercero que ha adquirido algún derecho de quien confirma un acto anulable (derecho adquirido obviamente antes de la confirmación y conectado necesariamente con el objeto del acto viciado), puede oponerse para que no le afecten o alcancen los efectos propios del acto confirmatorio. Esta disposición hace referencia a una salvedad al derecho de tercero, con el objeto de conferir plena validez a un acto anulable celebrado anteriormente. La confirmación se denomina expresa por la forma como se manifiesta la voluntad. La norma civil indica la forma de instrumento de confirmación del acto jurídico que debe tener iguales solemnidades a las establecidas para su validez del acto que se confirma.

- b) Confirmación tácita:** Es la que resulta de la ejecución del acto anulable o de la existencia de hechos que pongan de manifiesto la intención de no ejecutar la acción de anulabilidad. El artículo 231 del Código Civil regula la confirmación tácita en los siguientes términos: “El acto queda también confirmado si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la

causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad”. Esta confirmación tácita puede tener diferentes causales, pero nuestro Código Civil ha recogido las circunstancias de ejecución total o parcial del acto jurídico, o la existencia de hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad.

■ RECONCILIACIÓN

La reconciliación puede definirse como el negocio jurídico en virtud del cual los cónyuges, libre y voluntariamente, hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia.

La reconciliación pone fin a la separación de cuerpos. Esto jurídicamente consiste en que el cónyuge ofendido perdona la falta o la causal cometida por el cónyuge culpable, trayendo como consecuencia la reanudación de la vida en común.

Por más sutil que es la diferenciación, se debe distinguir entre el perdón y la reconciliación. El primero supone un acto unilateral, por el cual el cónyuge agraviado renuncia al derecho de invocar culpas que ha dispensado. En cambio, tratándose de la reconciliación, esta implica una concurrencia

de voluntades, la del inocente que perdona, y la del culpable que acepta ese perdón, con el fin de reanudar la vida en común; precisamente por ello se trata de un acto bilateral. De ahí que se pueda señalar que la reconciliación incorpora siempre el perdón, mientras que este no necesariamente es seguido de aquella.

En cuanto a sus efectos, el perdón solo dispensa aquellos hechos que fueron materia del hecho agravante, mientras que la reconciliación borra toda falta producida y conocida hasta ese momento, en tanto es la expresión de una voluntad común que desea reanudar la vida conyugal, por lo que habrán de entenderse superadas las dificultades que existieron.

En lo que respecta a la forma de la reconciliación, esta puede ser:

- a) **Expresa:** la forma común consiste en que la reconciliación se expresa o consignada en un escrito, el cual es presentado al juez ante el cual se sigue el proceso de separación o de divorcio, documento en el que las partes manifiestan su propósito de perdonar los agravios que se hubieran irrogado entre sí.
- b) **Tácita:** la forma típica de la reconciliación tácita es la cohabitación de los esposos después de la separación de hecho. Debe entenderse por cohabitación la unión sexual, por ello no basta que se siga viviendo bajo el mismo techo si la actitud de los

cónyuges revela el rompimiento. En tal sentido, es comprensible que los cónyuges hayan separado habitaciones.

- c) **Por hechos concluyentes:** esta forma de reconciliación presenta una diferencia muy sutil con la anterior, en tanto la reconciliación derivada de hechos concluyentes tiene que ver básicamente con hechos que, a la luz de los demás, den certeza que se ha producido la reconciliación entre los cónyuges sujetos a una separación; tal sería, por ejemplo, que la cónyuge conciba después del inicio del proceso de separación.

En cuanto a los efectos que produce la reconciliación, con esta no solo se restituye todo al estado anterior de la demanda (es decir, una vez reconciliados los cónyuges frente al juez, dicho acuerdo deja sin efecto todos los efectos de la separación, reasumiendo los cónyuges todos sus derechos y deberes de forma normal), sino también se extingue el derecho a accionar la separación de cuerpos por las causales que se hubieren invocado en un proceso anterior.

Finalmente, el Código Civil peruano advierte dos supuestos de reconciliación: uno que se produce durante el proceso, según el cual el juez debe mandar inmediatamente a cortarlo; y el segundo supuesto, el que se produce después de la sentencia ejecutoriada, necesiándose en este caso que los cónyuges se reconcilien

frente al juez y este haga valer dicha decisión dentro del mismo proceso.

RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA

La muerte presunta, a pesar de estar inscrita en el registro de defunciones, abre la posibilidad de que si el muerto presunto regresa o aparece, pueda recobrar ciertos derechos, pero con la salvedad de que los recibe tal cual están en el momento de su aparición. De esta forma, el artículo 67 del Código Civil peruano establece que la declaración de muerte presunta está sustentada en una presunción *iuris tantum*, que puede ser enervada por el reconocimiento de existencia, cuando se acredita la existencia de la persona cuya muerte presunta fue declarada.

Para que se configure el reconocimiento de existencia se necesita que se dé una situación de hecho: en primer lugar la aparición y en segundo lugar, una declaración judicial de reconocimiento, en la cual se deberá adjuntar una constancia de supervivencia. Los efectos de esta declaración judicial operarán retroactivamente. Ello implica, por ejemplo, que si se vendió un bien, los sucesores presuntos deberán devolver el precio producto de la venta.

Resulta ilustrativo observar cómo el artículo 1971 del Código Civil español regula este supuesto, al establecer que “si después de la declaración

de fallecimiento se presentase el ausente o se probase su existencia, recobrará sus bienes en el estado en que se encuentren y tendrá derecho al precio de los que se hubieran vendido, o a los bienes que con ese precio se hayan adquirido, pero no podrá reclamar de sus sucesores rentas, frutos ni productos obtenidos con los bienes de su sucesión, sino desde el día de su presencia o de la declaración de no haber muerto”.

Sería recomendable, ya que en el Código Civil peruano no se hace mención expresa, que cuando se dicte una resolución indicando el reconocimiento de existencia, también en el mismo proceso convendría que se indique expresamente la restitución de los bienes del desaparecido. Esto generaría el ahorro de un engorroso proceso que tendría que seguir el reaparecido, si tiene que pedir que le sean restituidos los bienes que son suyos. Además, surgiría un problema muy grave, debido a que si bien el juez, en la declaración de fallecimiento, manda inscribir una partida de defunción, esta debería tener un carácter provisional hasta un determinado tiempo, para que pase a ser definitiva; o por otro lado, estaría a criterio del juez que si bien hay una partida de defunción inscrita, con la resolución de reconocimiento de existencia, también se debería ordenar la anulación de la partida de defunción, porque de no ser así habría una dicotomía peligrosa: por un lado existe una partida de defunción que

hace considerar que tal persona no tiene capacidad jurídica y por otra parte, una declaración de reconocimiento que indica que sí la tiene. Si bien es cierto que lo segundo es lo que prima, es preferible que se señale, dentro de la resolución de la declaración de reconocimiento, la anulación de la partida de defunción.

RECONOCIMIENTO DE OBLIGACIONES

El reconocimiento es la declaración que hace una persona de estar adeudando una obligación a su acreedor. Por lo tanto, el reconocimiento es un negocio jurídico, es una declaración de voluntad unilateral que produce consecuencias jurídicas.

El reconocimiento puede hacerse:

- Por testamento: podrán usarse cualquiera de las formas testamentarias prescritas en el libro de sucesiones.
- Por negocio entre vivos: en cuyo caso se podrá usar la forma que se desee. Se autoriza así la libertad de forma, salvo que la ley establezca una forma determinada.

Existe diferencia entre el reconocimiento de deuda y el reconocimiento de la obligación (en el primero no aparece la causa de la obligación, pues la intención de las partes es precisamente no expresarla; la promesa es en sí la misma fuente o título de

la obligación asumida por el promitente. El reconocimiento de deuda implica la existencia de una deuda anterior, que sirve de causa al nuevo acto. Bajo tal premisa, si la declaración hace referencia a un título, estaremos frente a un reconocimiento de obligaciones (la obligación proviene del título que se ha reconocido); de otro lado, si el declarante no hace referencia a ningún título, estaremos frente a un reconocimiento de deuda abstracta, esto es, desprovisto de un título en que sustente tal declaración (la obligación proviene de la sola declaración, conforme lo señala el artículo 1958 del Código Civil).

Ello podría conllevar, por ejemplo que se oculte una promesa, de donación bajo la apariencia de un reconocimiento de deuda. Basta con el solo reconocimiento de una deuda para que surja, por efecto de la ley, la presunción de la existencia de la relación causal. Es decir, la obligación siempre tendrá un título en que se sustente, ya sea cuando se haga referencia a él (reconocimiento de obligaciones) o cuando no (reconocimiento de deuda), siendo en este último caso, que su existencia se presume.

El reconocimiento de la deuda u obligación interrumpe la prescripción en cuanto que dicho reconocimiento se exteriorice, puede ser un reconocimiento expreso o tácito. Se estima, de un lado, que el acreedor, se confiará en ella y no verá razón

alguna para demandar judicialmente se derecho de crédito, por parte del deudor se piensa que tal reconocimiento supone como una renuncia a la parte de prescripción que haya transcurrido hasta entonces. Pero también en el ordenamiento se habla de reconocimiento de créditos.

En el Derecho comparado, se habla del reconocimiento de la deuda como derecho abstracto tanto en Alemania, Suiza, y según algunos también en el Derecho italiano, aunque solo en el Derecho alemán aparece claramente el carácter abstracto del reconocimiento de deuda (El BGB refiere a la validez de la promesa y del reconocimiento de deuda simplemente por el hecho de que hagan constar por escrito, siendo considerados como negocios abstractos).

La función del reconocimiento es múltiple, presuponiendo aquella una obligación anterior, esta puede ser ya un contrato, una promesa vinculante, una relación jurídica cualquiera.

A nivel comparado, el Código Civil italiano incluye al reconocimiento entre las promesas unilaterales con valor vinculante, y de ahí se importó a nuestra legislación, mientras que el BGB se parte del contrato en que se reconozca la existencia de una obligación.

La calificación jurídica de un reconocimiento determinado exigirá, por principio el examen y consideración

de la intención del declarante, que no hará ver el alcance, contenido y valor de tal declaración, que no serán lo único que nos permitirá sostener y decir a la vista de tal reconocimiento si estamos ante uno de deuda o de obligación, o incluso de crédito.

■ RÉGIMEN DE VISITAS

La patria potestad es el derecho y deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. Una de las facultades que otorga la patria potestad a los padres es tener a los hijos en su compañía y recogerlos del lugar donde estuviesen sin su permiso, recurriendo a la autoridad si es necesario.

Sin embargo, existe la posibilidad, por diversas razones, de que los padres no ejerzan la patria potestad. Para estos casos, aquellos tienen el derecho a visitar a sus hijos en función a un régimen de visitas que establece el juez, y para lo cual el padre que lo solicita deberá acreditar con prueba suficiente el cumplimiento o la imposibilidad del cumplimiento de la obligación alimentaria.

Sin embargo, este régimen de visitas no es un derecho personalísimo, entendiendo por dicho término el que el derecho solo pueda ser ejercido por una persona resultan intransmisible su titularidad y posterior ejercicio. Por el contrario, el artículo 88 del Código de los Niños y Adolescentes establece que si alguno de los

padres hubiera fallecido, se encontrara fuera del lugar de domicilio o si desconociera su paradero, podrán solicitar el régimen de visitas los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de dicho padre.

Por su parte, el juez, respetando en lo posible el acuerdo de los padres, dispondrá un régimen de visitas adecuado al principio del interés superior del niño y del adolescente, y puede incluso variarlo de acuerdo a las circunstancias, en resguardo de su bienestar.

Asimismo, el padre o la madre que hubiese sido impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo podrá interponer la demanda correspondiente acompañando la partida de nacimiento que acredite su entroncamiento. De igual forma, si el caso lo requiriese, podrá solicitar también un régimen provisional.

Por otro lado, el régimen de visitas decretado por el juez podrá extenderse a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como a terceros no parientes cuando el interés superior del niño o del adolescente así lo justifique. Esto quiere decir que los parientes del menor, distintos a los padres, también gozan de este régimen de visitas, independientemente de si el padre o la madre, cuya tenencia ha sido suspendida, hubiese fallecido o se encontrase fuera del lugar de domicilio.

Pero así como el padre que se ve impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo, tiene un mecanismo de tutela, también el incumplimiento del régimen de visitas establecido judicialmente dará lugar a una sanción en perjuicio del padre o madre que incumple. Así, el artículo 91 del Código de los Niños y Adolescentes dará lugar a los apremios de ley y en caso de resistencia podrá originar la variación de la tenencia. La solicitud de variación deberá tramitarse como una nueva acción ante el juez que conoció del primer proceso.

RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

El matrimonio genera consecuencias económicas, en la cual nuestro Código ha establecido dos regímenes patrimoniales alternativos del matrimonio, tomando en cuenta las diferencias sustanciales entre bienes propios y bienes sociales: sociedad o comunidad de gananciales y separación de patrimonios, que buscan proteger el contenido patrimonial de la familia, protegiendo al matrimonio como negocio jurídico, puesto que es el acto fundamental y básico que genera consecuencias económicas, además de la familia como institución. Esta protección tiene como finalidad evitar prácticas de mala fe por parte de los cónyuges, así como la correcta disposición, utilización y administración de los bienes del matrimonio.

Sociedad de gananciales.- Que es en realidad una comunidad de bienes y está compuesta por los bienes adquiridos por los cónyuges dentro del matrimonio a título oneroso, permaneciendo fuera de él los bienes que tuviesen los cónyuges en propiedad antes del matrimonio y aquellos adquiridos con posterioridad a título gratuito. Sin embargo, pese a que los bienes propios no forman parte de los bienes sociales igual son de interés de la sociedad conyugal, pues los frutos de estos bienes son sociales. La sociedad de gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas y que es distinto del patrimonio de cada cónyuge que la integra, de forma tal que, tanto para realizar actos de administración como de disposición que recaigan sobre bienes sociales, será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges, puesto que esta constituye la voluntad de la sociedad de gananciales.

Bienes sociales.- Son todos aquellos bienes que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y, aun después de su disolución, por causa o título anterior a la misma. En la práctica, no siempre es fácil demostrar qué bienes son propios y cuáles son sociales. Por esa razón se ha introducido cierta presunción que tienen carácter *iuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario: todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.

Separación de patrimonios.- Se trata de una separación convencional, la cual en ocasiones puede ser judicial o legal, y que consiste en que los cónyuges pactan que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales. Tal convenio puede celebrarse antes del matrimonio o durante este para remplazar al régimen de gananciales. El efecto principal de este convenio —que en rigor es un contrato— consiste en que tanto la propiedad, la administración como la disposición de los bienes presentes y futuros de los cónyuges se conserva a plenitud (artículo 327 del Código Civil); no existiendo por lo tanto, ningún impedimento para que los cónyuges que adoptaron este régimen celebren todo tipo de contratos.

Requisitos

- Que los cónyuges lo hayan convenido libremente, antes de la celebración del matrimonio.
- Que se otorgue la correspondiente escritura pública, bajo sanción de nulidad.
- Que se inscriba en el registro personal correspondiente.

Facultades

De administración. Cada cónyuge conserva a plenitud las potestades de administración sin que el otro cónyuge interfiera en ella. Se podrá encargar dicha gestión a terceras personas con facultades generales o especiales.

De disposición o gravamen. Cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad de sus bienes, por lo que podrá disponer libremente de estos a título oneroso y gratuito o someterlos a un derecho real de garantía. Sin embargo, tiene cierta restricción.

Responsabilidades

Las deudas u obligaciones contraídas con terceros serán afrontadas por su titular con sus bienes propios; sin embargo, el sostenimiento y la educación de los hijos competen por igual a ambos cónyuges.

REGISTRO DE BIENES MUEBLES

En principio los bienes muebles no resultan inscribibles, esto debido a que el mecanismo más efectivo para que se publicite la titularidad de estos bienes resulta ser la posesión. En efecto, la posesión de los bienes muebles equivale a título.

El Registro de bienes muebles se encuentra conformado por:

- a) Registro de Propiedad Vehicular. Se inscribe la inmatriculación del vehículo, transferencias de propiedad, anotaciones o cancelaciones de embargos, cambios de características y otros actos relativos a vehículos automotores.
- b) Registro Fiscal de Ventas a Plazos.
- c) Registro de Prendas, este último conformado por la Prenda

industrial, la Prenda Global y Flotante, la Prenda Agrícola y otros actos inscribibles en este Registro.

REGISTRO DE ESTADO CIVIL

El estado civil son todas las situaciones en las que se encuentra un sujeto respecto de su familia, matrimonio y parentesco. Así tenemos la situación de casado, padre, hijo, hermano, incapaz, etc. Resulta trascendente que estos actos sean inscritos pues estos constituyen el presupuesto para el ejercicio de determinadas situaciones jurídicas subjetivas (derechos y obligaciones). Así por ejemplo el sujeto casado no podrá celebrar actos de disposición de la sociedad de gananciales, sino solo con el asentimiento de su cónyuge, pues la misma ley lo prohíbe.

Actualmente nuestro Código Civil ya no regula esta materia sino esta ha pasado a regularse por una ley especial como la ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del 11/07/1995. En su artículo 40 se menciona que el Registro del Estado Civil de las personas es obligatorio y concierne a los directamente involucrados en el acto susceptible de inscripción. Es imprescindible e irrenunciable el derecho a solicitar que se inscriban los hechos y actos relativos a la identificación y el estado civil de las personas, con arreglo a ley. La inscripción en el Registro del Estado civil

genera la obtención de un Documento Nacional de Identidad (DNI).

El DNI es un documento público personal e intransferible. Constituye la única cédula de identidad personal para todos los actos civiles, comerciales, administrativos, judiciales y, en general, para todos aquellos casos en que, por mandato legal, deba ser presentado. Constituye también el único título de derecho al sufragio de la persona a cuyo favor ha sido otorgado.

La no inscripción en el Registro del Estado Civil de las personas impiden la obtención del Documento Nacional de Identidad y la expedición de constancia alguna por parte del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las autoridades políticas, judiciales, administrativas o policiales se encuentran en la obligación de poner en conocimiento del hecho a la dependencia del registro más próximo, bajo responsabilidad.

El artículo 44 menciona que se inscriben en el Registro de Estado Civil:

- a) Los nacimientos.
- b) Los matrimonios.
- c) Las defunciones.
- d) Las resoluciones que declaran la incapacidad y las que limitan la capacidad de las personas.
- e) Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte

presunta y el reconocimiento de existencia de las personas.

- f) Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad.
- g) Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como cuando la tutela o curatela acaba, o cesa en el cargo el tutor o curador.
- h) Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles.
- i) Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y la reconciliación.
- j) El acuerdo de separación de patrimonio y su sustitución, la separación de patrimonio no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación.
- k) Las declaraciones de quiebra.
- l) Las sentencias de filiación.
- m) Los cambios o adiciones de nombre.
- n) El reconocimiento de hijos.
- o) Las adopciones.
- p) Las naturalizaciones y la pérdida o recuperación de la nacionalidad.
- q) Los actos que, en general, modifiquen el estado civil de las

personas, las resoluciones judiciales o administrativas susceptibles de inscripción y los demás actos que la ley señale.

REGISTRO DE MANDATOS Y PODERES

El mandato resulta ser un negocio jurídico por el cual un sujeto le otorga ciertas facultades a otro con el fin de que este último realice determinados actos que tienen relación con los intereses de aquel que otorgó el poder (poderdante). El registro, en ese sentido resulta ser un instrumento idóneo y simple para el poderdante, puesto que le permite de manera rápida y eficaz impedir que personas deshonestas actúen en su nombre. Asimismo su relevancia radica también, en que brinda seguridad jurídica a los terceros que tomando como base el Registro realizan determinados negocios jurídicos con apoderados.

El artículo 2036 de nuestro Código Civil señala que se inscriben en el Registro:

1. Los instrumentos en que conste el mandato o el poder de un modo general o para ciertos actos.
2. Los instrumentos en que consten la sustitución, modificación y extinción del poder o mandato en su caso.

De lo señalado se puede advertir que solo son inscribibles los actos de apoderamiento otorgados en forma

voluntaria por personas naturales y no las que son otorgadas por la ley o por orden judicial. Estas últimas de acuerdo a su naturaleza y función, se inscribirán en otros registros o serán excluidos de aquel.

El artículo 2038 del Código Civil regula un apartado importante dentro de la buena fe pública registral. En ese sentido se señala que el tercero que de buena fe y a título oneroso ha contratado sobre la base de mandato o poder inscrito en el registro del lugar de celebración del contrato, no será perjudicado por mandato, poder, modificaciones o extinciones de estos no inscritos. Es importante señalar que el tercero al que aduce la norma es diferente al tercero que señala el artículo 2014. En primer lugar, porque este último hace referencia estrictamente a un Registro de bienes, es decir, aquí se respeta el principio de tracto sucesivo, mientras que el primero hace referencia a un Registro de personas.

El Registro de mandatos y poderes abre una hoja por cada poder que otorga el sujeto y no en base a la persona que lo otorga. Asimismo aquí también se inscriben las principales modificaciones que sufra el negocio de apoderamiento (ampliación de facultades, revocaciones).

El tracto sucesivo en este tipo de Registro carece de toda relevancia práctica, puesto que el orden en que se inscriban resulta irrelevante puesto que aquí no se presenta una transmisión de derechos.

REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS

Una persona jurídica es un sujeto de derecho que se constituye tomando como base a los individuos para la realización de diferentes fines. En ese sentido, se configura de los siguientes elementos: conjunto de personas, patrimonio que responderá por las deudas que se contraiga y un fin lícito.

El Registro busca publicitar los actos trascendentales de las personas jurídicas como el nacimiento y su extinción, así como otros (nombre, domicilio, organización, funcionamiento) para que de esta manera se busque otorgar seguridad jurídica en favor de los terceros que quisieran realizar negocios jurídicos.

El artículo 2024 de nuestro Código Civil establece que el Registro de Personas Jurídicas, consta de los siguientes libros:

1. Asociaciones: A tenor del artículo 80 de nuestro Código Civil la asociación es una organización estable de personas naturales o jurídicas, que a través de una actividad común persigue un fin no lucrativo.
2. Fundaciones: Son personas jurídicas no lucrativas que se constituyen sobre la base de la afectación de bienes para la realización de un fin de interés social.
3. Comités.

4. Sociedades Civiles.
5. Comunidades campesinas y nativas.
6. Cooperativas.
7. Empresas de propiedad social.
8. Empresas de Derecho Publico.
9. De los demás que establece la ley.

El Código Civil, en su artículo 2024 inciso 9 reconoce la existencia de las personas jurídicas creadas por ley, y autoriza su inscripción en el Registro de Personas Jurídicas. Solo a modo de ejemplo, podemos considerar entre ellas a los colegios profesionales, los cuales, con arreglo al artículo 20 de la Constitución, tienen personalidad jurídica de Derecho Público; y al Banco Central de Reserva, el que de acuerdo con el artículo 84 de la Constitución también goza de personería jurídica de Derecho Público.

REGISTRO DE PROPIEDAD INMUEBLE

El Sistema Nacional de los Registros Públicos (Sinarp) está conformado por cuatro grandes Registros: 1) Registro de Personas Naturales; 2) Registro de Personas Jurídicas; 3) Registro de Propiedad Inmueble, y 4) Registro de Bienes Muebles. Cada uno de estos Registros, a su vez, está integrado por otros Registros según los actos, bienes o derechos materia de inscripción, los cuales se especifican en la primera parte de este curso.

El literal c) del artículo 2 de la Ley N° 26366 establece que el Registro de Propiedad Inmueble unifica a: el Registro de Predios; el Registro de Derechos Mineros, y el Registro de Concesiones para la Explotación de los Servicios Públicos. De todos los registros que conforman el Registro de Propiedad Inmueble el de mayor importancia es el Registro de Predios.

El Registro de Predios, tal como lo dispone la Ley N° 27555, unificó en un solo Registro al que fuera el tradicional Registro de Propiedad Inmueble, con el Registro Predial Urbano y con la Sección Especial de Predios Rurales. En otras palabras, estos tres registros forman lo que ahora se conoce como el Registro de Predios.

El Registro Predial Urbano (RPU) se encarga de inscribir propiedades ubicadas en asentamientos humanos y urbanizaciones populares a nivel nacional, así como predios rurales en el departamento de Lima. Asimismo, el RPU es un Registro con oficinas interconectadas a nivel nacional, lo que permite que se puedan hacer los trámites desde y para cualquier parte del país en donde el Registro tenga competencia.

A su turno, en la Sección Especial de Predios Rurales se inscriben, en todo el país, con excepción del departamento de Lima (que tiene un régimen especial de acuerdo al D. Leg. N° 803), los actos y contratos relacionados con predios rurales, con arreglo a los procedimientos establecidos en el D. Leg. N° 667.

Por último, en el tradicional Registro de Propiedad Inmueble se inscriben o anotan los actos, contratos y derechos relacionados con el dominio y demás derechos reales sobre las propiedades ubicadas en zonas urbanas. En adelante, como se dijo anteriormente, estos registros operarán bajo un mismo sistema organizativo y unificados en el Registro de Predios.

De conformidad con el artículo 2019 del Código Civil, los actos inscribibles en este Registro son:

- a) Los actos y contratos que constituyen, declaren, transmitan, extingan, modifiquen o limiten los derechos reales sobre inmuebles.
- b) Los contratos de opción.
- c) Los pactos de reserva de propiedad y de retroventa.
- d) El cumplimiento total o parcial de las condiciones de las cuales dependan los efectos de los actos o contratos registrados.
- e) Las restricciones en las facultades del titular del derecho inscrito.
- f) Los contratos de arrendamiento.
- g) Los embargos y demandas verosíblemente acreditados.
- h) Las sentencias u otras resoluciones que a criterio del juez se refieran a actos o contratos inscribibles.
- i) Las autorizaciones judiciales que permitan practicar actos inscribibles sobre inmuebles.

Por otra parte, el Reglamento de Inscripciones del Registro Predios aprobado por la Res. N° 248-2008-SUNARP/SN, regula los requisitos para la inscripción de los diferentes actos o derechos en el Registro de Predios, las formalidades de los documentos que dan mérito a las inscripciones, el contenido de los asientos registrales y los procedimientos previstos en otras normas de carácter registral.

REGISTRO DE SUCESIONES INTESTADAS

La denominación “Registro de Declaratoria de Herederos” actualmente ha sido reemplazada por la de “Registro de Sucesiones Intestadas”, conforme lo establecido en el artículo 1 de la Ley N° 26707 del 12 de diciembre de 1996.

Este registro tiene como antecedente el Decreto Ley N° 14607 del 25 de julio de 1963, que dispuso la creación de un Registro con la finalidad de inscribir las resoluciones que ponen fin a los procedimientos de declaratoria de herederos y a sus procesos contradictorios; así como anotar preventivamente las demandas que a juicio del juez fueran inscribibles.

En cuanto al contenido de este registro, es sabido que con la muerte de una persona se produce la transferencia inmediata de los derechos y bienes que haya tenido a aquel a favor de sus sucesores. Sin embargo,

para hacer efectivos dichos derechos, los sucesores, sean estos herederos o legatarios (estos últimos deben haber sido instituidos por testamento), requieren el título de sucesor para ejercer tales derechos. Este título será el testamento si el causante lo otorgó, siempre que sea válido. Ante los casos de inexistencia de testamento, porque no se otorgó o porque se anuló, o invalidó o se tornó ineficaz, entonces el título hereditario se obtendrá mediante el proceso de declaratoria de herederos o sucesión intestada, luego de seguir el procedimiento en la vía notarial.

Se conoce como declaratoria de herederos al pronunciamiento judicial o notarial mediante el cual se reconoce y declara la condición de los herederos leales de una persona fallecida. Como su mismo nombre lo sugiere, se trata de una resolución judicial declarativa o acta notarial, que tiene por objeto acreditar a las personas que tienen el mejor derecho a suceder.

Si se opta por acudir a la vía judicial, se puede obtener la sentencia judicial que declara quiénes son los herederos del fallecido mediante el proceso civil no contencioso de sucesión intestada. Alternativamente, puede solicitarse ante un notario la declaración de sucesión intestada que se materializa en un acta notarial.

Los Registros Públicos relacionados con la materia del Derecho Sucesorio son dos: el Registro de Declaratoria

de Herederos (en sentido estricto, Registro de Sucesión Intestada) y el Registro de Testamentos.

La similitud entre ambos registros es evidente, pero se admite la diferencia en el sentido de que el segundo es el lugar de publicación de expresiones de última voluntad (testamento), y el primero, el lugar en el que se inscriben las resoluciones judiciales o actas notariales que declaren herederos ante la inexistencia de testamento o cuando este es nulo o insuficiente.

Sin embargo, este Registro de Declaratoria de Herederos no solo se limita a publicitar las referidas sentencias y actas notariales. En general, los actos inscribibles en este Registro son, principalmente: 1) la anotación preventiva de la solicitud de sucesión intestada presentada ante notario o ante el juzgado competente que conozca del proceso de sucesión intestada; 2) la anotación preventiva de las demandas sobre acción petitoria de herencia; 3) la sentencia firme que pone fin al procedimiento no contencioso de sucesión intestada; 4) la sentencia firme que resuelve la demanda de petición de herencia; 5) el acta notarial de sucesión intestada.

REGISTRO DE TESTAMENTOS

El testamento permite a quien lo otorgó disponer de sus bienes

después de su muerte en la forma que considere más adecuada a sus intereses. En tal sentido, el Registro busca dar publicidad a los testamentos a efectos de que se respete la última voluntad de su causante, así como asegurar la adquisición de los terceros que contraen con herederos o legatarios inscritos.

El artículo 2039 de nuestro Código Civil señala que se inscriben en el Registro:

1. Los testamentos hacen referencia a que se inscribirá cualquier tipo de testamento: abierto, cerrado o por escritura pública, ológrafo, así como los testamentos marítimos y militares.
2. Las modificaciones y ampliaciones de los mismos.
3. Las revocaciones de los actos a que se refieren los incisos 1 y 2.
4. Las sentencias ejecutoriadas sobre nulidad, falsedad o caducidad de los testamentos.
5. Las sentencias ejecutoriadas en los juicios sobre justificación o contradicción de la desheredación.
6. Las escrituras revocatorias de la desheredación.

Cabe añadir que en este sistema resulta irrelevante el principio de tracto sucesivo, puesto que al no tener como base un bien, resultaría

desacertado darle una aplicación práctica.

Las inscripciones se hacen en el registro del domicilio del testador y, además, en el lugar de ubicación de los inmuebles si se designan en el testamento.

El Registro de Testamento abre una partida por cada sujeto que otorga uno, asimismo si se quisiera inscribir distintos testamentos por un mismo sujeto determinado, todo este conjunto se inscriben en solo folio. En ese sentido, se busca que los testamentos se encuentren en una relación de coordinación.

El procedimiento para inscribir a los testamentos se realizan tomando como base el tipo de testamento que se haya otorgado. Así, si se consignó un testamento por escritura pública o cerrada, este se inscribirá a su otorgamiento, aun cuando el testador no haya fallecido. En esta etapa se inscribe el nombre del testador, los testigos y el notario, quien se encargó de otorgar la fecha. En cambio, en los testamentos ológrafos que constan en un documento privado, no resulta inscribible hasta su comprobación, pues estos adquieren la calidad de título público hasta que muera el causante.

Una vez que el testador haya fallecido el notario se encargará de remitir el parte del testamento por escritura pública.

REGISTRO PERSONAL

El artículo IV del Título Preliminar del Reglamento General de los Registros Públicos señala que por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá la primera inscripción de aquellas, así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno. En el caso del Registro de Personas Naturales, en cada Registro que lo integra, se abrirá una sola partida por cada persona natural, en la cual se extenderán los diversos actos inscribibles. Excepcionalmente, podrán establecerse otros elementos que determinen la apertura de una partida registral.

El artículo 2030 del Código Civil señala que se inscribirán en el Registro:

- a) Las resoluciones en que se declare la capacidad de las personas. En esta parte se inscribirán las resoluciones que declaran la limitación de la capacidad, la incapacidad y el cese de la incapacidad. Estas inscripciones se hacen con el fin de proteger a los terceros.
- b) Las resoluciones que declaren la desaparición, ausencia, muerte presunta, la ausencia por desaparición forzosa y el reconocimiento de existencia de las personas. La desaparición implica que el sujeto no se encuentra en su domicilio y ya han pasado más de 60 días. En

tal sentido se nombra un curador interino quien se encargará de administrar los bienes. La declaración de ausencia se da cuando han pasado más de dos años después de la desaparición. Por otro lado, la declaración de ausencia se presenta cuando han pasado más de 10 años desde la desaparición o 5 si tuviera 80 años.

- c) Las sentencias que impongan inhabilitación, interdicción civil o pérdida de la patria potestad. La inscripción de la interdicción civil resultaba acorde con el Código Penal de 1924, sin embargo, con el Código Penal de 1991 ello resulta inútil.
- d) Los actos de discernimiento de los cargos de tutores o curadores, con enumeración de los inmuebles inventariados y relación de las garantías prestadas, así como su remoción, acabamiento, cese y renuncia. Aquí se inscriben la autorización que realiza el juez luego de evaluar la solicitud del interesado.
- e) Las resoluciones que rehabiliten a los interdictos en el ejercicio de los derechos civiles.
- f) Las resoluciones que declaren la nulidad del matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos y reconciliación. Esta inscripción tiene como función otorgar seguridad jurídica en favor de los terceros que quisieran contratar con uno de los cónyuges. Pues de esta manera se verifica si el

sujeto tiene legitimación para disponer sobre los bienes.

- g) El acuerdo de separación de patrimonios y su sustitución, la separación de patrimonios no convencional, las medidas de seguridad correspondientes y su cesación. Esta permite publicitar la situación de legitimación después del cese del matrimonio.
- h) La declaración de inicio del procedimiento concursal, así como los demás actos y acuerdos registrables conforme a la ley de la materia.
- i) El nombramiento de tutor o curador.

REGISTROS PÚBLICOS

El Registro resulta ser un instrumento jurídico idóneo para sistematizar, ordenar y publicitar los diversos hechos y actos jurídicos que se dan en una determinada sociedad. En ese sentido, resulta relevante porque permite agilizar el tráfico comercial, así como brindar mayor seguridad jurídica. De esta manera, cabe recalcar que el Registro se rige bajo determinados principios que resultan relevantes:

a) Principio de especialidad

Este principio hace referencia a que solo se inscribirán situaciones o relaciones jurídicas plenamente determinadas.

b) Principio de legitimación

Este principio refiere que los actos o relaciones jurídicas inscritas se presumen ciertos, es decir, el titular que aparece en Registros se considera como verdadero propietario mientras no se pruebe lo contrario. En ese sentido, se brinda una presunción relativa de exactitud y validez de las inscripciones, lo cual permite a su vez otorgar seguridad jurídica a los terceros que quisieran realizar determinados negocios jurídicos en base al Registro.

c) Principio de tracto sucesivo

Este principio hace referencia a que los actos que se inscriben en el Registro se encuentren en una relación de continuidad ininterrumpida, de forma que el Registro refleje el historial completo de la finca inmatriculada. Este resulta ser un mecanismo idóneo, pues permite mantener la conexión de las adquisiciones por el orden regular de los titulares registrales sucesivos.

d) Principio de fe pública registral

El fundamento del principio de fe pública registral radica en la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que efectúen los terceros y que se hayan producido confiados en el contenido del Registro para lo cual la ley lo reputa exacto

y completo. Así pues, el tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los registros públicos.

REIVINDICACIÓN DE BIENES HEREDITARIOS

La reivindicación de bienes también procede en el Derecho Sucesorio. En el presente caso, la acción consiste en la pretensión del heredero-propietario no poseedor contra el tercero-poseedor no propietario para reclamar un bien de la masa hereditaria que ha sido dispuesto por el denominado “heredero aparente”. El éxito de la acción procederá en los siguientes supuestos:

- a) En los casos de que un tercero sin buena fe adquiera los bienes hereditarios por efecto de contratos a título oneroso celebrados por el heredero aparente que entró en posesión de ellos. En tal sentido, a efectos de la procedencia de la pretensión será necesario acreditar la (a) ausencia de buena fe del adquirente y (b) la transferencia a título oneroso efectuada por el heredero aparente.

El Código Civil establece en el caso de los bienes registrados que, la buena fe del tercero se presume si (a) antes de la celebración del contrato celebrado entre el heredero aparente y el tercero, el derecho del primero hubiera estado debidamente inscrito, en el registro respectivo (lo cual implica al título que amparaba al heredero aparente y la transmisión de dominio en su favor), (b) y no se hubiera anotado demanda ni medida precautoria que afecte los derechos inscritos.

- b) En el caso, la adquisición hubiera sido a título gratuito o sin título, el heredero demandante siempre tendrá derecho a que se reivindicuen los bienes, incluso si el bien hubiera estado registrado.

REIVINDICACIÓN DE LA PROPIEDAD

El derecho de propiedad como derecho subjetivo cuenta con un conjunto de mecanismos de tutela que permiten que su titular pueda usar y disfrutar de este. El principal mecanismo de tutela con el que cuenta el propietario es la llamada “acción reivindicatoria”, mediante la cual el propietario no poseedor reclama al poseedor no propietario por la restitución de la posesión del bien. Al respecto debe indicarse lo siguiente:

- a) La “acción” reivindicatoria no solo atañe al propietario desposeído sino también al propietario

que por diversos motivos nunca poseyó o que adquirió sin haber poseído previamente.

- b) La “acción” será procedente siempre y cuando el poseedor no tuviera un derecho legítimo sobre el bien, tal como un arrendamiento, por ejemplo.
- c) La “acción” reivindicatoria es imprescriptible, es decir no se extingue por el paso del tiempo y el no ejercicio de la misma (artículo 927 del Código Civil).

En lo que respecta a la regulación positiva el artículo 927 del Código Civil establece que la “acción” reivindicatoria no procederá contra aquel que adquirió por prescripción (adquisitiva). Lo anterior es lógica consecuencia del presupuesto esencial del mecanismo de tutela, el cual es tener la condición de propietario. No teniendo dicha calidad al haber perdido la propiedad por prescripción no se deberá ser procedente la acción reivindicatoria.

RENTA VITALICIA

La renta vitalicia es un contrato por el cual se conviene que una de las partes (conocido como el constituyente de la renta) entregue a la otra (denominada, el beneficiario de la renta) una suma de dinero u otro bien fungible, para que sean pagados en los periodos estipulados.

Entre las principales características de este contrato tenemos que es

temporal, esto es, la obligación de pagar la renta que asume el constituyente de la renta durará hasta la muerte de la persona cuya vida se designó para el pago de la renta. Sobre el particular, el artículo 1926 del Código Civil señala que para la duración de la renta vitalicia debe señalarse la vida de una o varias personas. Así, se establece que en el contrato se determinará la vida en que concluya la renta, cuando se hubiere fijado en cabeza de varias personas.

Igualmente, este contrato puede ser oneroso o gratuito. En el primer caso, el beneficiario entregará una retribución al constituyente de la renta vitalicia; mientras que tratándose de la modalidad gratuita de este contrato, no media contraprestación alguna por parte del beneficiario de la renta a favor del constituyente.

La aleatoriedad es otra de las características más importante de este contrato. En efecto, en la medida que la duración de la renta está delimitada por la vida de una persona, el constituyente no conoce, al momento de celebrar el contrato, el grado o nivel de onerosidad que implicará el cumplimiento del pago de la renta. Es tan esencial el elemento aleatorio de este contrato que el artículo 1927 del Código prescribe la nulidad de la renta vitalicia cuya duración se haya fijado en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública o cuando la renta vitalicia constituida en cabeza de una

persona que padece de enfermedad, si murió por efecto directo de ella dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la escritura pública.

Finalmente, tenemos que la renta vitalicia es un contrato sujeto a formalidad *ad solemnitatem*. En efecto, el artículo 1925 del Código Civil establece que la renta vitalicia se constituye por escritura pública, bajo sanción de nulidad.

RENUNCIA A LA HERENCIA

El texto del artículo 674 señala que “pueden renunciar herencias y legados quienes tienen a libre disposición de sus bienes”, texto que se puede prestar a un sinnúmero de interpretaciones. Históricamente, en las “sucesiones” el Derecho Romano solo contemplaba la “renuncia” para los *heredes extranei* quienes tenían la facultad de repudiar la herencia, mientras que los herederos necesarios (*heredes necessarii* o *domestici*) adquirirían la herencia *ipso iure*, es decir, el heredero entraba a la misma sin su consentimiento o su conocimiento aun contra su voluntad, siendo su adquisición forzosa, producida por el solo hecho de la delación. Por el contrario todos los herederos no comprendidos en la categoría de “domésticos o necesarios” adquirirían la herencia de pleno derecho mediante la “aceptación expresa” efectuada a través de un acto jurídico formal llamado

adición (aditio). Ya en los albores del Derecho Romano bastaba la realización de algún acto no formal que demostrara inequívocamente la voluntad de aceptación, denominada *pro herede gestio* (actuación como heredero), como el caso de cultivar un campo perteneciente a la herencia, o arrendarlo o venderlo, (aceptación tácita). En el Periodo Clásico comenzó a utilizarse una forma ritual denominada *cretio* (decisión), cumplido en presencia de testigos (usualmente siete) mediante una declaración oral que establecía la aceptación de la herencia.

Entonces, se define que la renuncia a la herencia es la manifestación de voluntad, por la cual el heredero o legatario hace constar que no desea que se le considere como tal; esta no puede ser tácita, es expresa y solemne, artículo 675 del Código Civil: por escritura pública o por acta otorgada ante juez al que corresponda conocer de la sucesión, bajo sanción de nulidad, debiendo protocolizarse el acta obligatoriamente. De acuerdo al artículo 674, pueden renunciar a la herencia y al legado quienes tengan la libre disposición de sus bienes. Los capaces, personalmente o por apoderados. Los incapaces a través de sus representantes, mediante autorización judicial. Otra consideración necesaria es acerca del plazo de la renuncia: tres meses si el heredero está en la República; seis meses si está en el extranjero. Estos plazos no son susceptibles de interrumpirse por causa alguna.

Existe una limitación dispuesta en el Libro de Familia, en el artículo 304, que estatuye que ninguno de los cónyuges puede renunciar a una herencia o legado o dejar de aceptar una donación sin el consentimiento del otro. El fundamento de esta norma lo encontramos en que si bien los bienes hereditarios que adquiere cada cónyuge tienen la condición de bienes propios (artículo 302, inciso 3), sus frutos y productos son comunes (artículo 310). El artículo 676 regula la pretensión, denominada de impugnación de renuncia, que pueden ejercer los acreedores del sucesor renunciante a quienes la renuncia perjudique sus derechos de cobro. Así, por ejemplo: X causante. A, B, y C hijos del causante, B renunciante. D y E hijos del renunciante. Entonces D y E heredan por B.

Por último, en el caso de que el renunciante sea el único heredero y no tenga sucesores testamentarios o legales, se adjudicará la masa hereditaria a las entidades u organismos del Estado y a la Beneficencia Pública en conformidad con el artículo 830 del Código Civil.

■ REPETICIÓN

El término “repetición” significa que aquel que pagó algo a alguien tiene la posibilidad de pedir la devolución de lo pagado. En general, repetir puede ser tomado como sinónimo de “solicitar la devolución”. No siempre

el derecho de repetir será aplicable sobre todo lo pagado por lo que habrá que atenerse a la regulación positiva en cada caso específico. Algunos ejemplos de lo antes señalado pueden encontrarse en los siguientes artículos del Código Civil:

- a) El artículo 180 establece en las normas sobre modalidades del acto jurídico que el “deudor que pagó antes del vencimiento del plazo suspensivo no puede repetir lo pagado. Pero, si pagó por ignorancia del plazo, tiene derecho a la repetición”. En tal sentido, se condiciona la repetición de lo pagado a que el deudor haya conocido la existencia del plazo, procediendo la misma en aquellos casos en los que hubiera ignorado el plazo.
- b) El artículo 228 establece que “[n]adie puede repetir lo que pagó a un incapaz en virtud de una obligación anulada, sino en la parte que se hubiere convertido en su provecho”. En tal sentido, si bien se otorga un derecho de repetición en aquellos casos en los que un acto jurídico hubiera sido anulado se fija un límite a la cuantía de la devolución, siendo el mismo aquel en la que el incapaz hubiera obtenido provecho.
- c) Por su parte, el artículo 1275 establece que “[n]o hay repetición de lo pagado en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social o para obtener un fin inmoral o ilícito”. En tal sentido, en el primer

caso, al señalar que no se puede repetir en virtud de una deuda prescrita, se corrobora que en el caso de la prescripción lo que decae es la pretensión de cobro (el Código habla de acción), mas no el derecho sustancial de crédito, el cual se mantiene vigente incluso luego de la prescripción. En lo que respecta a los demás casos estamos ante situaciones de índole moral o social que determinan que el legislador haya tomado en cuenta determinados valores a fin de prohibir solicitudes de devolución de pagos o atribuciones patrimoniales efectuadas atendiendo a determinados motivos.

- d) Otro caso de repetición lo constituye el artículo 1893, el cual establece que “[c]uando varias personas otorgan fianza a un mismo deudor por la misma deuda, el fiador que haya pagado tiene acción contra los demás fiadores por su parte respectiva. Si alguno de ellos resulta insolvente, la parte de este se distribuye proporcionalmente entre los demás”. En tal sentido, se establece un derecho de repetir del fiador que hubiera pagado al acreedor frente a los demás cofiadores.

REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

Lo normal es que los sujetos que celebran negocios jurídicos sean portadores de los intereses subyacentes a

dicha celebración y a la vez destinatarios de los efectos jurídicos, pero puede ocurrir que un sujeto no pueda celebrar personalmente actos de autonomía privada o simplemente que no quiera hacerlo, por lo cual el instituto jurídico que ha permitido que se puedan celebrar negocios jurídicos cuyos efectos habrán de recaer en la esfera jurídica de otro, sea por disposición legal u originada por el sujeto a quien recaerá los efectos negociales, es la representación.

La representación de la sociedad conyugal es ejercida conjuntamente por los cónyuges, aunque cualquiera de ellos, puede otorgar poder al otro para que ejerza dicha representación de manera total o parcial.

Para las necesidades ordinarias del hogar y actos de administración y conservación, la sociedad es representada indistintamente por cualquiera de los cónyuges, por el contrario, cuando son actos de disposición requieren la representación de ambos cónyuges. Por ejemplo, la asunción de una deuda o carga social es un acto que excede la administración ordinaria, requiriéndose por eso el otorgamiento de poder expreso, puesto que no puede presumirse el consentimiento tácito del otro cónyuge, al no atribuirle la ley expresamente a dicho silencio el carácter de manifestación de voluntad.

La representación de la sociedad conyugal a partir de los tipos de actos o necesidades que están en juego. Así,

si se trata de acciones destinadas a satisfacer las necesidades cotidianas del hogar (compra de alimentos; pago de servicios básicos, entre otros), es lógico que la representación de la sociedad pueda darse de manera indistinta por cualquiera de los cónyuges. No parece razonable que para realizar tales actos se requiera de la intervención de ambos cónyuges. Por el contrario, si se trata de cuestiones que trascienden lo cotidiano, se requiere de una representación conjunta. Esto último es una manifestación del igual derecho que tienen los cónyuges de decidir las cuestiones que van a afectar de alguna manera a su patrimonio.

La sociedad conyugal se encuentra representada por los dos cónyuges, la cual además debe ser ejercida de manera conjunta; atendiendo a ello, el artículo 315 del Código en mención establece que, para disponer o gravar un bien social se requiere de la intervención de ambos cónyuges; supuesto que no descarta la posibilidad que uno de ellos pueda otorgar poder al otro, posibilidad legal que se encuentra recogida tanto en el artículo 315 como en el artículo 292 del Código glosado, lo que lleva a concluir que la presencia de ambos cónyuges en un acto de disposición o gravamen, no supone un requisito de validez del acto jurídico, sino supone una adecuada legitimidad para contratar.

La intervención de ambos cónyuges supone dar cumplimiento a un requisito de eficacia denominado legitimidad para contratar, el cual implica

el “poder de disposición que tiene el sujeto en relación a una determinada situación jurídica”.

Tal supuesto resulta plenamente reconocido por nuestro sistema jurídico, ya que puede ser encontrado también en el artículo 161 del Código Civil, a propósito de los efectos realizados por el denominado *falsus procurator*. Es importante poner en realce que la legitimidad para contratar es la “capacidad normativa, es decir, la capacidad de producir efectos jurídicos”. Entonces, la ausencia de legitimidad para contratar produce la ineficacia del contrato y no la invalidez.

El Código Civil reconoce la común participación de los cónyuges en la conducción de los solidarios intereses de orden personal y económico que crea la unión matrimonial. Esto se traduce en resolver de mutuo acuerdo todo lo relativo a la educación y sostenimiento de los hijos y a la administración de los bienes de la familia. Pero si por diversas situaciones, uno de los cónyuges se ve imposibilitado para ejercer directamente por sí estas personalísimas atribuciones, corresponderá al otro el desempeño de la dirección del hogar.

REPRESENTACIÓN EN EL ACTO JURÍDICO

Es aquel acto unilateral, receptivo y autónomo por el cual el representante resulta obligado a ejercer la

representación, pues el representado y el representante pueden estar vinculados jurídicamente por un contrato de prestación de servicios, de mandato, de obra, de trabajo o por cualquier otra relación contractual. Los actos jurídicos son realizados directamente por los sujetos titulares del derecho, pero el mismo avance de la disciplina jurídica ha logrado la intervención de una persona llamada representante, que sustituye al titular o representado, para que en nombre de este último celebre actos jurídicos, cuyos efectos recaen en el mismo representado. En la representación aparecen el representante, el representado y el acto representativo. El primero, es el que obra por otro, el segundo es aquel por quien y el acto representativo es el verificado por el representante ante un tercero, con efectos directos o indirectos para el representado. La utilidad de la representación en el acto jurídico se presenta:

- Permite celebrar un acto jurídico cuando el interesado está imposibilitado para estar en el lugar donde se debe celebrar el acto jurídico.
- Hay personas que no tienen capacidad para ejercer por sí mismas sus derechos, ya que a estas personas les falta el discernimiento necesario, en tal caso la ley designa un representante que actúa por dichos incapaces.

El artículo 145 del Código Civil señala que: “El acto jurídico puede

ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley”. Esto significa que la representación en el acto jurídico puede ser voluntaria o legal:

- a) **Representación voluntaria o apoderamiento:** Es aquella que tiene su origen en la voluntad manifestada por el interesado con capacidad de obrar para que otra u otras personas lo representen ante terceros. Con respecto al apoderamiento este es un acto unilateral por el que una persona representada (poderdante) confiere poder a un representante (apoderado) para que actúe en nombre o representación.
- b) **Representación legal o necesaria:** Es aquella que tiene su origen en la ley. Esta no está regulada en su parte fundamental por el Libro II del Código Civil que solo regula la representación legal en el artículo 167 cuando se refiere a impedimentos que tienen los representantes legales. Subsidiariamente, la representación legal es tratada en cada uno de los derechos que el Código tutela mediante tal representación, es el caso de la representación en la patria potestad, la tutela, la curatela, la sociedad conyugal, los representantes de los desaparecidos o de los ausentes, etc.

Hay que señalar que en la representación, la sola declaración por la que se

designa representante, faculta a este a ejercer la voluntad del representado, sin una aceptación previa, por eso se sostiene que los efectos de la representación son unilaterales, estos es, que únicamente depende de la voluntad del representado. Ergo, se deduce que el representante, si no desea asumir las facultades conferidas, simplemente no las ejerce nunca sin tener responsabilidad por tal negativa.

REPRESENTACIÓN LEGAL DE INCAPACES

El artículo 45 del Código Civil establece que: “Los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de estos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela”.

Se debe partir indicando que la representación es una institución genérica de sustitución de personas. Es aquella actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen (normalmente) en el representado, en la cual tenemos la relación jurídica representativa que es el vínculo existente en las situaciones de representante y representado, de la cual se derivan una serie de derechos, deberes y cargas.

Dentro de los tipos de representación, tenemos a la legal o necesaria que implica que el poder de

representación no deriva de un acto voluntario, sino de un dispositivo legal. Es aquella conferida por el ordenamiento a determinadas personas que, por una posición familiar o por un cargo u oficio, actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones, o para ejecutarlos con su actuación directa. En efecto, la representación legal, es aquella conferida por el ordenamiento a determinadas personas que, por una posición familiar o por un cargo u oficio, actúan en nombre de otras que están incapacitadas o imposibilitadas para asumir derechos u obligaciones, o para ejecutarlos con su actuación directa.

El representante legal, particularmente el del incapaz absoluto o del declarado ausente, no sustituye a la voluntad de su representado, puesto que (de ordinario) la ley no reconoce eficacia jurídica a esta voluntad.

El representado no solo no puede conferir representación, sino que su capacidad jurídica debe canalizarse forzosamente por su representante.

En la representación voluntaria, el representado puede elegir al sujeto representante. No así en la legal, cuyo sujeto unas veces viene predefinido y otras veces no.

No parece que la figura de la ratificación sea posible en materia de representación legal. La representación legal tiene un marco de control ajeno al del propio representado.

Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado: Disponer de ellos o gravarlos, celebrar transacciones, celebrar compromiso arbitral, celebrar los demás actos para los que la ley o el negocio jurídico exigen autorización especial, esta autorización la da el juez: artículos 447 (patria potestad), 531 (tutela), 568 (curatela), 647.9 (consejo de familia).

La representación legal se da bajo el esquema de:

Patria potestad.- Es el derecho y deber que tienen los padres de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores de edad. El ejercicio de la patria potestad tiene por finalidad la actuación sobre la base de los derechos y deberes que corresponden a los progenitores, en unos casos, a ambos y en otros, solo a uno de ellos.

Tutela.- La tutela se dirige y ampara a aquellos menores de edad que no están bajo la potestad de sus padres y que no pueden valerse por sí mismos, o sea, es una institución del Derecho de Familia formada por el conjunto de derechos y obligaciones que la ley confiere a un tercero para que cuide de la persona y de los bienes de un menor de edad que no se halla sujeto a la patria potestad.

Curatela.- La curatela es una institución del Derecho de Familia cuyo fin radica en el cuidado de la persona y de los bienes de los mayores de edad incapaces.

REPRESENTACIÓN PARA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Lo normal es que los sujetos que celebran negocios jurídicos sean portadores de los intereses subyacentes a dicha celebración y a la vez destinatarios de los efectos jurídicos, pero puede ocurrir que un sujeto no pueda celebrar personalmente actos de autonomía privada o simplemente que no quiera hacerlo, por lo cual el instituto jurídico que ha permitido que se puedan celebrar negocios jurídicos cuyos efectos habrán de recaer en la esfera jurídica de otro, sea por disposición legal u originada por el sujeto a quien recaerá los efectos negociales, es la representación, desarrollado por la doctrina civilista alemana del siglo XIX, y que es una manifestación concreta del fenómeno más amplio de la sustitución jurídica.

Es aquella actividad por la cual, sustituyendo ante terceros la persona o la voluntad del representado y actuando por cuenta de él, las consecuencias de la conducta del representante recaen –normalmente– en el representado.

Dentro de los tipos de representación tenemos al voluntario, que es aquel donde el poder de representación deriva de un negocio jurídico de apoderamiento realizado por el representante.

Tiene su origen y fundamento en la voluntad del representado, que confiere al representante facultad de actuación ante terceros –dentro de las atribuciones conferidas– en su nombre y con intención de que valga para el representado (si es representación directa), en su interés (aunque no exclusivo) y por su cuenta. El representado no se desprende ni queda privado de su poder de actuación personal; antes bien, lo amplía al ceder voluntariamente todo o parte de este poder.

La figura de la representación también se aplica al campo de los actos extrapatrimoniales, prueba de ello es que se admita la actuación por terceros en el ámbito del Derecho de Familia. Así, el artículo 264 del Código Civil autoriza a los contrayentes del acto matrimonial que comparezcan a la ceremonia a través de apoderado especialmente autorizado por escritura pública, con identificación de la persona con quien ha de celebrarse, bajo sanción de nulidad.

Para que el poder a que se contrae el artículo 264 surta efecto, deberá elevarse a escritura pública (no requiere inscripción) e identificar en el mismo documento a la persona con quien el poderdante contraerá matrimonio. Asimismo, el otorgante deberá ceñirse en lo que fuere aplicable a lo estipulado por los artículos 145 y siguientes del Código

Civil referidos a la representación, desarrollado líneas atrás.

En sede de doctrina se cuestiona que el acto por el cual se otorgan facultades a un tercero para que intervenga en la ceremonia matrimonial en nombre del contrayente, manifestando la voluntad de este de contraer matrimonio, sea un verdadero acto de representación.

Del texto del artículo 264 se aprecia que al menos uno de los contrayentes debe encontrarse presente en la ceremonia de celebración del matrimonio. Sin embargo, la percepción es que ambos contrayentes puedan celebrar el matrimonio a través de sus representantes.

El matrimonio es nulo si el poderdante revoca el poder o deviene incapaz antes de la celebración, aun cuando el apoderado ignore tales hechos. Para que surta efecto la revocatoria debe notificarse al apoderado y al otro contrayentes. Es lo que señala el Código Civil, pero como se aprecia del texto es una contradicción decir que no importa si ignora el hecho el representante para después afirmar que es un requisito de eficacia que se le haya notificado.

El poder caduca a los 6 meses de otorgado, siendo la característica de ser un poder especial, es decir, aquellos que se extienden para un acto o negocio determinado o para un tipo de actos o negocios.

REPRESENTACIÓN SUCESORIA

Por la representación sucesoria, los descendientes tienen derecho a entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación. En la línea recta descendente la representación es ilimitada a favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna. En la línea colateral solo opera la representación para que al heredar a un hermano, concurren con los sobrevivientes los hijos de los hermanos premuertos que tengan derecho a representarlo. La representación sucesoria está creada para los casos de premoriencia, renuncia, desheredación e indignidad, y consiste en que una vez presentada las situaciones descritas, una persona pueda ocupar el lugar de la persona que le tocaba heredar.

Para que se dé la figura de la representación sucesoria en algunos casos debe concurrir el representante con al menos un heredero, este caso se da cuando se trata de heredar a un hermano. Para que una persona pueda ser representante debe ser descendiente del causante tanto en línea recta como en línea colateral. Por ejemplo, en línea recta, supongamos que Pedro fallece antes que su padre Juan, pero deja esposa y dos hijos. La representación de Pedro para heredar a Juan recaería en sus dos hijos y no en su esposa. Ella

no entraría como representante a heredar el patrimonio de quien fue su suegro Juan. Supongamos en el ejemplo anterior que Pedro deja esposa y a un hijo de esta pero no de él, en este caso ninguno de los dos representaría a Pedro porque no son descendientes de Juan.

El artículo 681 del Código Civil sostiene que: “Por la representación sucesoria los descendientes tienen derecho de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este correspondería si viviese, o la que hubiera renunciado o perdido por indignidad o desheredación”. Esto quiere decir que el presente numeral define genéricamente el concepto de representación sucesoria como el derecho que tienen todos los descendientes de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este correspondería si viviese, o la que hubiere renunciado o perdido por indignidad o desheredación.

La jurisprudencia ha manifestado que “[d]e acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, la representación sucesoria es el derecho que tienen todos los descendientes de entrar en el lugar y en el grado de su ascendiente, a recibir la herencia que a este correspondería si viviese. Por lo tanto, las pretensiones de la conviviente del causante para concurrir a la herencia de este en representación de su hijo premuerto, no se encuentran amparadas por la ley” (Exp. N° 286-90-Lima), así como

también: “La representación sucesoria es el derecho que poseen los descendientes de un heredero premuerto a concurrir a la masa hereditaria del causante en el lugar que aquel ocuparía si viviese. En tal sentido, la viuda del heredero premuerto no tiene vocación hereditaria ni está autorizada legalmente a concurrir a la herencia en representación de su cónyuge; sin embargo, estando los jueces obligados a administrar justicia aun en defecto o deficiencia de la ley, si el heredero premuerto no dejó descendencia debe facultarse a su cónyuge supérstite a participar de la masa hereditaria como sucesora universal de aquel” (Cas. N° 862-95 del 14/10/1996).

■ RES NULLIUS

Expresión latina que quiere decir “cosa de nadie”. Una *res nullius* es un bien que no tiene dueño, es decir, no es propiedad de sujeto alguno. El Código Civil utiliza dicha expresión en el artículo 929 al señalar que “las cosas que no pertenecen a nadie (...) se adquiere por las personas que las aprehenda, salvo las previsiones de leyes y reglamentos”. Asimismo, como ejemplos de dichas cosas de nadie señala a “las piedras, conchas u otras análogas que se hallen en el mar o en los ríos o en sus playas u orillas”.

No debe confundirse las *res nullius* con las *res derelictae*, las cuales son cosas abandonadas, lo cual

presupone que tienen un dueño pero que este no es conocido o conociéndose, se conoce su voluntad de abandonar a la cosa, por ejemplo, en el caso que un sujeto arroje monedas en la calle.

RESCISIÓN DEL CONTRATO

La rescisión es una forma de extinguir un contrato, por el cual este es dejado sin efecto por causal existente al momento de su celebración.

La rescisión es un supuesto de ineficacia que solamente opera en los casos previstos en la ley, y que nuestro Código Civil contempla como remedio únicamente en los casos de lesión (artículos 1447 y siguientes), de venta de bien ajeno (artículo 1539 y siguientes) y compraventa sobre medida (artículo 1575 y siguientes).

Conforme al artículo 1372 del Código Civil, se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato. Esta ineficacia tiene “alcances retroactivos de manera que los efectos contractuales desaparecen también para el pasado como si nunca se hubieran producido; y a diferencia de lo que ocurre con la resolución, no tiene importancia si se trata de un contrato de ejecución instantánea o de un contrato de duración. La explicación es simple: la causa o el origen de

la ineficacia es un defecto en la estructura del contrato, de manera que ese defecto se proyecta sobre toda la relación jurídica y por eso (como en el caso de la anulación) dicha relación se extingue íntegramente también en el ámbito de los contratos de duración”.

Por último, debe señalarse que no obstante los efectos de la rescisión, el Código establece que no se deben perjudicar los derechos adquiridos de buena fe.

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La resolución es un remedio que permite dejar sin efecto la relación jurídica originada por un contrato por causal sobreviniente a su celebración, tal como establece el artículo 1371 del Código Civil. Incide, por lo tanto, en la relación jurídica y no en el contrato mismo.

El segundo y tercer párrafo del artículo 1372 del Código Civil establece que la resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituir las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior y, si ello no fuera posible, deben rembolsar en dinero el valor que tenían en dicho momento.

Sobre la base de lo anterior, puede señalarse que la resolución tiene tanto un efecto extintivo-liberatorio, pues provoca la extinción de la resolución jurídica o la cesación de los efectos contractuales y, por lo tanto, la liberación de ambas partes como un efecto restitutorio, por el cual las prestaciones ya ejecutadas se reincorporan nuevamente al patrimonio de quien las efectuó en mérito al contrato resuelto.

Tratándose de los contratos con prestaciones recíprocas, el artículo 1428 regula denominada resolución por incumplimiento, por la cual cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios. En este caso, a partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación.

Asimismo, el artículo 1429 recoge la llamada resolución de pleno derecho, al establece que en el caso previsto en el artículo 1428, la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando

a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios.

Finalmente, el artículo 1430 regula la condición resolutoria, por la cual puede convenir expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

La responsabilidad civil es en principio aquella situación en la que un sujeto de derecho debe cumplir con una obligación, denominada obligación de resarcimiento, a favor de un sujeto que ha sufrido un daño, siempre que en relación a un ordenamiento jurídico concreto podamos encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad civil. La procedencia del resarcimiento a través de la imputación de responsabilidad representa un mecanismo de tutela que el ordenamiento otorga a los sujetos de derecho y es siempre una reacción frente a una situación que se considera no atendible.

Ahora bien, en la responsabilidad civil suele diferenciarse aquella responsabilidad denominada “contractual” de aquella otra denominada “extracontractual”. En la primera, el daño producido se da en razón del incumplimiento de un deber

concreto y previamente pactado entre los sujetos de la relación jurídica. Por su parte, en el caso de la responsabilidad extracontractual, el daño se produce no por la violación de un concreto deber sino en virtud de haber violado el deber genérico de no causar daño al otro, el denominado *alterum non laedere*. Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho anteriormente no debe olvidarse que existen supuestos en los que el crédito, situación jurídica exigible en lo que se refiere a la prestación, pueda ser lesionada por un tercero, con lo que nos encontraremos ante un supuesto de tutela “aquiliana” del crédito o del contrato (como le llaman algunos).

La responsabilidad extracontractual o aquiliana representa en aquellos casos en los que los sujetos no han tenido una relación jurídica previa o teniéndola no está vinculada, y se causa daño a alguno de estos, o a ambos, en su caso. En nuestro ordenamiento jurídico contamos con dos cláusulas generales de responsabilidad civil extracontractual. La primera es la establecida en el artículo 1969 sobre responsabilidad que tiene como criterios de imputación de responsabilidad subjetivos tales como el dolo o la culpa. La segunda es la establecida en el artículo 1970, en el cual se establecen criterios de imputación de responsabilidad de tipo objetivo como el riesgo o peligro.

La responsabilidad civil sirve como instrumento al ordenamiento jurídico por lo que cumple las siguientes

funciones: (a) resarcitoria, frente a la víctima del daño, (b) preventiva y (c) disuasoria, frente al sujeto que ha ocasionado el daño y la colectividad, así como (d) la distribución de las pérdidas entre los miembros de la sociedad.

La doctrina mayoritaria considera que deben concurrir cinco elementos a fin de encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad civil:

- a) **Imputabilidad:** Es aquella condición que debe tener el sujeto a efectos de que tenga la aptitud para responder y pueda “imputarse” los daños que ocasiona. Determinada doctrina no considera que este sea un elemento general debido a que existen supuestos como en la responsabilidad civil objetiva o por riesgo en los que no debería tomarse en consideración dicho elemento.
- b) **Antijuridicidad:** Entendida como la contravención al ordenamiento jurídico como un todo. En el caso de la responsabilidad extracontractual está referida a dañar a otro sin justa causa o derecho.
- c) **Nexo causal:** Es aquel que se encarga de unir el evento dañoso y el daño efectivamente producido.
- d) **El factor de atribución o criterio de atribución:** Es el elemento que permite imputar la responsabilidad a determinado

sujeto debido a que el mismo ha actuado con dolo o culpa (criterios subjetivos) o con un bien o conducta riesgosa o peligrosa (criterios objetivos).

- e) **Daño:** Es la consecuencia desfavorable para el sujeto que ha sido víctima del evento dañoso. Sin daño no hay responsabilidad.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ASEGURADOR

La denominada “responsabilidad extracontractual del asegurador” representa la posibilidad de que el dañado pueda dirigir su pretensión de daños y perjuicios frente al asegurador del sujeto al que se le imputa haber causado el daño.

La referida posibilidad se instala dentro de las modernas consideraciones de haber trasladado los esfuerzos del derecho de la responsabilidad civil de la sanción al dañador hacia la tutela del sujeto dañado. Así, el mismo podrá solicitar la reparación de forma indistinta frente a uno u otro sujeto. Al respecto, debe tenerse en cuenta las siguientes salvedades:

- a) Técnicamente, y más allá de la expresión, no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil, ya que si bien es posible que el asegurador responsable lo hace en virtud de que está encargado de resguardar la esfera jurídica del dañador y hasta el

monto que se hubiera establecido en el respectivo contrato de seguro.

- b) A efectos de que proceda el resarcimiento, será necesario que el asegurador se encuentre a su vez obligado a pagar al dañador-asegurado, ya que en caso se haya producido un supuesto de suspensión de obligaciones en el contrato de seguro como el no pago de una cuota del mismo o de ausencia de obligación como que el hecho dañoso estuviera dentro de las exclusiones del contrato de seguro, no procedería su cobro.
- c) Tal como ya se dijo, el asegurador solo responde hasta el monto y en los mismos términos en los que tuviera que responder frente al asegurado.
- d) Si bien no se ha previsto, es equitativo que los mayores montos no cubiertos por el asegurador sean cubiertos por el dañador y que en caso el perjudicado hubiera recibido los pagos del asegurador, estos sean descontados del resarcimiento total que deba efectuar el dañador.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL COAUTOR

El supuesto de daño causado por el “coautor” regulado por el artículo 1978 del Código Civil evidencia un

carácter sancionador y además otorga a favor del dañado la ampliación de los sujetos frente a los que puede dirigirse. Al respecto, debe tomarse en cuenta lo siguiente:

- a) El artículo establece la responsabilidad de aquel que ha incitado y del que ha ayudado a causar el daño. En el primer caso estaremos ante un incitador y en el segundo si ante un colaborador (distinto del coautor del artículo 1983: responsabilidad solidaria). Teniendo en cuenta lo anterior debe quedar claro que los “nuevos” responsables responden por ellos mismos teniendo en cuenta su participación en el evento dañoso.
- b) En el caso del incitador, será aquel que estimula, alienta o promueve la realización de determinada actividad. Al respecto, la incitación debe estar dirigida de manera directa a la producción del daño y no solo de manera tangencial. Por su parte, el colaborador será aquel que participa de manera directa y de forma material en la producción del evento dañoso.
- c) Nótese que esta norma no habría buscado, en estricto, que el dañado pudiera encontrarse en una mejor posesión cualitativa para que el daño fuera reparado, ya que se ha establecido que el “grado de responsabilidad será determinado por el juez de acuerdo a las circunstancias”. En

tal sentido, no existe una solidaridad por todo el daño causado ni una posibilidad de que el dañado pueda dirigirse contra el sujeto contra el sujeto que pueda asumir de una mejor manera los daños causados.

- d) El juez será el encargado de fijar el daño concreto que la conducta de incitar o colaborar haya contribuido a la producción del daño.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL INCAPAZ

“Si una persona se halla, sin culpa, en estado de pérdida de conciencia, no es responsable por el daño que causa. Si la pérdida de conciencia es por obra de otra persona, esta última es responsable por el daño que cause aquella”, es lo que dice el Código Civil regulando que la inimputabilidad no genera responsabilidad civil cuando el sujeto se encuentra en ese estado.

La imputación refiere a dos aspectos: uno que alude a que el sujeto a quien se le atribuye las consecuencias jurídicas y patrimoniales del daño debe tener capacidad de goce y de ejercicio, es decir, debe tener dominio de las consecuencias que produce su actuación, reconociendo “lo bueno y lo malo” de su obrar (discernimiento: “capacidad humana para diferenciar aquello que resulta sancionable

y aquello que determina un premio o reconocimiento”). Un segundo aspecto refiere a la posibilidad de atribuir responsabilidad al sujeto por existir un criterio de atribución, por lo tanto, el sujeto es responsable si actúa con dolo o culpa, o si su conducta fue riesgosa o peligrosa. Ante ello, si el sujeto no puede ser imputable (al no poder discernir, según el Código Civil) entonces tampoco se le podría atribuir la “culpa”, puesto que esta refiere a un “actuar sin la diligencia ordinaria”.

La persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable. Y se fundamenta en el traslado del peso económico del daño de la víctima al representante legal por ser este quien vigila y custodia el actuar adecuado del incapaz, debiendo responder ante la sociedad y la persona afectada en tanto su dependiente ocasione algún tipo de detrimento.

No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal, es decir, un sujeto que carece de la facultad de diferenciar cuáles conductas son moralmente buenas y cuáles son malas (es decir, cuáles merecen ser premiadas y cuáles sancionadas). Ante tal situación no se puede atribuir responsabilidad a quien no puede comprender lo ilícito

de su actuar, debiendo ser trasladado el costo económico del daño a quien se encuentra en la mejor posición para asumir las consecuencias patrimoniales de la responsabilidad civil: el representante legal, estando comprendidos los padres o tutores, si se trata de menores de edad, o los curadores, en caso de mayores de edad. Queda claro que, en el caso de los mayores de edad, a efectos que se aplique la normativa comentada, tendrían que ser (previamente) declarados incapaces o interdictos judicialmente.

Asimismo, el padre o la madre no podrán exonerarse de responsabilidad si es que alegan que no viven con sus hijos, salvo el caso en el cual se les ha privado o suspendido la patria potestad (artículo 340 del Código Civil por separación de cuerpos).

Si la víctima no ha podido obtener reparación, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo, ello se justifica en la asunción de un deber de indemnizar (puesto que no tiene capacidad de ejercicio por ser inimputable), sino en un mandato legal para lograr la adecuada satisfacción del interés perjudicado, logrando la redistribución, aunque si bien es cierto que el modelo peruano establece la responsabilidad solidaria entre los representantes y los incapaces, a la larga, quienes asumen los costos de la indemnización, son (generalmente) los representantes legales.

Solo se configurará la responsabilidad solidaria del representante legal por los daños del incapaz con discernimiento que esté bajo su cuidado personal, esto es, sino una responsabilidad objetiva imputable a quien se halla jurídicamente obligado a controlar a un sujeto con capacidad restringida, haciéndole internalizar los daños que este ocasiona, por cuanto objetivamente se encuentra en la mejor posición para evitarlos. Los representantes legales no responderían en los supuestos de caso fortuito, hecho de un tercero o de la propia víctima.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR CAÍDA DEL EDIFICIO

El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si esta ha provenido por falta de conservación o de construcción. Si se realiza una interpretación literal del artículo 1980 del Código Civil, su aplicación se debe restringir únicamente al propietario del inmueble; si en cambio se hace una interpretación extensiva del concepto dueño como sujeto que ejercita el control jurídico sobre el bien, los efectos de la norma materia de comentario podrían alcanzar a sujetos distintos del propietario del edificio.

No obstante, existe otra posición que, de acuerdo a la interpretación literal, indica que el arrendatario u

otro poseedor del inmueble puede que ocasione el daño o no, pero frente a los terceros, el responsable es el propietario. Las relaciones entre arrendatario y arrendador solo tienen relevancia al interior del vínculo que los liga, no hacia el exterior (queda sin perjuicio, sin embargo, la acción de regreso, cuando el arrendatario no ha dado al propietario las informaciones necesarias para conjurar el estado peligroso del inmueble, y cuando dicho estado peligroso se ha debido a la actividad dañosa del propio arrendatario). El contrato de arrendamiento no hace desaparecer la responsabilidad del primero por el deterioro del edificio, y tampoco elimina su deber de vigilancia sobre el buen estado del inmueble. Sin embargo, si el arrendatario ha incurrido en negligencia, el propietario no responde si prueba que tal conducta negligente constituye causa autónoma y absorbente del evento lesivo.

El modelo peruano solo se refiere a la caída de un edificio, sin embargo, esta limitación se puede salvar haciendo una interpretación extensiva del concepto de edificio. Se debe comprender dentro de este término a la construcción subterránea, a las tribunas de un estadio deportivo, entre otros supuestos, que comprendan una construcción.

En la medida que se beneficia el titular del edificio, sea viviendo en este, o disponiendo del mismo (a título gratuito u oneroso), él tendrá que asumir los costos de los daños

que produzcan su caída por vicio de construcción o falta de conservación, es responsable el propietario por el hecho de ser tal, esto es, estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, pues la víctima no tiene que demostrar la falta de diligencia o la intencionalidad del propietario atendiendo a que lo que se persigue es otorgar a la víctima un mecanismo más expeditivo para que se le resarzan los daños que pueda haber sufrido, y a que es el propietario del inmueble el que en forma implícita asume como propio el riesgo de la existencia de la cosa y de los daños que esta pueda causar.

Si los daños se producen por la demolición, no se aplica el artículo 1980 del Código Civil, sino el artículo 1970 del mismo Código por la naturaleza de la actividad. No se considera caída el daño sufrido por el propietario de una construcción adherente o de apoyo que sufra daño por efecto de la demolición. Es pacífico que también para este supuesto de responsabilidad el daño debe derivar de la cosa en sí y no, en cambio, de la cosa empleada por el hombre cual objeto instrumental de su actividad.

Constituye caída no solo la desintegración de partes esenciales de la construcción, sino también, el mero desprendimiento de cualquier objeto, incluso accesorio u ornamental, que haya sido incorporado a la construcción. En efecto, se deben incluir dentro del ámbito de aplicación de la norma las caídas parciales, incluso

de bienes accesorios que estén permanentemente afectados al inmueble de tal forma que formen parte de una unidad relativamente estable y que sirvan para los fines a los que se destine la edificación, como serían –por ejemplo– los ascensores, ventanas y vidrios, sistemas de aire acondicionado, monumentos, cornisas, entre otros. Reconocemos que podrían existir situaciones en las que no resuelva la interrogante la definición que ha sido propuesta, como sucedería en el caso de caídas de antenas o paneles publicitarios instalados en el inmueble; por ello, opinamos que debe ser el juzgador quien establezca caso por caso cuándo debe aplicarse el artículo 1980 y cuándo no, sin ajustarse a fórmulas rígidas al respecto. En atención al artículo 1985 del Código Civil, es importante acreditar la **relación de causalidad** entre la caída del edificio y el daño producido, así, el deterioro de un edificio, o de una parte de este, no se ha debido a defecto de manutención o a vicio de construcción, si su causa ha sido la ruina de otra infraestructura, a él contigua.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO DE DEPENDIENTES

La naturaleza de este tipo de responsabilidad es objetiva, en este supuesto “el criterio de imputación consiste en la relación que existe entre el

responsable y el sujeto que ha causado el daño”. La responsabilidad de los principales y los dependientes, como ha sido señalado, “desde la antigua fundación de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* continúa hacia el reconocimiento del carácter objetivo de una responsabilidad que permanece siendo vicaria (en cuanto presupone la del dependiente), llega después a una fase en la cual el aspecto vicario desaparece (admitiéndose la aplicación de la normativa incluso cuando el autor del daño no responda personalmente) y llega, finalmente, a la responsabilidad directa (ya no vicaria) de la empresa por todos los daños ocasionados, aunque sean independientes de un comportamiento humano, por el proceso productivo.

La responsabilidad del principal no es vicaria ni indirecta: es directa por su propia actividad (empresarial o no).

Para que se configure esta responsabilidad deben darse los siguientes requisitos:

a) Una relación de subordinación. Como veremos más adelante, los operadores jurídicos tienden a ser un tanto elásticos en la calificación de la relación de subordinación. Así, se afirma que “en las aplicaciones jurisprudenciales, lo que cuenta no es tanto la calificación formal que las partes dan a la relación, sino la valoración de la existencia efectiva de una

relación sobre la cual una persona actúa a pedido y por cuenta de otro (el comitente), quien por ser titular de la actividad, en cuya ocasión se ha verificado el hecho ilícito, es el sujeto que está en situación de controlar las condiciones del riesgo inherente a esa actividad”. Por eso, la doctrina italiana prefiere hablar de relación de preposición, entendida como aquella “mediante la cual un sujeto (preponente) se apropia de la actividad de otro (prepuesto)”.

b) Que el subordinado ocasione daños. Uno de los supuestos de la responsabilidad civil (objetiva) del principal es que el dependiente incurra en responsabilidad subjetiva (dolo o culpa). Sin embargo, no se descarta la posibilidad que también se configure, por parte del dependiente, una responsabilidad objetiva, por ejemplo, ex artículo 1970 del Código Civil.

c) Que exista una relación de causalidad o de ocasionalidad necesaria entre el ejercicio de las funciones y el daño.

Existe responsabilidad solidaria entre el principal y el subordinado, permitiéndole al afectado dirigirse a más sujetos o a quien se presente mayormente solvente. El principal, una vez que ha pagado por los daños ocasionados, tiene expedito el derecho de regreso contra el subordinado.

Lo único que cuenta actualmente para que el tercero sea responsable es que entre el agente y ese tercero exista una relación de subordinación en donde, más allá de los aspectos formales, el principal tenga efectivamente la dirección y la autoridad ya sea sobre el cargo, ya sea con relación al servicio específico: la relación entre uno y otro no debe ser de tipo horizontal sino de tipo vertical y jerárquico. En efecto, la relación de dependencia (...) puede originarse en una situación de facto, en un pacto, en una convención o en un contrato (...) no puede ser confundida con la dependencia laboral, ya que estar bajo las órdenes de otro no significa ciertamente que aquel que causa el daño sea un apoderado de aquel a quien se atribuye la responsabilidad o que tenga instrucciones expresas para obrar en la forma en que se produjo el daño, implica que, por mandato de la ley y atendiendo a ciertos fines, sociales, una persona responde por los actos de otro.

De esta manera, es obvio que un profesional independiente, que presta servicios para una determinada persona natural o jurídica, no está bajo las órdenes de esta; y, consiguientemente, no asume responsabilidad por los daños que cause el profesional. Así, el cliente no sería responsable del atropello a un peatón causado por un abogado agitado, en circunstancias en que con gran prisa se dirigía (con retraso) a la Corte para informar en el caso de tal cliente.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑO DE LOS ANIMALES

Al igual que en los casos anteriores de responsabilidad por hecho ajeno, la responsabilidad civil del autor indirecto no se sustenta en la noción de culpabilidad, sino en factores de atribución objetivos, razón por la cual el autor indirecto no puede liberarse de responsabilidad civil invocando su ausencia de culpa, una vez verificados los requisitos generales y especiales antes mencionados.

En el caso específico de daños causados por animales, el requisito especial de configuración es que el autor indirecto tenga el animal bajo su cuidado o que sea su propietario. Se atribuye responsabilidad al propietario o custodio por los daños producidos por el animal, a no ser que pruebe que el evento tuvo lugar por obra o causa de un tercero, en la cual se aplica la regla de responsabilidad objetiva, al desprenderse de la norma que el resarcimiento no está supeditado a la negligencia o imprudencia (culpa) del responsable.

Es decir, se deben resarcir los daños ocasionados sin que importe si la conducta del propietario o custodio del animal se adecuó o no a un patrón esperado de diligencia. En el caso concreto, se debe probar, primero, que el daño se produjo por el hecho del animal, y, en segundo lugar, que el demandado es su dueño o

la persona que lo cuidaba. Probará, finalmente, los daños concretos producidos y el monto indemnizatorio respectivo.

Deben distinguirse los tipos de animales, pues no todos encierran un peligro de daño per se (el régimen de responsabilidad no puede ser igual en caso de animales domésticos o salvajes). En ocasiones, la calificación de peligrosidad depende no solo de la propia naturaleza del animal, sino de factores culturales, justificándose plenamente la regla de objetividad cuando el animal es verdaderamente riesgoso (peligroso).

Si bien es indudable que no todo animal es riesgoso o peligroso, puede interpretarse que el fundamento del factor de atribución objetivo del artículo 1979 es justamente el riesgo; es decir, que la ley (equivocadamente, claro está) atribuye al común de los animales la calidad de bienes riesgosos, lo que permitiría la aplicación sistemática del artículo 1972.

Aquellos eventos esencialmente debidos, no a fuerzas irreprimibles de la naturaleza externa o a hechos imprevisibles e inevitables de terceros, sino a impulsos internos propios de la naturaleza de los animales, no pueden considerarse casos fortuitos, por cuanto aun ellos son imprevisibles e inevitables con la común diligencia del custodio. Y es que aun si el animal está domado o es manso, pueden tener reacciones de agresión

o violencia o producir daños con su simple actuar irracional.

Distinta es la situación si el animal es solo un instrumento para ocasionar daños (como cuando una persona azuza a un perro para atacar a otro) del caso en que el animal actúa por sí solo, dentro de su irracionalidad. En el primer supuesto, es aplicable la cláusula normativa general sobre la responsabilidad civil (en el Código Civil peruano, la primera parte del artículo 1969), y esta pesará sobre el autor a título personal (y no en función de su nexo jurídico con el animal dañador).

En la mayoría de los casos, quien tiene a su cuidado el animal será también su propietario, de modo que solo contra este podrá dirigirse la víctima a efectos de obtener objetivamente el resarcimiento respectivo. Sin embargo, si quien resulta custodiando al animal dañoso no es el propietario sino un tercero, entonces la víctima debe dirigirse contra este último.

Que la responsabilidad involucre al custodio no es, sino una imposición de sentido común, pues no puede exigirse la demostración de un ligamen de propiedad (de un derecho real) respecto del animal, porque se haría sumamente gravosa la situación de los perjudicados. El custodio es entendido como aquel que tiene un efectivo poder de control y disposición sobre el animal.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL POR RIESGO

El Código Civil ha establecido dos cláusulas generales de responsabilidad por daños extracontractuales. La primera es la establecida en el artículo 1969 sobre responsabilidad que tiene como criterios de imputación de responsabilidad subjetivos tales como el dolo o la culpa. La segunda es la establecida en el artículo 1970 en el cual se establecen criterios de imputación de responsabilidad de tipo objetivo como el riesgo o peligro. Así, el artículo antes referido establece que “[a]quel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”.

La existencia de una responsabilidad objetiva por riesgo como cláusula general representa una novedad del legislador peruano ya que dicho tipo de responsabilidad está reservado, usualmente, a legislación especial. Ahora bien, debe señalarse que la responsabilidad civil objetiva o “por riesgo”, implica que el sujeto es responsable debido a circunstancias objetivas que no inciden en la investigación de su proceder desinteresado (negligencia) o intencional (dolo).

La responsabilidad por riesgo parte del supuesto que (el uso de) determinados bienes o la realización de

determinadas actividades es riesgoso o peligroso pero que, sin embargo, la sociedad ha considerado que su uso o realización reportan mayores beneficios a la sociedad, por lo que se permite su uso o ejercicio, a veces ligados a determinadas autorizaciones, pero siempre posible de realizar por los sujetos. En tal sentido, si bien la sociedad se beneficia con aquello, será necesario, debido a su especial carácter, establecer un régimen de responsabilidad más estricto que el de la culpa a efectos de que los daños que se producen con el uso de determinados bienes o el ejercicio de determinada actividad puedan ser resarcidos de forma adecuada frente al sujeto que ha sufrido el daño.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que la responsabilidad por riesgo regulada en nuestro ordenamiento no es estrictamente objetiva, en el sentido de que producido el hecho se deba responder de manera indefectible. Esto se nota si se aprecia el artículo 1972 el cual establece que “[e]n los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño”. Tal como se aprecia se han establecido eximentes de responsabilidad, a pesar de la atribución de responsabilidad por un factor objetivo, en determinados casos, los cuales, una vez acreditados dan como consecuencia que el sujeto no deba ser considerado responsable.

Ahora bien, señalado lo anterior, en el caso que los daños hubieran sido causados por (el uso de) bienes o la realización de actividades no catalogadas como riesgosas o peligrosas se deberá evaluar la responsabilidad bajo el sistema subjetivo de responsabilidad. Caso contrario, si lo anterior puede ser calificado como riesgoso o peligroso entonces estaremos ante el sistema objetivo de responsabilidad o responsabilidad por riesgo.

Al respecto, la Casación N° 4299-2006-Arequipa, ha señalado en “el caso de la responsabilidad objetiva concurren en: la ilicitud (antijuricidad) o la infracción del deber de no dañar; la relación de causalidad, en la cual el artículo 1985 del Código Civil prevé que debe existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; el daño consistente en el daño emergente, el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral; y el factor de atribución, que en el caso de este tipo de responsabilidad está constituido por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa o del uso de un bien de este tipo, no requiriendo en este caso que concurra el dolo o la culpa”.

RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL

En principio, durante la etapa de las tratativas o negociaciones, los sujetos se encuentran en una absoluta

libertad, por lo tanto nadie está obligado a celebrar un contrato, es decir, cualquier sujeto se puede retirar si se encuentra en la etapa de las tratativas, puesto que no surge ningún tipo de vínculo. Sin embargo, esta regla general encuentra su excepción cuando una de las partes genera en la otra una situación de estado de confianza y seguridad, que le otorga la certeza de que llegado a un determinado momento se celebrará un contrato. En ese sentido cuando uno de los sujetos defrauda esa confianza generada es que hablamos de responsabilidad precontractual.

El artículo 1362 del Código Civil señala que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. En tal sentido, lo que busca el ordenamiento jurídico es proteger esa situación de confianza por parte de quien ha obrado de buena fe. La buena fe que busca proteger la norma es objetiva y hace referencia al estado de diligencia que debe comportar el sujeto durante las negociaciones. Es decir, no basta la creencia que pueda tener el sujeto, sino que ella debe configurarse a través de otros actos, que deben ser valorados tomando como base el hombre promedio. Por consiguiente, resulta trascendental la buena fe durante esta etapa, ya que también aquí se configuran deberes de gran importancia como el deber de información, claridad, secreto y custodia. Por el primero, los tratantes se brindan recíprocamente la información

necesaria para que concluyan a celebrar un contrato de acuerdo a sus intereses. El deber de claridad hace referencia a que los tratantes se deben brindar dicha información de manera clara y precisa, que no se preste a malas interpretaciones. El deber de secreto hace referencia a la no divulgación de información que se consiguió como consecuencia de las negociaciones y que podría dañar a una de las partes. Por último, el deber de custodia refiere que los bienes que se hayan encargado deben ser conservados.

Por otro lado, resulta relevante determinar si este comportamiento a favor de la buena fe resulta ser un deber jurídico absoluto o relativo, pues dependiente de ello es que se van a presentar importantes consecuencias prácticas. Así, si tomamos la primera posición, el incumplimiento de este deber jurídico absoluto traerá como consecuencia una responsabilidad extracontractual; por otro lado, si tomamos la segunda posición, el incumplimiento de este deber relativo traerá como consecuencia una responsabilidad contractual.

Desde nuestro punto de vista, la responsabilidad precontractual es aquella que surge como consecuencia del incumplimiento del deber de no dañar a nadie, es decir de deber general o absoluto. En ese sentido les serán aplicables las reglas de la responsabilidad extracontractual. Ello toma su fundamento en que en esta etapa aún no surge ningún tipo de vínculo,

por lo que no habría razón para aplicarle las reglas de la responsabilidad contractual, que toma como sustento la perfección del contrato. En tal sentido, lo que busca proteger la norma es el derecho a la libertad negocial, que se ha visto menoscabada cuando una de las partes se retira sin justificación alguna de las negociaciones del contrato.

RESPONSABILIDAD VICARIA

El ser humano, como ser libre y con dignidad, es el encargado de regular sus relaciones jurídicas, así como de responder por los daños que el mismo pueda causar. En tal sentido, la responsabilidad es como regla la imputación de la realización de un daño sobre un sujeto determinado que ha realizado de manera directa el evento dañoso frente a los terceros. Sin embargo, y en concordancia con el la función resarcitoria de la responsabilidad civil, existen supuestos, determinados por una norma expresa, en los cuales el sujeto responde a título de responsabilidad civil sin que el mismo haya sido el autor o causante directo del daño producido. En este caso, nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad por hecho ajeno o responsabilidad vicaria, la cual consiste en aquellos supuestos establecidos por ley en los que un sujeto es considerado responsable a pesar de no haber participado en la producción del

evento dañoso pero basándose en la especial relación que el mismo, denominado autor indirecto, tiene respecto del sujeto que ha causado el daño, el denominado autor directo.

Además, debe tomarse en cuenta que el autor indirecto será responsable si y solo si concurren en el autor directo todos los requisitos establecidos en el ordenamiento para encontrarnos ante un supuesto de responsabilidad civil. Luego de aquello será necesario establecer que efectivamente nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad vicaria, atendiendo a lo que de manera expresa haya establecido la ley.

Aquí se debe tomar en cuenta la responsabilidad por hecho de incapaces y la responsabilidad por hecho de un subordinado:

1. Responsabilidad por hecho de incapaces: El artículo 1975 del Código Civil establece que “[I]a persona sujeta a incapacidad de ejercicio queda obligada por el daño que ocasione, siempre que haya actuado con discernimiento. El representante legal de la persona incapacitada es solidariamente responsable”. En tal sentido, se prescribe que siempre que el incapaz hubiera actuado con discernimiento su representante legal será considerado como responsable solidario del daño que el mismo pudiera haber causado. Aquí será indiferente si es que el representante legal

hubiera actuado con la diligencia debida o el hecho mismo de que el incapaz a pesar de encontrarse en dicho status jurídico hubiera actuado con discernimiento y, por ende, hubiera tenido la capacidad de comprender el alcance de sus actos.

Por su parte, el artículo 1976 del Código Civil establece que: “No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal”. En este caso, el único responsable es el representante legal, el cual deberá responder. No obstante aquello, a efectos de que el dañado pueda recibir la reparación de forma debida, el artículo 1977 del Código Civil establece que: “si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo”.

2. Responsabilidad por hecho de un subordinado: El artículo 1981 establece que “[a]quel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”. Tal como se aprecia la especial

relación que tiene el sujeto que ha causado el daño con el sujeto al que también se le imputa responsabilidad es tomada como justificación para propugnar la solidaridad de ambos sujetos en el pago del resarcimiento. Nótese, además, que en este caso, el Código habla de “autor directo” y “autor indirecto” a efectos de poder diferenciar a cada uno de los responsables. Otro aspecto a tomar en cuenta es que se generará este tipo de responsabilidad siempre que el subordinado hubiera producido el daño “en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”, ya que si no concurren alguno de dichas situaciones nos encontremos ante un supuesto de responsabilidad normal, en el que el único que deba responder el causante directo del daño. En dicho sentido, la Casación N° 4299-2006-Arequipa, señaló que la “responsabilidad vicaria a que se refiere el artículo 1981 del Código Civil corresponde a aquel que tenga a otro bajo sus órdenes, y si es que el daño se produjo en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo (...)”.

■ RETENCIÓN

Es tradicional la polémica acerca de la naturaleza jurídica del derecho de retención. Unos sostienen que se trata de un derecho personal por cuanto

no brinda a su titular las facultades de persecutoriedad o de satisfacción como sucede en el caso de la hipoteca o prenda. Contraria a esta postura, otros sostienen que se trata de un derecho real, por cuanto cumple con todos los requisitos que le son inherentes. Se menciona que existe un vínculo jurídico entre el sujeto y el bien, como consecuencia de ello se resalta el carácter erga omnes, ya que para su constitución se necesita inscribirse en Registros Públicos tal como lo señala el artículo 1128 del Código Civil peruano, para el caso de bienes inmuebles. Una tercera postura menciona que dada su particularidad no se le puede enfrascar dentro de esta tradicional clasificación (derechos absolutos y relativos) por lo que se señala que se trata de un derecho mixto (derecho real y personal).

El artículo 1123 del Código Civil peruano señala que por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene. Esta última parte de la norma hace referencia a uno de los caracteres más esenciales del derecho de retención: la conexidad que debe existir entre el crédito y el bien que se retiene. Sin este requisito se estaría configurando una apropiación ilícita. Véase el caso de un sujeto que manda arreglar un carro y una moto a un determinado taller.

Si este sujeto cumple con el pago del precio para el arreglo del carro e incumple con el pago del precio para la moto, el taller no podrá quedarse con el carro como garantía para el cumplimiento de la prestación, a pesar que se trata del mismo propietario. Ello sucede en vista de que no existe relación o conexidad entre el crédito (moto y pago por su arreglo) y el bien que se retiene (carro).

Otro requisito importante es la manera como se obtiene el bien. Si el retenedor obtiene la posesión del bien de manera lícita se configurara el derecho de retención. En el caso mencionado, si el taller se quedara con la moto como garantía para el cumplimiento de lo adeudado por su arreglo, se estaría presentando el derecho de retención. De lo contrario, si se obtiene la posesión del bien en forma ilícita, el propietario podría interponer las medidas pertinentes que fluyen de su mismo derecho (reivindicación, desalojo) para recuperar el bien. En ese sentido, se podría señalar que el derecho de retención no podría configurarse como consecuencia de un acto ilícito como el robo o hurto.

Entre las formas para ejercer el derecho de retención, el artículo 1127 señala que esta se puede dar de manera extrajudicial y judicial. La primera hace referencia a que el bien se obtiene cuando el acreedor se rehúsa a entregarlo hasta que su deudor cumpla con la obligación. Sin duda este es un típico caso de autotutela que

el ordenamiento jurídico autoriza excepcionalmente. El segundo hace referencia a que el acreedor puede ejercitarlo como excepción cuando su deudor accione determinadas vías para conseguir la entrega del bien.

■ RETRACTO

El retracto es un derecho irrenunciable e intransmisible que otorga la ley a algunas personas en determinadas situaciones para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.

Para su procedencia, el artículo 1592 del Código Civil establece que el retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por este y, en su caso, los intereses pactados. Asimismo, se prescribe que es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público.

El derecho de retracto debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho. Los sujetos que gozan de este derecho son, en ese orden de preferencia: i) el copropietario, en la venta a tercero de las porciones indivisas; ii) el litigante, en caso de venta por el contrario del bien que se esté discutiendo judicialmente; iii) el propietario, en la venta del usufructo y a la inversa; iv) el propietario

del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos; v) los propietarios de predios urbanos divididos materialmente en partes, que no puedan ejercitar sus derechos de propietarios sin someter las demás partes del bien a servidumbres o a servicios que disminuyan su valor; y, vi) el propietario de la tierra colindante, cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de la unidad agrícola o ganadera mínima respectiva, o cuando aquella y esta reunidas no excedan de dicha unidad.

Respecto de los bienes sobre los cuales procede el derecho de retracto tenemos que el artículo 1594 precisa que solo puede recaer sobre bienes muebles inscritos y de inmuebles.

■ REVERSIÓN

La reversión es un derecho potestativo establecido a favor del donante mediante el cual el mismo puede revertir los efectos de la donación a efectos de que el bien transferido en propiedad retorne al patrimonio del donante. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- a) El derecho de reversión debe estar establecido a efectos de que se pueda ejercitar. No opera por defecto sino por haberlo establecido las partes.
- b) No se han establecido supuestos típicos a efectos de poder ejercitar el derecho de reversión por lo que en virtud de la autonomía privada serán las partes las que establezcan los supuestos de la procedencia de la misma. En cualquier caso, atendido a la finalidad del derecho, el mismo deberá ser ejercido de manera regular (Artículo II del Título Preliminar del Código Civil) y de buena fe (Artículo 1362 del Código Civil).
- c) La reversión puede establecerse solo en favor del donante. La estipulada en favor de tercero es nula; pero no producirá la nulidad de la donación, en virtud del principio de conservación del negocio jurídico.
- d) Teniendo en cuenta lo anterior y a efectos de tener seguridad jurídica lo indicado sería que se establezca un plazo para que el referido derecho pueda ser ejercido.
- e) La existencia del derecho de reversión no priva al donatario de la facultad de disponer o gravar el bien. En caso se realice aquello se deberá atender a (a) las reglas generales sobre conflictos de transferencia de propiedad a favor de terceros, tomando en cuenta la onerosidad/gratuidad y buena fe/mala fe del adquirente o (b) las reglas de responsabilidad civil, en caso no se pueda recuperar el bien jurídica o fácticamente.
- f) No puede tomarse la referencia del artículo 1632 como un supuesto de prohibición a disponer

o gravar sino como un supuesto específico en el cual se considera que se ha producido una renuncia tácita a ejercitar el derecho de reversión. Así, el referido artículo señala que el “asentimiento del donante a la enajenación de los bienes que constituyeron la donación determina la renuncia del derecho de reversión”.

- g) En lo que respecta a la constitución de gravámenes la última parte del artículo 1632 establece que el “asentimiento del donante a la constitución de una garantía real por el donatario no importa renuncia del derecho de reversión sino en favor del acreedor”. Nótese que se quiere señalar que el bien solo será ejecutable frente al acreedor garantizado siendo oponible la reversión frente a cualquier otro acreedor que tuviera el bien en garantía, pero frente al que el donante no hubiera manifestado su asentimiento en la constitución de la garantía.
- h) Finalmente, el artículo 1633 ha establecido que el “donante que ha desmejorado de fortuna solo puede eximirse de entregar el bien donado en la parte necesaria para sus alimentos”.

■ REVOCACIÓN

La revocación es un concepto asignado a negocios jurídicos unilaterales. Por medio de la revocación, el

autor de un negocio unilateral priva a este de eficacia, es por lo general sin forma prescrita y de carácter personalísimo por su naturaleza.

La revocación es, ella misma, un nuevo negocio jurídico, también unilateral. Ello ocurre, por ejemplo, con el testamento y con el apoderamiento. La revocación puede ser expresa o tácita

La revocación recae sobre el negocio jurídico unilateral otorgado por el mismo autor de la revocación. Si el negocio dejado sin efecto tiene el temperamento de recepticio, esa misma nota deberá presentarse en el acto de revocación.

La revocación está presente en diversas instituciones y figuras reguladas en el Código Civil, desarrollándose más en la representación. Desde esa figura, la revocación es el negocio jurídico unilateral mediante el cual el representado priva de efectos al poder otorgado al representante, eliminando con ello la legitimidad que el representado le había conferido al representante con el poder. Algunos autores consideran que la revocación es un derecho potestativo del representado. En la medida en que el poder constituye una exteriorización de la autonomía privada del *dominus* (representado) y un instrumento para la realización de su interés; permanece siempre en la voluntad del *dominus* la plena libertad de ejercer su autonomía negocial como lo hacía antes de otorgarle el poder

al representante. De esta forma, en tanto que el poder es un acto a través del cual el representado confiere al representante legitimidad a fin de que este pueda realizar actos que tendrán efectos en la esfera jurídica de aquel; el representado debe tener la más amplia libertad de revocar el poder, es decir, de decidir en cualquier momento y con la más amplia libertad que esa persona a la cual había nombrado como representante ya no sea quien regule sus intereses.

También se desarrolla en la oferta, para lo cual se debe distinguir de la retractación, así el arrepentimiento del oferente que busca evitar la formación de un contrato que él mismo propuso se manifiesta a través de la retractación y de la revocación según el momento en que se intente. La diferencia es, pues, temporal: el conocimiento de la oferta por parte del destinatario. Enterado este de la oferta, no podrá ya el oferente retractarse de su declaración, porque la retractación solo puede efectuarse antes de ese momento o en ese mismo momento, lo cual obedece a que producido el conocimiento, surge en el destinatario una confianza que no puede quedar desamparada, y ya que para tomar alguna determinación con respecto a la oferta es menester que el destinatario la haya conocido; el retiro producido cuando él la ignoraba no le producirá ningún daño. Durante el lapso de tiempo entre el conocimiento y la formación del contrato tendrá lugar la revocación y ya no la retractación.

La revocación se puede hacer en todo momento antes que la oferta sea aceptada (artículo 1384), y conocida por el oferente real o presuntamente (artículo 1373), señalándonos el carácter recepticio de la aceptación, del cual solo por excepción prescinde la ley (artículos 1380 y 1381), determinándonos el momento final de la revocación. En conclusión, la oferta queda revocada cuando el destinatario de ella toma conocimiento de la revocación antes que el oferente tome conocimiento de la aceptación.

También en el plano extracontractual, así por ejemplo, toda persona que dispone de todo o parte de su cuerpo tiene pleno derecho a revocar su decisión antes de que se consume el hecho, sin necesidad de expresión de causa específica ni obligación de pagar indemnización alguna.

El fundamento de este derecho, en este caso, reposa en que la cesión de órganos constituye un acto de liberalidad y porque se pretende siempre salvaguardar la salud integral del donante, a lo que debe agregarse el principio de respeto a la autonomía del individuo respecto a un asunto tan personal como es la disposición del propio cuerpo. Aun si la disposición no se basara en un acto de generosidad y no afectara su salud, siempre el cedente podrá apelar al argumento de la autonomía personal para revocar su decisión.

■ RIFA

La rifa es una modalidad de lotería, pues goza de todas sus características esenciales. En efecto, es un juego público y colectivo, la obligación del participante es pagar el precio, el participante recibe un comprobante para acreditar su participación, el resultado del juego está determinado por un sorteo, la obligación del organizador del juego es pagar el premio al participante que tuvo un número o combinación de números ganadores, el resultado del sorteo es de carácter general.

La rifa es una de las más antiguas formas de lotería. Su característica particular es que constituye un método sencillo y popular de recaudar fondos con fines caritativos, además el premio generalmente no es dinero en efectivo. En una rifa, el organizador vende los *tickets* por un bajo precio. Esos boletos dan posibilidad de ganar una serie de premios. En muchas rifas se emplean boletos con dos secciones, ambas tienen el mismo número de serie. El comprador mantiene una parte del *ticket* y la otra parte de este es colocada en una gran ánfora. En una fecha específica y posterior –usualmente con una ceremonia especial–, son extraídos los boletos ganadores del ánfora y se anuncian a los premiados. En algunos casos es necesario que los ganadores se encuentren presentes en la ceremonia, en otros no. Finalmente, la rifa

se caracteriza por ser ocasional generalmente es desarrollada por entidades privadas sin fines de lucro.

En cuanto a su regulación en el Código Civil, la rifa se encuentra reconocida en el artículo 1948 en los siguientes términos: “Las rifas y demás concursos públicos eventuales serán autorizados previamente por la autoridad competente”.

Esta norma, si bien forma parte del Código Civil, no es de naturaleza civil, sino administrativa. Así, se debe distinguir la organización y gestión de un juego, del desarrollo del mismo. La regulación de la organización de un juego, más aún si es de azar, corresponde al Derecho Administrativo, pues involucra el ejercicio de la función administrativa del Estado encargada de autorizar, fiscalizar y posiblemente sancionar el desarrollo de estas actividades.

El desarrollo del juego en sí se regula por el Derecho Civil, pues la relación jurídica que se genera en un juego de azar (como lo es la rifa) organizado es una relación civil, que se traduce en un contrato de juego.

Por otro lado, esta norma se refiere a juegos de azar caracterizados por su ocasionalidad, sin embargo, los juegos de azar desarrollados con carácter permanente también tienen que ser autorizados previamente por la autoridad competente.

■ RUINA

El concepto jurídico de ruina supone un estado de hecho de degradación o decaimiento estructural de un inmueble que le impide cumplir su destino y finalidad, lo que afecta no solo a la seguridad de las personas y cosas, sino al interés público urbanístico en general así como a la salubridad y ornato públicos.

Su fundamento está en que la seguridad exige la actuación administrativa para la conservación de los edificios en buen estado, de tal modo que cuando no sea posible racionalmente la reparación, se procede a la demolición. Este interés público prevalece en toda la normatividad sobre declaración de ruina.

La declaración de ruina constituye un acto administrativo que tiende a prevenir y a evitar un peligro cierto que produce una edificación y que puede ser actual, inminente o futuro. Asimismo, la declaración de ruina comprende el objetivo de eliminar construcciones antiguas que debido a su estado de deterioro suponen una solución antieconómica e injusta para el propietario de estas, y la de reconstruir, conforme a la ordenación urbanística, edificaciones que por el paso del tiempo han quedado fuera de esta.

El estado o situación de ruina es un concepto que deberá ser definido y aplicado en cada caso por la Administración Pública de manera objetiva, ya que para declarar su

procedencia es indiferente la causa que la motiva.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la potestad de declaración de ruina es una potestad administrativa de policía en la modalidad de intervención en los actos de uso y edificación del suelo y que culmina con una orden de ejecución, en concreto de demolición. Esta declaración tiene un alcance declarativo por el que se comprueba y establece la concurrencia de un estado ruinoso, lo que lleva al segundo aspecto que es el alcance constitutivo, la demolición de la construcción ruinosas.

Esta declaración de ruina se caracteriza por ser un acto reglado que se limita a verificar la situación o estado de hecho en que consiste la ruina, verificación que se hace respecto de un momento histórico determinado, por lo que la no constatación del estado de ruina en un determinado expediente, una vez firme, no impide un nuevo pronunciamiento administrativo sobre el mismo inmueble y, en su caso, su declaración de ruina si las circunstancias reales han evolucionado.

Otra característica de la declaración de ruina es su objetividad, en cuanto que es indiferente la causa que motive la situación en que se encuentre la edificación y en cuanto que, al margen que el expediente evidencie un conflicto de intereses, lo cierto es que la resolución no tiene por objeto ni la resolución de ese conflicto ni la decisión de pretensiones por parte de alguna, y sí solo

la aplicación al caso concreto de la regulación legal de la ruina.

Son caracteres que definen el estado de ruina:

- i) Es un acto meramente declarativo reducido a la mera verificación de un estado de hecho, es decir, es una mera comprobación de que el inmueble está sometido a un estado ruinoso.
- ii) La ruina constituye un límite al deber legal de conservación que obliga a los propietarios de un inmueble, incluso en los supuestos en los que el estado ruinoso no hubiera sido aún declarado.
- iii) La ruina es un estado de carácter reglado. El ámbito de la discrecionalidad de la Administración a la hora de su determinación tan solo opera en cierto modo a raíz de la revisión de los dictámenes periciales en los que la declaración de ruina se base respecto de los hechos que pudieren producir determinados daños que afecten a la seguridad y salubridad (cimentación, estructura, cubierta, saneamiento, etc.) o al ornato (desprendimiento de enfoscados, sedimentos y residuos en los faldones, humedades, etc.) y conservación de los inmuebles.

■ SANEAMIENTO

La relación obligatoria es aquella vinculación jurídica de diferentes situaciones jurídicas subjetivas en donde el deudor se encuentra obligado a realizar una determinada prestación a favor del acreedor. Dentro de esta relación jurídica encontramos innumerables deberes, entre los cuales podemos mencionar a los principales y los secundarios. Entre los primeros se menciona al deber de entregar la cosa (obligación de dar), de ejecutar la obra (obligación de hacer) y de abstenerse de un comportamiento (obligación de no hacer). Entre los segundos podemos mencionar al deber de información, de conservación, de garantía, etc. Estos últimos resultan relevantes para la ejecución integral de la prestación, puesto que buscan satisfacer el interés del acreedor.

La figura jurídica del saneamiento surge como una consecuencia, como un medio de garantía ante el incumplimiento de estos deberes secundarios. En ese sentido, el saneamiento resulta ser un mecanismo de tutela a

favor del acreedor, que surge como consecuencia de una situación patológica en el desenvolvimiento de la relación obligatoria. Por consiguiente, es un mecanismo de tutela que no pertenece a la misma relación obligatoria y que surge por imperio de la ley.

La casación N° 1735-97 ha señalado que sanear, en su concepto más amplio, significa remediar una cosa y en su acepción contractual, el saneamiento es considerado como la obligación del transferente del bien de remediar al adquirente por los vicios ocultos del bien, de tal manera que la obligación de saneamiento, es complemento de la obligación de entregar y se está obligado a sanear en tanto no se haya entregado una cosa como se debía. Así, la obligación de sanear cubre este defecto o vacío y, cómo se expresa en la exposición de motivos, asegura al adquirente que podrá gozar de la cosa conforme a su destino.

El artículo 1484 del Código Civil señala que hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de propiedad, la posesión o

el uso de un bien. Ello significa que el saneamiento se circunscribe en las obligaciones de dar, es decir en las obligaciones que consisten en la entrega de una cosa o posesión de un bien. En tal sentido, el saneamiento se encontrará en los contratos de compraventa, de suministro, comodato, mutuo, arrendamiento, donación, depósito, garantía mobiliaria, etc. Sin embargo, cabría la posibilidad de que también se presenten en las obligaciones de hacer como en los contratos de obra, ya que en este es imprescindible que nuestra normativa civil en el artículo 1485 nos señala tres supuestos saneamientos

- Saneamiento por evicción.
- Saneamiento por vicios ocultos.
- Saneamiento por hecho propio del transferente.

■ SECUESTRO

El secuestro es el contrato de prestación de servicios por el cual dos o más personas confían a un tercero (el depositario), la custodia y conservación de uno o más bienes, respecto de los cuales existe controversia, quedando obligado a entregarlo a quien corresponda una vez resuelta dicha controversia.

Entre las principales características del contrato de secuestro tenemos que es uno principal, porque no

depende de otro que le precede; es de naturaleza temporal, pues se entrega la posesión del bien al depositario para que luego lo devuelva eliminada la controversia.

Asimismo, se trata de un contrato sujeto a formalidad solemne, pues conforme al artículo 1858 del Código Civil, el secuestro debe constar por escrito, bajo sanción de nulidad.

El secuestro se trata de un contrato de tracto sucesivo o de ejecución continuada, en tanto que entregado el bien al depositario este lo posee ininterrumpidamente hasta el momento en que deba verificarse la restitución de la cosa a quien resulte vencedor de la controversia, lapso en el cual deberá observar las obligaciones de conservación y custodia que ha asumido.

El secuestro es un contrato oneroso, ya que el depositario recibe a cambio una contraprestación por sus servicios. En esto se diferencia del contrato de depósito, el cual, conforme al artículo 1818, se presume gratuito.

Al ser oneroso, el secuestro también constituye un contrato con prestaciones recíprocas, pues el servicio y la retribución pactadas son prestaciones que guardan perfecta relación una respecto de la otra.

Por otro lado, podemos decir que es un contrato conmutativo y no aleatorio, en tanto que las partes conocen

de antemano los riesgos y sacrificios patrimoniales que les reportará la ejecución del contrato.

Por último, el artículo 1867 del Código Civil establece que rigen para el secuestro las normas del depósito voluntario, en cuanto sean aplicables.

SENTENCIA EXTRANJERA

En principio, las sentencias solo producen efectos jurídicos dentro del territorio del Estado cuyo tribunal las ha emitido, ello por el principio de soberanía del que gozan los Estados; sin embargo, el movimiento migratorio externo que permite a los individuos traspasar sus fronteras con el consiguiente incremento de las relaciones privadas internacionales, hace que surja la necesidad que sentencias emitidas en un Estado sean reconocidas y ejecutadas en otros para lograr la realización del ideal de justicia y la concretización del cumplimiento de las sentencias en otros espacios. De lo contrario, se frustraría el tráfico jurídico internacional.

Es por eso que la mayoría de Estados son conscientes que los efectos de las sentencias firmes e, incluso, laudos extranacionales deben extraterritorializarse, permitiendo tal posibilidad con el único requisito de su sometimiento al proceso de reconocimiento y ejecución conocido como exequátur.

En efecto, una sentencia extranjera es aquella emitida en un Estado distinto de aquel en el que se pretende ejecutar, por lo que aquella debe pasar por un proceso de reconocimiento y ejecución (conocido como exequátur) que permita tal ejecución.

Así, el exequátur es el proceso judicial por el que se reconoce y se da fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera. Este proceso, que en el Perú es no contencioso, no revisa el fondo de dicha sentencia extranjera, y tiene por objeto investirla de los mismos efectos que cualquier sentencia nacional; es decir, el de cosa juzgada y, dependiendo del tipo de sentencia, el ejecutivo, constitutivo o registral.

Una sentencia extranjera, para que pueda ser sometida a exequátur, debe ser definitiva, es decir, tener la calidad de cosa juzgada al no proceder contra ella ningún recurso impugnatorio o modificación alguna. Este proceso es viable respecto a las sentencias que provienen de procesos contenciosos, de las que se pretende su ejecución en el foro; en cambio, si solo se quiere hacer valer su calidad de cosa juzgada o su mérito probatorio en un proceso en trámite en el país o, son resoluciones emitidas en procesos no contenciosos o de jurisdicción voluntaria, no es necesario que sean sometidas a exequátur, solo basta que estén legalizadas por la vía diplomática.

Entonces, en el Perú, se ha considerado que el exequátur homologa

la sentencia extranjera a efectos de proceder a su ejecución, aun si la sentencia es constitutiva (por ejemplo, de separación de cuerpo, o de divorcio), por cuanto emitido la resolución que pone fin al proceso se procede a su inscripción en el registro correspondiente, mediante oficio o partes firmados por el presidente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia que conoció el proceso. Sin embargo, en caso de tratarse de una sentencia de condena extranjera, el auto que la homologa se constituye en un título de ejecución válido para iniciar el proceso de ejecución de resoluciones judiciales ante otra instancia; en consecuencia, su ejecución no se da de inmediato, como la de las sentencias extranjeras constitutivas o declarativas.

SEPARACIÓN CONVENCIONAL

Los actuales sistemas legislativos admiten el mutuo consentimiento, tanto en la separación de cuerpos como en el divorcio. De esta manera se evita la inculpación recíproca de los cónyuges, real o fingida, para obtener la sentencia. En el aspecto procesal, se contempla un procedimiento más sencillo y, por lo tanto, menos costoso. Por su parte, en cuanto a los efectos de la sentencia de separación, el acuerdo de los cónyuges permite regular de mejor modo lo referente a los hijos y bienes del matrimonio.

Este último aspecto es decisivo y condiciona la obtención de una sentencia de separación. El juez debe examinar si las condiciones estipuladas por los cónyuges son aceptables desde el punto de vista del interés familiar; especialmente respeto de los hijos menores. Debe poder rechazar el convenio y negar su homologación si esas condiciones no son aceptables para que los cónyuges presenten otras distintas a la vista de sus observaciones.

La legislación peruana consagra a la separación convencional como una causal de separación de cuerpos y de divorcio en el inciso 13 del artículo 333 del Código Civil, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:

a) Transcurso de los dos primeros años del matrimonio

Se exige que para invocar esta causal hayan transcurrido por lo menos dos años de la celebración del matrimonio. Este requisito se constituye como una garantía de la seriedad del propósito de separación y sirve como periodo de reflexión a los cónyuges frente a apresuradas decisiones cuando, después de celebrado el matrimonio, surgen inmediatamente desaveniencias o problemas conyugales.

b) Consentimiento inicial de ambos cónyuges

El consentimiento recíproco, que sugiere el término “separación convencional”, debe manifestarse con la presentación de la demanda

en forma conjunta. El sistema jurídico peruano no admite la modalidad de la presentación de la demanda por uno solo de los cónyuges y la posterior adhesión del otro. No obstante, se permite a cualquiera de los cónyuges revocar el asentimiento inicialmente prestado, dentro de los treinta días posteriores a la audiencia respectiva (artículo 344 del Código Civil, concordado con el artículo 578 del Código Procesal Civil).

c) Presentación con la demanda de la propuesta de convenio regulador de los regímenes familiares de los cónyuges

El contenido mínimo de este convenio está referido a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales.

d) Aprobación judicial de la separación convencional

La sentencia acogerá el contenido del convenio propuesto, siempre que asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los derechos inherentes a la patria potestad y derechos de los menores e incapaces (artículo 570 del Código Procesal Civil).

e) Sometimiento a la vía del proceso sumarísimo

La separación convencional se sujeta al trámite del proceso sumarísimo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 573 del Código Procesal Civil.

SEPARACIÓN DE CUERPOS

La separación de cuerpos es una institución del Derecho de Familia que consiste en la interrupción de la vida conyugal por decisión judicial que suspende los deberes relativos al lecho y habitación, y pone fin al régimen patrimonial de la sociedad de gananciales.

La doctrina moderna considera la separación de cuerpos como una institución absolutamente independiente de la figura del divorcio. Así, en la separación de cuerpos solo se produce el decaimiento conyugal, y no precisamente su terminación o disolución, por eso podría ser tomado como una causa de divorcio, es decir, como un medio para llegar a él, pero no como el divorcio mismo.

Siguiendo esta posición doctrinaria, en el Código Civil peruano la separación de cuerpos ha sido regulada independientemente del divorcio, por consiguiente, ya no es posible referirse al divorcio relativo (decaimiento matrimonial) y al divorcio absoluto (disolución del vínculo) como a las dos cara de una misma moneda.

Por otro lado, se debe distinguir la separación de cuerpos declarada judicialmente, de la simple separación de hecho que se da cuando los cónyuges dejan de hacer vida en común pero no cuentan para ello con ninguna decisión judicial que declare dicha

situación. Para que se declare judicialmente la separación de cuerpos es necesario que quien inicie el proceso acredite cualquiera de las causales previstas en el artículo 333 del Código Civil o que ambos cónyuges soliciten la separación convencional.

Los efectos que produce la separación de cuerpos son los siguientes:

- a) Suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación: de este modo, al producirse la separación de cuerpos cada uno de los cónyuges establecerá su propio domicilio, lo que a su vez implica la suspensión del débito conyugal que es el derecho del cónyuge a que el otro consorte sostenga relaciones sexuales con él.
- b) Subsistencia del vínculo matrimonial: si bien como consecuencia de la separación de cuerpos cesa la obligación de hacer vida en común, los cónyuges se encuentran impedidos de contraer nuevas nupcias debido a que el vínculo matrimonial se mantiene vigente, lo que implica a su vez que subsiste el deber recíproco de la fidelidad.

Por otro lado, si bien el artículo 332 del Código Civil establece como únicos efectos de la separación de cuerpos los ya señalados, existen otros no que se desprenden de tal situación:

- a) La obligación de pagar una pensión alimenticia, cuyo monto será fijado por el juez atendiendo

a las circunstancias de ambos cónyuges o acogiendo lo propuesto por aquellos en caso de que la separación de cuerpos sea convencional.

- b) Pérdida de los derechos hereditarios: esta circunstancia se presenta únicamente cuando la separación de cuerpos no es convencional pues solo pierde los derechos hereditarios el cónyuge que tuvo la culpa de la separación.
- c) En cuanto a los hijos, la sentencia que declare la separación de cuerpos también debe regular los aspectos concernientes a los alimentos, tenencia, régimen de visitas y el ejercicio de la patria potestad. Para ello se tendrá en cuenta la causal de separación o el convenio presentado por los cónyuges en caso de separación convencional.

Finalmente, el estado de separación de cuerpos, legalmente establecido por la sentencia respectiva, puede terminar de dos modos: por la completa ruptura del vínculo a través del divorcio, o por la renormalización de la vida conyugal, es decir, la reconciliación de los cónyuges.

■ SEPARACIÓN DE HECHO

El inciso 12 del artículo 333 del Código Civil contempla como causal de separación de cuerpos, a la separación de hecho de los cónyuges

durante un periodo ininterrumpido de dos años sino tienen hijos menores de edad, y cuatro si los tienen.

Resulta necesario distinguir en la causal de separación de hecho, el tratamiento legislativo dual que ha merecido, en su comprensión como causal objetiva remedio para efectos de la declaración de divorcio y de su tratamiento evidentemente inculpatario para la regulación de sus efectos, tales como indemnización, alimentos, adjudicación preferente de bienes sociales, que requieren la identificación de un cónyuge perjudicado, a quien el juez por mandato de ley deberá proteger.

Para que se configure un supuesto de separación de hecho, se deben presentar los siguientes elementos:

- a) Elemento objetivo: cese efectivo de la vida conyugal; alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o por acuerdo de ambos. Esto implica el incumplimiento del deber de cohabitación.
- b) Elemento subjetivo: aunque resulte discutible que se contemple en una causal de carácter objetivo la presencia del elemento intencional; sin embargo, la legislación peruana así lo hace al permitir la discusión de las razones del apartamiento, no ameritándose la causal cuando se produce por razones laborales, requiriéndose, por lo tanto, la valoración de la intención de los

cónyuges de interrumpir la convivencia mediante la separación.

- c) Elemento temporal: se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años si los cónyuges no tienen hijos o estos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

Con relación al primer elemento, cualquier de los cónyuges puede invocar la causal, ya sea a pedido de quien se encuentra en la casa común porque ha sido víctima del retiro del consorte, o que ha permanecido en esta por acuerdo con su cónyuge, así como también se admite su invocación por el responsable de la separación, es decir por quien se fue.

Por otro lado, para invocar esta causal, la ley establece que es necesaria la acreditación del cumplimiento de la obligación alimentaria. Si es comprendida tal exigencia como requisito de admisibilidad, las pruebas del cumplimiento de dicha obligación deberán recaudarse a la demanda, tales como consignaciones, retenciones, documentos privados como recibos, gastos diversos a favor de los acreedores alimentarios, etc. La expresión “acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras”, supone que se verifique el cumplimiento de esta durante todo el periodo de separación invocado para efectos de la demanda o la probanza del periodo correspondiente al plazo legal mínimo aplicable o el periodo de próximo a la demanda.

En cuanto a la aplicación de esta causal, resulta fundamental al determinación, por parte del juez, del cónyuge que termina perjudicado con la separación, por cuanto de ello derivará un régimen particular en lo que respecta a la indemnización o adjudicación de bien social al cónyuge perjudicado por el divorcio, así como a la fijación de una pensión de alimentos a su favor.

SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS

El Código Civil ha establecido que los futuros cónyuges deberán optar, antes de celebrado el matrimonio de manera libre, por el régimen de sociedad de gananciales o por el de separación de patrimonios, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento. El régimen de separación de patrimonios implica que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, respecto de sus bienes, se siguen regulando como si el matrimonio no se hubiera producido. Así, el artículo 327 del Código Civil establece que “en el régimen de separación de patrimonios, cada cónyuge conserva a plenitud la propiedad, administración y disposición de sus bienes presentes y futuros y le corresponden los frutos y productos de dichos bienes”. Como consecuencia de lo anterior, cada

cónyuge responde de sus deudas con sus propios bienes.

Asimismo, se ha establecido que para la validez del régimen de separación de patrimonios, este deberá ser otorgado por escritura pública, bajo sanción de nulidad, por lo que representa un requisito de validez de dicho acto jurídico. Los efectos frente a terceros, se debería entender así a pesar que el Código no lo establece, está supeditado a que dicho acto se inscriba en el registro personal. Lo anterior debido a que a falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales, siendo este el régimen que por defecto se constituye por la celebración del matrimonio.

El régimen de separación de patrimonios termina en los casos de (a) invalidación del matrimonio, (b) divorcio, (c) muerte de uno de los cónyuges o (d) cambio de régimen patrimonial. El cambio de régimen patrimonial se puede llevar a cabo de manera voluntaria por acuerdo entre los cónyuges (artículo 296 del Código Civil) o de manera compulsiva, mediante orden judicial, en los casos de agravio frente a un cónyuge (artículo 329 del Código Civil) o mediante la Comisión de Procedimientos Concursales competente, en los casos de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario (artículo 330 del Código Civil).

■ SEPULTURA

La sepultura puede ser vista o analizada desde dos perspectivas: como un derecho patrimonial de la persona respecto de una porción de terreno, y como una práctica o rito en la que el protagonismo lo asume un objeto de protección jurídica como lo es el cadáver.

Vista la sepultura como un derecho subjetivo, esta consiste en la facultad de enterrar e inhumar en una parcela o sepulcro, ubicado en un cementerio privado, acorde a la naturaleza y destino de dichos bienes. Este derecho de sepultura podrá ser perpetuo o temporal. Asimismo, es inembargable y no puede ser afectado en garantía bajo ninguna forma jurídica. En cuanto derecho patrimonial, la sepultura resulta transmisible por actos entre vivos y por causa de muerte.

El titular del derecho de sepultura podrá:

- a) Inhumar en la parcela los restos mortales de quienes disponga, hasta la capacidad establecida en el reglamento, y sus exhumaciones, reducciones y traslados;
- b) Construir sepulcros en la parcela, salvo disposición en contrario del reglamento del cementerio;
- c) Acceder al cementerio y a la sepultura o sepulcro en los horarios establecidos por la administración;

- d) Utilizar las instalaciones y parques comunes del cementerio en las condiciones que se establezcan por la administración.

Como contracara de estas facultades, el titular del derecho de sepultura estará obligado a:

- a) Mantener en el ejercicio de su derecho el decoro, la sobriedad y el respeto que exigen el lugar y el derecho de los demás titulares;
- b) Contribuir periódicamente con la cuota de servicio de administración y mantenimiento;
- c) Respetar las disposiciones del reglamento y las normas municipales de higiene y policía mortuaria;
- d) Abonar los impuestos, tasas y contribuciones que establezcan las disposiciones pertinentes.

Desde una segunda perspectiva, como práctica o rito, el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia expedida en el Expediente N° 0256-2003-HC/TC, ha señalado que “la práctica de los ritos, como el de dar sepultura digna al familiar fallecido, forma parte de la libertad de culto, de modo que el impedimento de dicha práctica afecta irremediablemente la integridad moral de los familiares”. De este modo, para el Tribunal Constitucional “la manifestación de la libertad religiosa a través de las creencias es consustancial a la libertad religiosa. Esta manifestación incluye tanto el proselitismo

de las creencias como el culto, el cual forma parte de la religión que se profesa. En ese sentido, la libertad religiosa subsume a la libertad de culto, y dentro de la libertad de culto, quedan garantizadas constitucionalmente todas aquellas ceremonias que la expresan, como las relativas al matrimonio y los ritos. Dentro de estos últimos, se encuentra la sepultura digna de los muertos por parte de sus familiares o seres queridos” (fundamento 16 de la STC Exp. N° 0256-2003-HC/TC).

Son precisamente los familiares del difunto, quienes cuentan con la autonomía a efectos de determinar acerca de la sepultura del occiso cuando este no hubiese declarado nada en vida. Así lo establece claramente el artículo 13 del Código Civil: “A falta de declaración hecha en vida, corresponde al cónyuge del difunto, a sus descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden, decidir sobre la necropsia, la incineración y la sepultura sin perjuicio de las normas de orden público pertinentes”.

SERVIDOR DE LA POSESIÓN

De conformidad con el artículo 897 del Código Civil, “no es poseedor quien, encontrándose en relación de dependencia respecto a otro, conserva la posesión en nombre de este y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas”.

El servidor de la posesión cuenta con todos los elementos de la relación posesoria, pero esta ha sido degradada por el ordenamiento jurídico en virtud de razones utilitarias. Por lo tanto, el servidor de la posesión y el poseedor inmediato coinciden en que ambos detentan físicamente el bien. En la posesión inmediata, hay cierta autonomía para gozar y disfrutar del bien, eso sí, distinta en cada supuesto. En cambio, el servidor de la posesión es un detentador sin interés propio, bajo instrucciones y en dependencia social o jurídica del principal.

Lo determinante para estar ante un servidor de la posesión es que realiza una serie de conductas —que son típicamente posesorias— por encargo del principal (por ejemplo, la persona que lo contrata para que cuide determinado bien) y no para satisfacer un interés propio. Por ello, aún cuando esté vigente la relación que sustenta el encargo a favor del servidor de la posesión, si este deja de actuar como tal, es decir si asume comportamientos a favor de su propio interés, se convertirá en poseedor. Para que esto ocurra y sea oponible al principal, la actitud del exservidor tiene que revelar un efectivo desconocimiento del interés que antes representada y la aparición de uno propio. En ese sentido, un guardián con contrato vigente puede tornarse en poseedor, si, desconociendo las instrucciones de su mandante, realiza en adelante la custodia pero para sí, o realiza otras conductas posesorias en interés

y beneficio propio. Por supuesto, la conducta del servidor infiel debe ser tal que permita al mandante tomar conocimiento de su rebeldía, pues sería injusto que el servidor adquiriera condición posesoria mediante una actitud clandestina.

En el caso del trabajador que estando vigente o incluso luego de extinguido el vínculo jurídico con su principal, mantiene el bien bajo su poder, usándolo como le place, desconociendo el sentido del uso encomendado por el principal y negándose a la restitución a favor de este, no hay duda alguna de que este trabajador se comporta como un poseedor, en la medida que desconoce la relación de dependencia que tiene (o tenía) con el principal.

Una vez que el detentador deja de conservar la posesión en cumplimiento de las órdenes del principal, dejar de ser un mero servidor de la posesión y muta a la situación de poseedor. El artículo 897 del Código Civil es claro cuando exige tres condiciones necesarias para está frente a un servidor de la posesión: (i) estar en relación de dependencia respecto a otro; (ii) conservar la posesión en nombre de ese otro; y (iii) cumplir las órdenes e instrucciones suyas. Por tal razón, basta que falte alguna de estas condiciones para no estar frente a un servidor de la posesión.

De este modo, el chofer que se lleva el carro del principal y comienza a usarlo para brindar el servicio de

taxi, negándose a la restitución del bien a favor de su exjefe, claramente no puede ser considerado un servidor de la posesión en la medida que –incluso estando vigente la relación laboral con el principal– posee el bien sin cumplir órdenes de aquel. Lo mismo sucederá en caso el contrato laboral con el principal hubiese llegado a su fin, y el chofer se va de la casa con el carro de propiedad de aquel. Acá no solo no solo faltará, por parte del chofer, el cumplimiento de las órdenes del principal, sino que tampoco habrá relación de dependencia entre las partes. Por tal razón, en ambos casos, no existirá detentación de la posesión, sino claramente una posesión en calidad de propietario por parte del chofer.

De este modo, no existe ningún inconveniente en aceptar que un servidor de la posesión pase a ser, por actos propios y de forma unilateral, un poseedor. Así como no existe ningún inconveniente en permitir que, de forma unilateral, un poseedor sin “animus domini” se convierta en un poseedor en condición de propietario, a efectos de que este pueda valerse de la prescripción adquisitiva de dominio (como sucede, precisamente, con la “intervención”), tampoco existe problema alguno en admitir la mutación unilateral de un servidor de la posesión a un poseedor ilegítimo. Es la propia norma (artículo 897 del Código Civil) la que al establecer tres condiciones para la configuración del servidor de la posesión, da

a entender que en ausencia de alguna de tales condiciones no habrá detentación, sino posesión.

Finalmente, el carácter del servidor de la posesión como miembro de una relación compleja de señorío, permite distinguir también los límites de su servicio a la posesión. El servidor de la posesión tiene el derecho de ejercer la autoprotección del poseedor, y esto no solo respecto a las cosas confiadas inmediatamente a su cuidado, sino también respecto a todas las demás cosas pertenecientes a la esfera del señorío en cuestión, aunque sea otro servidor o el mismo poseedor el que ejerza el poder sobre dichas cosas, incluso en el caso de que el otro servidor de la posesión directamente encargado de la cosa amenazada, tolere o él mismo cometa el despojo.

■ SERVIDUMBRE

En el Derecho Romano las servidumbres se clasificaban en personales y reales. Las servidumbres personales eran derechos que facultaban a una persona para obtener alguna utilidad de una cosa ajena. Eran inherentes a la persona, por lo que se extinguían con ellas, y podían recaer tanto sobre cosas muebles como inmuebles. El usufructo, uso y habitación constituían servidumbres personales.

Las servidumbres reales eran derechos que suponían dos fundas. El énfasis estaba puesto en las fundas

—y no en las personas— por lo que el derecho subsistía después de la muerte del titular. Se establecían únicamente sobre cosas inmuebles. Estas son las servidumbres propiamente dichas a las que se refiere el artículo 1035 del Código Civil.

La servidumbre es una carga impuesta sobre un predio en beneficio de otro predio y que da derecho al predio dominante hacer ciertos actos de uso del predio sirviente, o para impedir que los haga el dueño de este; acorde a lo expuesto en el artículo 1035 del Código Civil, que un limitante de la propiedad, que se efectúa por la necesaria relación y armonía entre los predios para su mejor explotación y mayor utilidad.

Las principales características de las servidumbres son las siguientes:

- a. Es un derecho real cuyo titular es el dueño (o poseedor) del predio dominante.- Toda relación jurídica implica una relación entre personas. La servidumbre no es una excepción: la relación es entre el titular del predio dominante y el titular del predio sirviente. Sin embargo, en las servidumbres el derecho se centra en el predio.
- b. Las servidumbres tienen carácter accesorio.- La servidumbre está íntimamente ligada a los predios sin poder separarse de ella, de tal manera que no tiene existencia propia e independiente, no es un derecho autónomo, por ello no

pueden ser enajenadas ni gravadas independientemente, debiendo transmitirse necesariamente con la propiedad a la que están ligadas.

- c. La servidumbre es una carga que sufre el dueño de un predio a favor del dueño de otro predio, lo que supone que ella brinde una utilidad al predio dominante.- La servidumbre debe dar una ventaja. Es inconcebible que se establezcan limitaciones al derecho de propiedad que no brinden una utilidad. La utilidad puede ser de diversa naturaleza, como económica o de comodidad, pero tiene que ser una ventaja real que redunde en beneficio del predio. El derecho de extraer agua de otro predio, de transitar, de aprovecharse de la luz, de apoyar construcciones en la pared del vecino, de levantar construcciones en un terreno ajeno, entre otros, son ventajas que puede dar una servidumbre.
- d. Una servidumbre que no se ejerce no es útil, y por eso el artículo 1050 del Código Civil señala que las servidumbres se extinguen en todos los casos por el no uso durante cinco años. El no uso de una servidumbre demuestra que ella no presta utilidad y por consiguiente es innecesaria.
- e. Las servidumbres tienden a la perpetuidad, aunque pueden establecerse a plazo.- La perpetuidad significa que independientemente

de quien sea el propietario del predio, subsistirá la servidumbre. Significa también que el derecho dura tanto como dure la cosa, puesto que los predios tienen una existencia prolongada, sus necesidades son permanentes y su implantación no responde al interés de una persona.

- f. Las servidumbres son indivisibles e inseparables, porque tanto la utilidad como la carga no son a favor ni a cargo de cada dueño, la servidumbre es a favor del predio dominante o en desventaja del predio sirviente.
- g. Las servidumbres tienen carácter predial.- A diferencia del usufructo, que puede establecerse sobre toda clase de bienes, las servidumbres solo pueden constituirse sobre predios.
- h. Las servidumbres se pueden constituir por contrato, por ley, por voluntad testamentario, por disposición unilateral del propietario o por prescripción (en caso de las servidumbres aparentes).

■ SERVIDUMBRE DE PASO

Las servidumbres se pueden clasificar por sus fuentes en:

- a) **Servidumbres convencionales.-** Son aquellas que son resultado del acuerdo o pacto entre los propietarios de ambos predios, el sirviente y el dominante.

b) Servidumbres legales.- Son aquellas que impone la ley, teniendo en cuenta la situación de los predios atendiendo a razones no solo de utilidad pública, sino también privada.

El propietario de un inmueble enclavado y privado de toda comunicación con el camino público, puede solicitar una servidumbre legal de tránsito o de paso al propietario del predio colindante que le permita el acceso a dicho camino. Esta servidumbre puede ser reclamada por el propietario, el usufructuario, el usuario o arrendatario, en razón de que cuentan con un derecho real que carecería de verdadera utilidad económica si no cuentan con la servidumbre de tránsito.

Se constituye en beneficio de un interés privado, porque se está ante un propietario que está impedido a acceder a la vía pública sin su propio accionar, lo que excluye la situación en que el mismo dueño del predio se ha encerrado, levantando construcciones en el lugar por donde tenía paso; estas acciones de quien pretende solicitar una servidumbre lo excluyen de su derecho a reclamar una servidumbre de tránsito, pues no se puede exigir al vecino a padecer una molestia en razón a una conducta negligente de parte del propietario del que pretende constituir su predio en dominante.

La servidumbre de paso puede establecerse en los bienes de dominio

privado del Estado, inclusive en los bienes de dominio público, siempre y cuando no hubiera otro acceso a la vía pública. En el caso que hubiese varios predios que pudiesen ofrecer la servidumbre de paso, se deberá optar por el que ofrezca el trayecto más corto a la vía pública, salvo que existan circunstancias especiales que rompan con esta regla, como sería el caso de que la imposición de la servidumbre al predio que ofrece el acceso más corto le represente un grave perjuicio.

Reglas para la constitución de la servidumbre de paso: Es una servidumbre onerosa, generando dos compensaciones de orden económico que debe abonar el predio dominante: el valor del área afectada inherente a la servidumbre, una compensación estimativa por los daños y perjuicios que ocasiona al predio sirviente.

El que adquiere un predio enclavado en otros del enajenamiento, adquiere gratuitamente el derecho de paso. En ese caso el propietario del predio enclavado adquiere la servidumbre sin obligación de pago porque se trata del cumplimiento de una obligación derivada de un contrato.

Cuando se señala en el artículo 1054 del Código Civil que la amplitud del camino se fija según las circunstancias, en ese sentido si se requiere el camino para el tránsito de personas, el camino será angosto y tendrá la medida suficiente para la libre circulación de las mismas,

si se requiere para el tránsito de máquinas, el camino deberá ser de mayor amplitud. Esa amplitud de camino no deberá ser más ancha de lo necesario, porque sería aumentar innecesariamente el gravamen sobre el predio sirviente, lo que contravendría lo establecido en los artículos 1043 y 1046 del Código Civil. Así también, este camino no será lo demasiado estrecho que imposibilite el acceso adecuado de las personas, animales o maquinarias que por él deben transitar, pues se estaría dificultando el ejercicio de la servidumbre, además se estaría infringiendo el artículo 1043 del Código Civil.

De tratarse de una servidumbre convencional las partes serán las que acuerden la amplitud del gravamen; en el caso de que no hayan contemplado este extremo y que con posterioridad ambas partes no llegaran a acordar la extensión necesaria, corresponderá al juez determinar la amplitud necesaria para el paso de personas, animales o maquinarias. De esa forma, si la servidumbre se ha impuesto legalmente y en la norma no se ha contemplado la extensión necesaria para el camino, las partes podrán acordar la amplitud requerida para el ejercicio de la servidumbre de paso, caso contrario, corresponderá igualmente acudir al Poder Judicial para que en esa instancia se determine la amplitud requerida.

■ SEVICIA

Se conoce como sevicia a la violencia física o psicológica que ejerce uno de los cónyuges contra el otro, y que constituye una causal de separación de cuerpos y de divorcio, de conformidad con lo establecido en el artículo 333 inciso 2 del Código Civil peruano.

La denominada violencia física está referida a los daños corporales que sufre un cónyuge por la acción del otro.

La consideración de esta causal es independiente del juzgamiento que procedería realizar en sede penal por las lesiones, sea por configurar un delito o una falta; por lo que el juez de familia puede resolver la demanda de divorcio o separación de cuerpos por esta causal si llegase al convencimiento de la prueba del hecho imputado, lo que evitará la existencia de sentencias contradictorias. La probanza de esta causal consistirá en el examen del estado físico del cónyuge afectado.

Por su parte, la llamada violencia psicológica está referida a los daños psíquicos que se aflige a un cónyuge por la conducta del otro.

El daño psíquico consiste en la alteración, modificación, perturbación o menoscabo, de carácter patológico, del equilibrio mental del cónyuge, generalmente permanente y

de reconocida magnitud. Este daño puede originar desde la relativa pérdida de autonomía negocial hasta limitaciones de diversa magnitud en el disfrute de la vida, sin dejar de mencionar las dificultades o la imposibilidad para acceder al trabajo, la pérdida de capacidad de la persona para valerse por sí misma, la perturbación experimentada en la vida de relación familiar y social, la repercusión en los afectos y en la creatividad, las depresiones e inhibiciones en general. El daño psicológico genera, por consiguiente, una alteración de la personalidad del cónyuge, de su manera de proyectarse en la familia y en sociedad.

En lo referente a la probanza del daño psíquico, debe considerarse que este puede provenir de un preexistente daño físico o puede, contrariamente, ser autónomo, es decir, que no reconozca, al menos en forma primitiva, la existencia de un daño orgánico. De ahí que para evaluar el daño psíquico debe analizarse previamente el estado físico de la persona a fin de determinar si el daño síquico es autónomo. Ello tiene por objeto determinar si el daño físico es la causa primaria del daño psíquico, o si tan solo ha agravado un estado preexistente de menoscabo o desequilibrio de naturaleza patológica en el cual se hallaba sumida la persona con anterioridad al daño sufrido.

Si bien primigeniamente el artículo 337 del Código Civil establecía que

la sevicia como causal de separación debía ser apreciada por el juez teniendo en cuenta la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, mediante sentencia del Tribunal Constitucional interpuesta contra este artículo (Exp. N° 018-96-I/TC), la referencia a la apreciación por el juez de la sevicia atendiendo a la educación, costumbre y conducta de ambos cónyuges, ha quedado derogada; manteniéndose vigente dicha apreciación judicial solo en relación a la injuria grave.

SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD

Es aquel comportamiento de la persona que se abstiene de expresarse ya sea en forma expresa o tácita. El silencio, en un sentido lato, no es manifestación de la voluntad, ni expresa ni tácitamente, esto es, no se llega a exteriorizarla. La problemática que ha surgido en torno a ello es la determinación de si tal abstención o silencio constituye una manifestación de voluntad o se puede llegar a establecer el predicamento. *Qui tacet consentire videtur* (quien calla consiente), o la regla: *Quit tacet cum loqui potuit et debuit consentire videtur* (el que calla pudiendo y debiendo hablar, se entiende que consiente). O por el contrario, *Qui tacet neque negat neque utique fatetur* (se le puede oponer, el que calla no afirma ni niega).

Las corrientes modernas se inclinan por la tesis de que el silencio no es una manifestación de voluntad. Esto significa que el que calla ni dice que “sí”, pero tampoco que “no”. Quien aguarda silencio no expresa voluntad alguna, no acepta ni rechaza. Quien aguarda silencio significa que no ha tomado una decisión no afirmativa ni negativa, solo constituye una omisión declarativa.

El Código Civil peruano en su artículo 142 sostiene que: “El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”, la presente disposición tuvo su antecedente en el Código Civil de 1936 que establecía que el silencio opuesto a actos o a una interrogación, no se considerará como una manifestación de voluntad conforme al acto o a la interrogación, sino en los casos en que existía una obligación de explicarse (art. 1077). El artículo 142 concuerda con el concepto de silencio según el cual no puede constituir una manifestación de voluntad en ningún sentido, ya que es algo neutro y que carece de significación jurídica per se. El significado solo se lo puede atribuir la ley (a través de normas supletorias que así lo señalen taxativamente) o el convenio (con las hipótesis y consecuencias previamente estipuladas por las partes), en cuyo caso esta atribución de significado solo es posible ante una relación jurídica originada previamente por un acto jurídico en cuyo contenido las partes no han previsto todas las

situaciones que podían derivarse, entre ellas, como el hecho que una de las partes deviniera en silente, por lo que convienen las consecuencias de su silencio o se remiten a las normas supletorias que permitan integrar los vacíos del contenido del acto jurídico. Un ejemplo, en el cual por convenio se le atribuye un significado al silencio se da cuando un vendedor envía una mercancía al comprador, acordándose que si este último después de recibir el producto se queda en silencio es que ha aceptado comprar el bien. Cuando un paciente acude a una consulta con un médico sin preguntar el costo de la misma, el médico lo atenderá con la seguridad que le abonará el monto que suele cobrar el profesional en el ejercicio común de su actividad.

En la jurisprudencia se ha señalado que: “El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyan ese significado y para la circunstancia de la enajenación de un bien arrendado, ni la ley le atribuye tal significado, porque la única excepción que contempla es que el adquirente haya convenido en el respeto del arrendamiento ni tampoco existe convenio que le atribuya tal significado” (Cas. N° 937-95-Lima).

■ SIMULACIÓN ABSOLUTA

Se denomina simulación absoluta, cuando la declaración no responde a ninguna determinación realmente

querida. En este caso los celebrantes del acto jurídico simulado, no tienen la voluntad de realizarlo y solo en apariencia lo celebran. Es decir, solo exige el acto aparente sin que exista el acto jurídico real. El acto aparente flota sin una base verdadera. Por ejemplo, A finge vender un bien a B, siendo así que no hay voluntad alguna que este último adquiera el dominio del bien bajo ningún concepto. En este caso, no hay consentimiento verdadero alguno; la declaración es simplemente una ficción. En artículo 190 del Código Civil señala que: “Por la simulación absoluta se aparenta celebrar un acto jurídico cuando no existe realmente voluntad para celebrarlo”. Significa que por acuerdo simulatorio el vendedor manifiesta vender, aunque ambos, comprador y vendedor, saben de antemano que eso no se producirá. Se trata solo de aparentar el contrato con la finalidad de engañar a terceros. Estos actos jurídicos adolecen de nulidad absoluta, pues nunca existieron por la voluntad de las partes. Por eso el artículo 219 del Código manifiesta que la simulación absoluta es causal de nulidad absoluta.

Un claro ejemplo de la simulación absoluta, será cuando una persona con el fin de engañar a sus acreedores simula enajenar su bienes a otros, a fin de impedir que estos cobren sus créditos; pero en realidad no se transfiere nada y lo único que

se busca es aparentar la celebración de tal acto, puesto que ni la transferencia del bien ni el pago del precio se han concretizado. Los simulantes quieren solamente la declaración, pero no sus efectos, esto es, se crea una mera apariencia carente de consecuencias jurídicas entre los otorgantes, destinada a engañar a terceros. Hay una declaración exterior vacía de sustancia para los declarantes.

A nivel jurisprudencial se ha señalado que: “La simulación absoluta tiene como efecto que el acto sea inválido y se admite su convalidación o confirmación. La simulación relativa es un acto anulable que puede ser confirmado” (Cas. N° 743-2000-Puno), así como, “Que existe simulación absoluta cuando no hay voluntad de celebrar un acto jurídico y solo en apariencia se celebra. Que en este caso el recurrente y su cónyuge no tenían la voluntad de reconocer a su nieta, sino en apariencia y por razones de índole personal. Que es un hecho probado no susceptible de modificación en vía casatoria que la menor no es hija biológica del recurrente y su cónyuge sino nieta de estos, lo que ratifica la simulación absoluta contenida en el acto jurídico de reconocimiento” (Cas. N° 1230-96). Entonces, el negocio absolutamente simulado es el que, existiendo en apariencia, carece en absoluto de un contenido serio y real.

SIMULACIÓN EN EL ACTO JURÍDICO

La simulación es la declaración solo aparente, que se emite de acuerdo con la otra parte para engañar a terceros. Se trata de un acuerdo de los sujetos que intervienen en el acto jurídico para emitir una falsa declaración de voluntad con el ánimo de que los terceros crean en lo aparente y no conozcan la realidad. Se trata pues de una divergencia, acordada entre los celebrantes del acto jurídico, entre la voluntad interna o real y la externa o manifestada para engañar a terceros o protegerse frente a los mismos. Esta declaración va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer, los terceros que ignoran el concierto secreto de los contratantes y no pueden perpetrar en sus intenciones, creen que el acto realizado es cierto y verdadero, en razón que consideran que las declaraciones contractuales son serias y han producido una transformación real en las relaciones jurídicas de las partes. Así, por ejemplo, el deudor para impedir una medida cautelar como el embargo, simula haber vendido la totalidad de su patrimonio a otra persona que acepta participar en el acto simulado. El acreedor que cree que es cierto ya no podrá ordenar la ejecución sobre esos bienes. Pero al margen de esta apariencia, el supuesto vendedor y comprador saben que tal circunstancia solo es aparente, en la medida que en la realidad el desplazamiento

no se ha producido. El acreedor cree en el cuento porque desconoce la realidad. La simulación en el acto jurídico presenta como principales características lo siguiente:

- a) **La disconformidad entre lo aparente y real:** Significa que ambas partes están de acuerdo en dar apariencia de verdadera a una voluntad diversa de la real. Es decir, entre ambos hay una convivencia. Esta disconformidad se encuentra en la apariencia que los celebrantes muestran a los terceros que creen en esa manifestación.
- b) **Concierto para dar a lo declarado autenticidad:** Se refiere a la existencia de un acuerdo simulatorio. Debe existir ese concierto y coincidencia de las dos declaraciones contradictorias que se integran en un negocio.
- c) **Propósito de engañar a terceros:** Los que simulan un acto lo hacen con el fin de mostrar a terceras personas, como real y auténtico, un acto aparente que oculta una realidad distinta. Para tal efecto, dotan al acto aparente con todos sus atributos y formalidades para que nadie dude de su eficacia.

La simulación en el acto jurídico concurre a la creación de una apariencia, vale decir, de una situación ostensible que todo el mundo conoce o puede conocer, por oposición a la realidad que queda oculta. Sobre el

particular, el artículo 1414 del Código Civil Italiano señala que hay simulación cuando los contratantes crean con su declaración, solo la apariencia exterior de un contrato, del cual no quieren los efectos. En la simulación la declaración va dirigida a engendrar en los demás una falsa representación de su querer.

SIMULACIÓN POR INTERPOSICIÓN DE PERSONA

Se trata de la utilización de una persona a nombre de quien se declara que se transmiten bienes o derechos, pero que no es el verdadero destinatario de esa transmisión, sino que actúa permitiendo que se utilice su nombre, manteniendo oculto el nombre del que en realidad recibe como parte el bien o el derecho. Es por eso que también suele denominarse prestanombre o testafierro. La simulación por interpósita persona es una de las modalidades de la simulación relativa, que se presenta cuando una persona aparece como celebrante del acto y destinatario de sus efectos. Pero en realidad, es otra la persona con la que se celebra el acto jurídico y que no aparece en la declaración. La persona que muestra su presencia es la interpósita persona.

El Código Civil señala en su artículo 192 que: “La norma del artículo 191 es de aplicación cuando en el acto se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona”. La

idea central de esta disposición es que el acto jurídico simulado es realizado por una persona (interpuesto) que interviene para ocultar quién hace una enajenación, o quién será el verdadero o definitivo titular de la situación jurídica subjetiva que se transmite.

El supuesto de interposición de persona exige la participación de una tercera persona, distinta de aquella sobre la que habrán de recaer los efectos definitivos del negocio. Esta interpósita persona aparenta asumir con carácter definitivo derechos y obligaciones a su nombre, cuando en realidad pertenecen o habrían de pertenecer a un tercero oculto, sobre el que recaerán los efectos definitivos del negocio. La intervención en el negocio de una persona que va a actuar en nombre propio y que, en complicidad con la otra parte, recibe real y efectivamente en sí las consecuencias jurídicas del negocio con la finalidad de ocultar estos hechos ante terceros, cede a otro los derechos que adquiere. La interposición que supone que una persona actúa de una manera auténticamente simulada.

La Corte Suprema ha considerado: “Que si bien algún sector de la doctrina diferencia entre las modalidades de interposición real e interposición ficticia, esta última supone la intervención en el acto simulado del interponente y el tercero, limitándose la intervención del intermediario a prestar una cooperación puramente

material” (Cas. N° 1178-96). En la simulación por interpósita persona la interposición es ficticia, en razón que el que celebra un negocio con el interpuesto sabe que es un testaferro. De esta manera, en este caso estamos frente a un tripartismo en el que intervienen las dos partes simulantes y la persona interpuesta, que se presta para la celebración de un acto jurídico simulado. De este tipo de simulación lo relevante es que siempre que las partes y el interpuesto simulen los actos con el propósito de engaño y ocultamiento habrá un acto, por demás reprochable. En la simulación por interpósita persona se plantea la existencia de un acto jurídico único, pero con una parte simulada y con otra disimulada.

■ SIMULACIÓN RELATIVA

La simulación es relativa cuando el acto declarado no responde a la verdadera determinación de la voluntad pero esta última existe, pero no se declara. En este caso existen dos actos: uno aparente que es ficticio y el otro oculto o secreto que es real. De manera que este último se halla simulado por el primero. Se presenta en el caso en que A y B aparecen celebrando un contrato de compraventa cuando en realidad, lo que ha hecho A es donar el inmueble a B. El acto aparente es la compraventa, el acto oculto o secreto es la donación. La simulación relativa puede consistir también en la referencia de

datos inexactos sobre el objeto del negocio o sobre fechas o cantidades, como cuando se aparenta vender un inmueble por un precio determinado, para evitar el pago de los impuestos al fisco.

Se trata de la existencia de dos contratos, el simulado que es el destinado a aparecer solo exteriormente; y el contrato disimulado que es el realmente querido por las partes. El Código Civil vigente se ocupa de la simulación relativa en su artículo 191, cuando sostiene que: “Cuando las partes han querido concluir un acto distinto del aparente, tiene efecto entre ellas el acto ocultado, siempre que concurran los requisitos de sustancia y forma y no perjudique el derecho de tercero”. Significa que los contratantes, en la simulación relativa, concluyen un negocio verdadero que ocultan bajo una forma diversa, de tal modo, que su verdadera naturaleza permanezca secreta. En este caso, si bien configura un acto simulado, tal como sucede en la simulación absoluta, también se requiere de la presencia de un acto disimulado. La simulación relativa plantea la existencia de un negocio oculto, en el cual la voluntad real se manifiesta y se perfecciona, pero se disimula. El primero de los actos sirve para disimular el segundo.

La simulación relativa también debe ser sancionada con nulidad, pues el acto que da origen constituye per se una mentira. En la simulación relativa lo que aparece es una

(in)existencia útil para conseguir los fines y efectos propios del negocio que al exterior se ve y por lo tanto debe ser ineficaz. Sin embargo, hay que tener presente que esta nulidad no tendrá efecto alguno, en tanto no sea declarada. Una vez obtenida la declaración de la ineficacia del acto simulado, el acto no producirá más consecuencias jurídicas; y más aún las consecuencias que se venían produciendo desaparecerán haciendo que todo quede como antes. Esto significa que los cambios producidos por un acto simulado, resultarán ilusorios al carecer de realidad y contenido cierto.

Nuestra jurisprudencia civil ha sostenido que: “Para que se configure la simulación relativa deben existir dos actos en los que intervenga la voluntad de las partes: el acto oculto, que es el que contiene la voluntad real y el acto aparente, que es el que en definitiva se celebra” (Exp. N° 123D-96-Huaura, Sala Civil de la Corte Suprema) y “La simulación absoluta tiene como efecto que el acto sea inválido y se admite su convalidación o confirmación. La simulación relativa es un acto anulable que puede ser confirmado” (Cas. N° 743-2000-Puno).

■ SOBRESUELO

El artículo 954 del Código Civil fija la extensión física de la propiedad ejercida sobre un predio. En tal sentido, establece que la misma se

extiende al subsuelo y sobresuelo. El sobresuelo, al igual que suelo y el subsuelo, en virtud del artículo 885, es un bien inmueble.

El sobresuelo viene definido como aquella porción espacial comprendida en la parte superior de los planos verticales del perímetro superficial, es decir, el suelo, y hasta donde sea útil al propietario en el ejercicio de su derecho. Al respecto, debe tomarse en cuenta que el referido aprovechamiento se ve limitado debido a las zonificaciones municipales, las cuales suelen establecer límites al número de pisos que se pueden construir en determinado distrito y zona. Asimismo, el aprovechamiento se ve limitado por la autorización del uso del espacio aéreo, tal como lo señala la Ley N° 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, que establece en su artículo 18 que: “Nadie puede, en razón de un derecho de posesión o propiedad predial, oponerse al vuelo de una aeronave cuando este se realice con arreglo a la presente Ley y su reglamentación”.

Por otro lado, es jurídicamente posible que el propietario (o copropietarios) del sobresuelo sea un sujeto diverso al propietario del suelo. Aquello en razón de que se puede llevar a cabo el aprovechamiento de ambos de manera independiente como propietarios. Otro supuesto en el cual se puede lograr el aprovechamiento del sobresuelo desligado del suelo es en el caso de la constitución del derecho de superficie. El

Código Civil establece en el artículo 1030 que el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. En tal sentido, el superficiario (i) podrá realizar construcciones sobre la superficie del suelo propiedad de otro sujeto y (ii) adquirir de manera originaria la propiedad de lo construido.

■ SOCIEDAD DE GANANCIALES

Mediante esta sociedad se tornan comunes para el marido y la mujer los beneficios o ganancias obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, los que les serán atribuidos por mitad –a ellos o a sus herederos– al disolverse aquella y aunque uno haya aportado más que el otro. Las obligaciones y cargas de la sociedad se pagan con el activo social (bienes y derechos comunes), y solo si este es insuficiente se responderá, a prorrata, con los bienes propios (de ahí que el artículo 299 señala que cualquier régimen patrimonial comprende tanto los bienes que los cónyuges tenían antes de entrar aquel en vigencia como los adquiridos por cualquier título durante su vigencia).

Bienes propios.- Son aquellos que cada cónyuge aporta al matrimonio que adquiere después por herencia, legado o donación.

Bienes sociales.- Son todos aquellos bienes que se adquieren durante el matrimonio a título oneroso y, aun pues de su disolución, por causa o título anterior a la misma. Se ha introducido cierta presunción que tienen carácter *iuris tantum*, es decir, que admiten prueba en contrario: todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario.

Facultades

De administración. Cada cónyuge posee autonomía administrativa, respecto de sus bienes propios. Excepcionalmente, dicha administración pasa al otro cónyuge en los siguientes casos:

- Cuando uno de los cónyuges voluntariamente permite que su bien sea administrado por el otro cónyuge.
- Cuando uno de los cónyuges no contribuye con los frutos y productos de su bien propio al sostenimiento del hogar, el otro cónyuge puede pedir judicialmente que los bienes pasen a su administración.
- Cuando uno de los cónyuges está impedido por interdicción, se ignora su paradero, se encuentra en lugar remoto o ha abandonado el hogar, el otro cónyuge asume la administración de los bienes propios del primero, lo que opera de pleno derecho sin necesidad de poder.

De disposición y gravamen. Cada cónyuge tiene derecho a disponer libremente de sus bienes propios y gravarlos según su criterio; sin embargo:

- Los cónyuges no pueden dar por vía de donación más de lo que pueden disponer por testamento.
- Uno de los cónyuges puede ser declarado pródigo, si dilapida bienes que exceden de su porción disponible.
- Uno de los cónyuges puede ser declarado incapaz por mala gestión, cuando ha perdido más de la mitad de sus bienes.

Responsabilidades.- Los bienes propios responden por las deudas que cada cónyuge contrajo antes del matrimonio, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar. Los bienes propios de uno de los cónyuges no responden por las deudas personales del otro, salvo que se hubieran contraído en beneficio de la familia. La responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges no perjudica al otro en sus bienes propios, ni en la parte de los bienes de la sociedad que le corresponde.

Fenecimiento de la sociedad de gananciales

Fenecimiento normal. La sociedad de gananciales se termina por haber desaparecido el vínculo conyugal y se da en los siguientes casos:

- Por invalidación del matrimonio, esto es, por nulidad o anulabilidad.
- Por divorcio, que disuelve definitivamente el nexo conyugal que une a la pareja.
- Por muerte de uno de los cónyuges.

Fenecimiento excepcional. La sociedad de gananciales concluye a pesar de estar vigente y subsistente el vínculo conyugal en los siguientes casos:

- Por separación de cuerpos, que suspende los deberes de lecho y habitación.
- Por declaración de ausencia de uno de los cónyuges.
- Por cambio de régimen patrimonial.

■ SUBARRENDAMIENTO

El subarrendamiento es el arrendamiento total o parcial de un bien que ha sido previamente arrendado, y que es celebrado por el arrendatario-subarrendador en favor de un tercero (a quien se le denomina subarrendatario), a cambio de una renta.

El contrato de subarrendamiento solo se celebra entre el arrendatario-subarrendador y el subarrendatario, pero, conforme a lo dispuesto por el artículo 1692 del Código Civil, para su validez el arrendador debe prestar su asentimiento por escrito.

En este contrato, el arrendatario debe desposeerse del bien, ya sea total o parcialmente, y entregárselo al subarrendatario. Por lo tanto, coexisten de forma simultánea dos relaciones jurídicas nacidas por dos contratos distintos: la relación de arrendamiento entre el arrendador y el arrendatario, y la relación de subarrendamiento entre el arrendatario-subarrendador y el subarrendatario.

El artículo 1693 del Código Civil establece que tanto el subarrendatario como el arrendatario están obligados solidariamente ante el arrendador por las obligaciones asumidas por el arrendatario.

Nota característica de esta subcontratación es que la conclusión del arrendamiento determina que se extingan los subarrendamientos cuyos plazos no han vencido, dejándose a salvo el derecho del subarrendatario para exigir del arrendatario la indemnización correspondiente.

■ SUBASTA

Como los contratos se celebran mediante la realización del consentimiento, este puede producirse tanto de una manera simple como de una manera especial.

El consentimiento contractual se produce de una manera simple cuando la conjunción de oferta y aceptación no reviste alguna particularidad

o especialidad. Por el contrario, el consentimiento contractual se produce de una manera especial, cuando la conjunción de oferta y aceptación reviste alguna particularidad.

Pues bien, la utilización del mecanismo de la subasta para la celebración de los contratos hace que necesariamente el consentimiento contractual presente alguna especialidad. Esta es la situación que determina el concepto de subasta. Se trata de una manera especial de prestar el consentimiento.

La particularidad que reviste la subasta como manera especial de prestar el consentimiento consiste en que este se produce auxiliándose con una tercera declaración de voluntad. Esto es, como el consentimiento está conformado por dos declaraciones de voluntad, las cuales son oferta y aceptación, para la dación de estas dos declaraciones se puede recurrir al auxilio o complemento de una tercera declaración de voluntad.

Para que se les pueda captar nítidamente, a cada una de estas tres declaraciones de voluntad se les ha podido identificar perfectamente; es decir, cada una de ellas tiene nombre propio, los cuales son, en estricto orden sucesivo: convocatoria, posturas y buena pro.

Existen diversas teorías sobre la naturaleza jurídica de que debe tener cada una de las tres declaraciones de voluntad que conforman la subasta.

Una primera posición le otorga a la convocatoria la naturaleza jurídica de invitación a ofrecer, lo cual conlleva a tener que asignarle a las posturas naturaleza jurídica de ofertas; y finalmente, asignarle a la buena pro naturaleza jurídica de aceptación.

La otra posición opta por darle a la convocatoria naturaleza jurídica de oferta, lo cual conlleva a tener que asignarle a las posturas naturaleza jurídica de aceptaciones; y finalmente, otorgarle a la buena pro naturaleza jurídica de confirmación o aprobación de la celebración del contrato.

Como se puede apreciar, lo que resulta determinante en cada una de estas teorías es la naturaleza jurídica que se le asigne a la convocatoria, pues la naturaleza jurídica que esta tenga va a determinar a su vez la naturaleza jurídica que van a tener las posturas y la buena pro.

En cuanto a la forma adoptada por el Código Civil peruano, el artículo 1389 ha adoptado el régimen jurídico en virtud del cual la convocatoria tiene naturaleza jurídica de invitación a ofrecer, lo cual hace que las posturas tengan naturaleza jurídica de ofertas y la buena pro de aceptación.

En consecuencia, y conforme lo establece el segundo párrafo del citado artículo 389 del Código Civil, el contrato quedará celebrado cuando el subastador adjudique la buena pro al postor que hasta ese momento haya formulado postura válida.

■ SUBROGACIÓN

La subrogación es el reemplazo de un nuevo acreedor por el antiguo debido a la realización de determinados eventos establecidos por ley o por la voluntad de las partes. El principal efecto de la subrogación es que a través de la misma, según lo señala expresamente el artículo 1262 del Código Civil, se “sustituye al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado”. En tal sentido, la subrogación se constituye como un efecto protector frente al beneficiario de esta, ya que el mismo goza de una posición similar a la que tenía el acreedor anterior, a fin de que se pueda resguardar el derecho de crédito.

Por otra parte, hay que tomar en cuenta lo que dice el Código en aquellos casos en los que la subrogación no se hubiera realizado de manera total. Así, “(s)i el subrogado en lugar del acreedor lo fuese solo parcialmente, y los bienes del deudor no alcanzasen para pagar la parte restante que corresponda al acreedor y la del subrogado, ambos concurrirán con igual derecho por la porción que respectivamente se les debiera”.

Ahora bien, como se señaló la subrogación puede ser legal o voluntaria.

1. La subrogación legal o de pleno derecho opera en nuestro ordenamiento, en virtud del artículo

1260 del Código Civil, en los casos en los que:

- a. El acreedor paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros. En estos casos, el subrogado está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, solo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de estos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda. Aquí también debe tenerse en cuenta que en virtud del artículo 1204 del Código Civil, “alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación” y que si “el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás”.
- b. Un sujeto que tenía legítimo interés cumple la obligación. En este caso tenemos el caso del fiador o en cualquier otro caso en el que exista una garantía de un tercero respecto de la deuda. En lo que respecta a la fianza, el primer párrafo del artículo 1889 establece que: “el fiador que paga la deuda queda subrogado en los derechos que el acreedor tiene contra el deudor”.
- c. Cuando un acreedor paga la deuda del deudor común a otro acreedor que le es preferente.

2. La subrogación voluntaria opera en aquellos casos en los que:

- a. El acreedor recibe el pago de un tercero y lo sustituye en sus derechos. En este caso estamos ante un típico acto de autonomía privada en los que producto del acuerdo entre los intervinientes se regulan los intereses de las partes.
- b. El tercero no interesado en la obligación paga con aprobación expresa o tácita del deudor. En este caso, será necesario que el deudor manifieste su aprobación, tácita o expresa a efectos de que el nuevo acreedor pueda gozar de los derechos, privilegios y garantías del acreedor primigenio.
- c. El deudor paga con una prestación que ha recibido en mutuo y subroga al mutuante en los derechos de acreedor, siempre que el contrato de mutuo se haya celebrado por documento de fecha cierta, haciendo constar tal propósito en dicho contrato y expresando su procedencia al tiempo de efectuar el pago.

■ SUBSUELO

El artículo 954 del Código Civil fija la extensión física de la propiedad ejercida sobre un predio. En tal sentido, establece que la misma se extiende al subsuelo y sobresuelo. El subsuelo es un bien inmueble en virtud del artículo 885 del Código Civil.

El subsuelo viene definido como aquella porción espacial comprendida en la parte inferior de los planos verticales del perímetro superficial, es decir, el suelo, y hasta donde sea útil al propietario en el ejercicio de su derecho. En este caso, el Código Civil se encarga de aclarar que la propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales. Lo anterior encuentra concordancia con lo señalado en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú que establece que: “los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”. Sin embargo, el segundo párrafo del mencionado artículo deja abierta la posibilidad de que los mismos sean aprovechados por particulares al señalar que “por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

Así también tenemos el primer párrafo del artículo II del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM, el cual señala que: “todos los recursos minerales pertenecen al Estado, cuya propiedad es inalienable e imprescriptible”. Además, en el mismo sentido, la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos, establece en su artículo 2 que: “el agua

constituye patrimonio de la Nación. El dominio sobre ella es inalienable e imprescriptible. Es un bien de uso público y su administración solo puede ser otorgada y ejercida en armonía con el bien común, la protección ambiental y el interés de la Nación. No hay propiedad privada sobre el agua”.

Por otro lado, es jurídicamente posible que el propietario (o copropietarios) del subsuelo sea un sujeto diverso al propietario del suelo. Aquello en razón de que se puede llevar a cabo el aprovechamiento de ambos de manera independiente como propietarios. Otro supuesto en el cual se puede lograr el aprovechamiento del subsuelo desligado del suelo es en el caso de la constitución del derecho de superficie. El Código Civil establece en el artículo 1030 que el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. En tal sentido, el superficiario (i) podrá realizar construcciones bajo la superficie del suelo propiedad de otro sujeto y (ii) adquirir de manera originaria la propiedad de lo construido.

■ SUCESIÓN INTESADA

La sucesión intestada es aquella que se da en la condición mortis causa ante la inexistencia o invalidez de testamento del fallecido. Dada la necesidad de la elección de un sucesor,

y ante la inexistencia de voluntad escrita del fallecido, el Derecho suple esa voluntad designando sucesores por defecto. De este modo, la atribución de la herencia puede darse por mandato de la ley, y cuando esto se verifica, se habla de sucesión legítima o sucesión intestada o *ab intestato*, o por el testamento del causante, siendo este el supuesto de sucesión testamentaria. En ambos casos, la herencia se defiere a quienes son llamados a la adquisición. Este llamamiento es la vocación hereditaria. En nuestra legislación se exige que la calidad de heredero se sustente ya sea en un testamento válidamente emitido y vigente, o en una sentencia de sucesión intestada o un acta notarial que declare la sucesión intestada del causante y a quienes son sus herederos legales. Así, en el artículo 815 de nuestro Código Civil se definen los supuestos para la posibilidad de realización de una sucesión intestada.

Para el establecimiento de los herederos legales se sigue un orden sucesorio, de esta manera es el parentesco el fundamento de la sucesión legal en el derecho sucesorio peruano, el cual organiza el llamamiento de los herederos legales teniendo en cuenta el vínculo entre familiares en razón de la sangre (consanguíneo), y la adopción (civil). Además del parentesco, se encuentra el vínculo uxorio (matrimonio civil). Es necesario señalar que tanto el parentesco consanguíneo como el parentesco por adopción, que está reconocido en el artículo 238 es reconocido por

el adoptante y en el caso de los hijos, el adoptado lleva los apellidos del adoptante o adoptantes (art. 22) y goza del pleno derecho a la repartición de la herencia. La sucesión intestada tiene un doble fundamento: El orden natural de los efectos y el orden social.

Acerca del fundamento de la sucesión legal, se hace hincapié en la necesidad de remontarnos a la concepción política y social sobre cuya base está organizada la sociedad. Así, por ejemplo, en los países individualistas, para los cuales lo único que interesa es la voluntad del dueño de los bienes, el orden sucesorio está fundado en el afecto presunto del causante. Tal ocurría en Roma (por lo menos hasta la época imperial), en Inglaterra y, de modo general, en todos los países que no han reconocido la institución de la herencia forzosa. Sin embargo, el sistema hoy predominante funda la sucesión legal en un doble orden de consideraciones: por un lado, el interés familiar y la mejor distribución de la riqueza; por el otro, el afecto presunto del causante.

■ SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Dentro del ámbito de las sucesiones existen dos ramificaciones de gran amplitud: la sucesión intestada y la sucesión testamentaria, nos ocuparemos de la segunda. Si bien las sucesiones no han sido tratadas a gran profundidad dentro del

Derecho Romano, han merecido de tratamiento y estudio. El testamento tiene importancia extraordinaria en la conciencia social; así, según Cicerón, “es el acto más grave de la vida del civil, como lo es la *lex* en la órbita pública. Tanta era su importancia, que respondía en un tiempo a la exigencia de mantener la unidad patrimonial de la familia bajo un nuevo jefe, y tenía sus profundas raíces en la tradicional inspiración individualista del Derecho y en la sociedad romana, en la cual la certeza de la eficacia de la propia voluntad *ultra mortem* se consideraba como *solitium mortis*”.

Por otra parte, la sucesión testamentaria en la doctrina romana y la confección del testamento, respondía a un hecho normal de la vida, por lo tanto era excepcional que no se testase. Esta forma de proceder provoca repercusión en cuanto a importancia se refiere, y se reafirma desde la Ley de las XII Tablas, pues este instrumento admite la apertura de la sucesión legítima al haber fallecido sin testamento o cuando existiendo este se declarase nulo, por encontrarse incurso en alguna causal de nulidad absoluta que lo haga ineficaz. Incluso en las codificaciones modernas prevalece la sucesión testamentaria sobre la sucesión *ab intestato*.

La sucesión se remonta a la época clásica romana, es aquella que se produce por testamento, el otorgamiento de un testamento, constituye un acto jurídico de última voluntad,

por el que una persona dispone de sus bienes patrimoniales y otros asuntos que le atañen, para después de su muerte. El derecho de sucesiones está regido por el principio regulador fundamental: voluntad del causante plasmada en un testamento, pero dicha voluntad está condicionada a ciertas formalidades y limitaciones, dentro de las cuales debe otorgarse el testamento, cuya finalidad está orientada a garantizar y proteger la distribución de la masa hereditaria, con arreglo a la ley, esto preservado también por la finalidad garantista del Estado, está contemplada la sucesión testamentaria como acto privado, el cual si bien se encuentra basado en la autonomía de la libertad que tiene cada cual de manifestar su voluntad, debe cumplir con unos requisitos mínimos como son el objeto y la causa lícita.

La sucesión legal o intestada tiene una función esencialmente supletoria y sustitutiva, en defecto de voluntad testamentaria o cuando esta no resulta completa, válida o totalmente eficaz por cualquier motivo. Y mientras que la sucesión por llamamiento legal solo regula los aspectos netamente patrimoniales de la herencia y su adquisición por los herederos legales, la voluntad testamentaria puede ampliar los sujetos beneficiados a otros distintos de los que la ley hubiera llamado y la forma de llamamiento, sobre situaciones ya existentes o previsiones sobre futuras que exceden del ámbito patrimonial.

■ SUCESIONES

El Derecho de sucesiones es la parte del Derecho Civil que se encarga de regular las relaciones de los sucesores una vez que una persona, denominada causante, ha dejado de existir. En tal sentido, producido dicho evento se opera, de pleno derecho, la transferencia de aquellas situaciones jurídicas de las que era titular el causante, siempre que atendiendo a su naturaleza sean transferibles. Asimismo, regula, en el caso de la sucesión “testada”, a la cual se hará referencia luego, los requisitos de validez que debe revestir el testamento como negocio jurídico de última voluntad.

La sucesión puede dividirse en sucesión testada o intestada, dependiendo si la sucesión se regulará por el negocio jurídico del Testamento o por las normas establecidas en el ordenamiento jurídico para aquellos casos en los que falta tal documento. En cualquier caso, siempre deberá respetarse la institución de la legítima, la cual es la “parte de la herencia de la que no puede disponer libremente el testador cuando tiene herederos forzosos”.

■ SUJETO DE DERECHO

Hasta las últimas décadas del siglo XX no se distinguía claramente la noción de “sujeto de derecho” del de “persona”, siendo muchas veces tomados como sinónimos,

posteriormente fueron distinguidos como género y especie, definido al primero como titular de posiciones jurídicas, recayendo en la categoría filosófica de persona humana en función última de la cual se constituye el ordenamiento jurídico.

Considerado al sujeto de derecho como centro de imputación de situaciones jurídicas que recaen en última instancia en la persona humana, comprende tanto el concebido, persona natural, persona jurídica y organización de personas no inscritas, siendo por ello que el sujeto de derecho viene a ser, de este modo, la designación por el derecho, del ser humano desde su concepción hasta su muerte, es decir, durante todo el curso de su tránsito existencial, en su doble dimensión estructural de ser simultáneamente individual y colectivo o social.

En efecto, poniendo de manifiesto la potestad del Estado de atribuir (o negar) la calidad de sujeto de derecho, el legislador engloba dentro del término sujeto de derecho no solamente a las categorías clásicas de persona natural y persona jurídica, sino también a dos categorías nuevas, el concebido y la organización de personas no inscrita. El término designa entonces, por un lado, al ser humano percibido en una dimensión individual ya sea antes de su nacimiento o después de su nacimiento; por otro lado, el término de sujeto de derecho designa al ser humano observado, esta vez, en una dimensión

colectiva, es decir, organizado en una colectividad que busca la realización de alguna finalidad loable ya sea constituida según las formalidades previstas por la ley o sin haber cumplido dicho procedimiento para su reconocimiento legal.

Los sujetos de derecho son:

Concebido.- Comprende desde la concepción hasta el nacimiento, siendo un sujeto de derecho privilegiado, al poder ser titular de derechos en cuanto le favorezca, asimismo, la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo; esto es, cuando sea persona natural. El concebido es un ser humano autónomo, genéticamente distinto, desde la singamia, de la madre que lo gesta, sea esta de manera natural o mediante las técnicas de reproducción humana asistida.

Persona natural.- Comienza desde el nacimiento hasta su muerte, siendo la dignidad del ser humano el fundamento de los derechos naturales o los intereses existenciales que el derecho reconoce y protege, sin necesidad de contar con norma expresa en el respectivo ordenamiento jurídico. Tiene una serie de derechos subjetivos absolutos, elevados a rango constitucional, como derechos fundamentales, derecho a la vida, a la libertad, al bienestar, a la identidad personal, a la salud, al honor, a la intimidad, a la imagen y la voz (que puede acarrear su violación, la infracción de otros derechos de la persona.

Persona jurídica.- organización de personas que persigue fines valiosos (para ellos), que a veces redundan exclusivamente en la sociedad (como en el caso de las fundaciones), debidamente constituidos e inscritos en el registro correspondiente, que tiene existencia (formal) paralela a la de sus miembros, siempre presentes hasta en el momento de la liquidación de la persona jurídica para reclamar su propiedad, según sea el caso, por ello se dice que recae en última instancia en el ser humano, que cumple actividades económicas, sea con fines lucrativos o no.

Existe una diversidad de personas jurídicas, siendo las no lucrativas, la asociación, fundación y comité.

Organización de personas no inscritas.- Es también sujeto de derecho por necesidad social, que se desarrolla ineludiblemente en la vida humana social (hasta que se inscriba), por la cual no se obliga a las personas a seguir un requisito formal para desarrollar sus actividades de forma organizativa, que conlleva a concretar el derecho del ejercicio de la libre asociación que le confiere la Constitución Política del Perú.

■ SUMINISTRO

El suministro es aquel contrato por el cual una de las partes, el suministrante, se obliga a ejecutar en favor de la otra, denominada suministrado, prestaciones periódicas o continuadas de bienes.

Es un típico contrato de duración, pues el suministrante deberá proveer al suministrado de entregas periódicas o continuadas de bienes por un periodo determinado de tiempo. Sobre el particular, el artículo 1613 del Código Civil establece que si la duración del suministro no se encuentra establecida, cada una de las partes puede separarse del contrato dando aviso previo en el plazo pactado, o, en su defecto, dentro de un plazo no menor de treinta días.

El suministro es un contrato que no está sujeto a formalidad alguna, basando el consentimiento de las partes para su celebración. El artículo 1605 del Código Civil prevé una formalidad *ad probationem*, al establecer que la existencia y contenido del contrato pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios. No obstante, cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Otra característica del suministro es que se trata de un contrato complejo, debido a la pluralidad de prestaciones. En efecto, supone diversos actos, cada uno de los cuales es por sí mismo suficiente para satisfacer una necesidad y todos ellos reunidos logran la realización de otra necesidad distinta y superior, lo que hace que los actos queden refundidos en un solo contrato.

■ SUPERFICIE

El derecho de superficie es un derecho real limitado sobre bien ajeno que confiere a su titular la facultad para construir sobre o debajo del suelo, por cuanto el propietario del suelo o *dominus soli* constituyó a favor de este tercero un derecho. En ese sentido el superficiario se vuelve propietario de lo edificado. Se debe distinguir entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria. El primero hace referencia a las facultades que tiene el superficiario para construir sobre o debajo del suelo, en cambio el segundo hace referencia a que la titularidad de lo edificado pertenece al superficiario, por consiguiente este puede ejercer todos los atributos de la propiedad que le corresponde como el de usar, disfrutar y disponer de su edificación.

El derecho de superficie se limita al tiempo del vencimiento del plazo que no puede durar más de noventa y nueve años, salvo pacto en contrario. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor. Ese derecho solo permite a su titular construir edificaciones, por ello recae exclusivamente sobre inmuebles, específicamente sobre el suelo.

El artículo 1031 del Código Civil peruano menciona que el derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento. Este derecho es transmisible, salvo

prohibición expresa. Sin duda la forma más usual para constituir este derecho se da mediante el contrato, es decir, por acto ínter vivos aunque nada amerita negar que se pueda constituir mediante un acto jurídico unilateral.

El artículo 1033 del Código Civil peruano señala que el derecho se superficie no se extingue por la destrucción de lo construido. Esta norma resulta importante pues resalta la importancia de la distinción que ya realizamos líneas atrás: derecho se superficie y propiedad superficiaria. En efecto si la construcción que se haya realizado llegara a destruirse por diferentes motivos, ello de ninguna manera extinguirá el derecho de superficie, sino la titularidad o propiedad que se tuviera sobre lo construido. Por consiguiente el titular del derecho de superficie se encontrará en la posibilidad de seguir construyendo.

El derecho de superficie puede constituirse mediante contrato, aunque nada niega que se pueda también constituirse mediante acto jurídico unilateral. A esta conclusión se puede arribar ya que la norma que trata el tema (artículo 1131 del Código Civil peruano) menciona que la servidumbre puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, lo cual deja abierta la posibilidad a la interpretación que llegamos.

Puede constituirse el derecho de superficie cuando sobre el terreno

existen previamente levantadas construcciones, mediante la transferencia de dichas construcciones a una tercera persona, reservándose el vendedor o transferente la propiedad del suelo.

SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN

La suspensión de la prescripción consiste en aquella situación en la que el plazo prescriptorio que venía corriendo se suspende debido a determinados acontecimientos establecidos en el ordenamiento jurídico. La principal consecuencia de la interrupción eficaz es que los plazos prescriptorios se suspenden en su cómputo o no se inician hasta que cesen las consecuencias que han dado origen al mismo. Superado el evento establecido, el plazo reiniciará su cómputo o empezará a contarse, en caso no se hubiera iniciado.

Debido a las consecuencias de la prescripción extintiva, principalmente a la imposibilidad jurídica de poder ejercer el derecho de acción, el ordenamiento jurídico civil establece un conjunto de supuestos en los cuales la misma se ve suspendida. Así, el artículo 1994 establece que la prescripción se suspende.

1. Cuando los incapaces no están bajo la guarda de sus representantes legales. La presente causal está referida a una imposibilidad práctica ya que el incapaz no

- puede jurídicamente ejercer sus derechos por sí mismo.
- Entre los cónyuges, durante la vigencia de la sociedad de gananciales.
 - Entre las personas que con arreglo al artículo 326 del Código Civil conformen una unión de hecho.

Las causales 2 y 3 anteriores están justificadas debido a que en estos casos uno de los cónyuges o personas que forman la sociedad de gananciales, por motivos de índole personal o porque en la realidad uno se encuentra sujeto o sujeta a determinado sometimiento, no decide ejercer sus derechos.

- Entre los menores y sus padres o tutores durante la patria potestad o la tutela.
- Entre los incapaces y sus curadores, durante el ejercicio de la curatela.
- Durante el tiempo que transcurra entre la petición y el nombramiento del curador de bienes, en los casos que procede.

Las causales 4, 5 y 6 anteriores, al igual que la primera se derivan de la particular situación en la que se encuentran los incapaces o los bienes, en el caso de la curatela de bienes, la cual no permite que exista una persona distinta al representante legal o esta no exista a fin de poder ejercer el derecho de acción.

- Entre las personas jurídicas y sus administradores, mientras estos continúen en el ejercicio del cargo. En este caso la causal se justifica debido a que pueden ser los administradores los únicos que pueden ejercer los derechos frente a ellos mismos, por lo que de transcurrir el plazo prescriptorio se afectaría a la persona jurídica.
- Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano. La presente causal está referida a una causal de índole práctica ya que durante este plazo existe una imposibilidad real de ejercer el derecho de acción.

Al respecto, se debe tomar en cuenta que los supuestos anteriormente establecidos solo tienen como consecuencia que el plazo prescriptorio se suspenda, por lo que desaparecida la causa de la suspensión, la prescripción reanuda su curso adicionándose el tiempo transcurrido anteriormente.

La referida suspensión puede ser alegada por cualquiera que tenga un legítimo interés en hacer uso de la misma.

■ SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS

Esta figura del Derecho Civil está regulada expresamente en el artículo 740 de nuestro Código cuando se refiere a que: “El testador puede designar sustituto a los herederos

voluntarios y a los legatarios para el caso en que el instituido muera antes que el testador, o que renuncia a la herencia o allegado o que los pierda por indignidad”; de lo cual se colige que la sustitución de herederos es una medida de previsión testamentaria para sustituir a una persona en el lugar del primeramente llamado, para el caso de que este no pueda o no quiera heredar. A nivel doctrinario se habla mucho de las clases de sustitución hereditaria, en nuestro país no se regula de esta manera pero dentro de estas categorías se enmarca el artículo 740 ya mencionado, que cumple los requisitos para considerarse dentro de la esfera de una sustitución vulgar. Expondremos de todos modos las clases reconocidas doctrinariamente:

- a) **Sustitución vulgar:** Es la designación que el testador hace en su testamento de segundos o ulteriores herederos para el caso de que los primeramente llamados no lleguen a serlo.
- b) **Sustitución pupilar:** Es aquel nombramiento que hacen los padres y demás ascendientes para sus descendientes menores de catorce años, previendo el caso de que mueran antes de llegar a dicha edad.
- c) **Sustitución fideicomisaria:** Esta sustitución es llamada también oblicua o indirecta, en esta clase de sustitución hay varias personas llamadas sucesivamente en el tiempo de modo efectivo al

disfrute de la herencia y la adquisición del primeramente instituido no es definitiva ni plena, sino que dura mientras llega el momento en que la herencia pasa al siguiente favorecido, tampoco el primeramente instituido como heredero puede disponer libremente de la herencia o sea que no hay una libre circulación patrimonial. Como elementos subjetivos o personales de la sustitución fideicomisaria están: a) testador; b) heredero fiduciario; c) heredero fideicomisario.

Con respecto a la sustitución vulgar que es la única regulada en nuestro Código Civil (las demás se consideran como no admitidas) consiste, como se vuelve a repetir, en la designación de un sustituto para ocupar el lugar del heredero o legatario instituido que, por diversos motivos que luego se analizarán, no quiere o no puede recibir lo que en principio le estaba asignado. Así, el sustituto ocupa el lugar de otro, en defecto o con carácter subsidiario de este. No se trata, pues, de llamamiento doble y conjunto sino supletorio pues el segundo viene a ser contingente, eventual o incierto para el caso de que el primero no llegue a suceder. Existe, por lo tanto, una especie de subordinación o supeditación a la ineficacia o fracaso de la designación precedente. La sustitución vulgar supone, así, que el heredero o legatario sustituido —es decir, el primer instituido— nunca llega a suceder ni un solo instante. Su vocación

sucesoria no se concreta en efectiva delación en su favor. Naturalmente, efecto de lo anterior y característica fundamental de la sustitución ordinaria o vulgar es que surte eficacia solamente una institución. En otras palabras, aunque haya varios llamados a suceder, solo uno de ellos está destinado a ser el definitivo beneficiario, porque no hay institución conjunta (eventualmente con derecho de acrecer) ni hay institución sucesiva en que uno llega a suceder después de que efectivamente otro ha sucedido con anterioridad. En suma, la sustitución directa importa una alternativa: si no es uno de los llamados, entonces es el otro designado en su reemplazo o en su lugar, pero nunca los dos al mismo tiempo ni uno después del otro.

■ SUSTITUCIÓN DE LEGATARIOS

En uso de la autonomía privada el testador puede disponer en el testamento un sustituto para el legatario, a efectos de que por alguna causal al momento de abrirse la sucesión este

no pueda o se encuentre imposibilitado de actuar como tal. Los casos previstos en el Código Civil son: (a) muerte del legatario anterior a la muerte del testador, (b) renuncia del legatario al legado o (c) pérdida del legado por indignidad.

Por otro lado, se establece en el artículo 471 que los “legatarios sustitutos quedan sujetos a las mismas condiciones y cargos que el instituido, a menos que el testador disponga otra cosa, o que las condiciones y cargos impuestos sean por su naturaleza inherentes a la persona del instituido”. Teniendo en cuenta aquello se ha buscado, en principio, una igualdad en el trato de los legatarios, tanto entre los originariamente instituidos como en los sustitutos, siempre con la salvedad que aquello puede ser modificado por voluntad del testador o que en razón de la calidad del legatario no se le puedan imponer las mismas condiciones y cargos.

Por otro lado, nada impide que el legatario sustituto tenga a su vez un sustituto, rigiéndose por las normas y disposiciones antes señaladas.

T

■ TEMOR REVERENCIAL

Es una actitud o comportamiento dictado por el sentimiento de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto. El hecho de que una persona celebre un acto jurídico en tal o cual sentido, con otra a la que le guarde reverencia, no implica que lo haga bajo amenaza o intimidación. Consecuentemente en tal circunstancia no podrá invocar la nulidad del acto jurídico en vista del artículo 217 del Código Civil que dispone que: “La amenaza del ejercicio regular de un derecho y el simple temor reverencial no anulan el acto”. Esto significa que la influencia de estas circunstancias puede llevar a una persona a decir “sí” cuando debió haber dicho “no”, lo que no invalida el acto jurídico.

El temor reverencial se trata de un simple miedo del reverente, sin presión decisiva del reverenciado que nos sacaría del temor reverencial, para ingresar al ámbito de la intimidación. En el temor reverencial está de por medio la influencia moral, el ascendiente de una persona

que legalmente ejerce una autoridad sobre otra, ejemplo el padre sobre el hijo. Pero tal influencia aparece como un consejo o elemento de persuasión frente al reverente, quien realiza el acto jurídico acatando lo indicado por el reverenciado, pero sin que se aprecie la violencia moral, que en este caso, sí sería factible demandar la nulidad del acto por estar viciada la voluntad. Debe tenerse en consideración que el temor reverencial no es algo objetivo, lo que conlleva a que la disposición número 217, debe interpretarse en conformidad con el artículo 216, que significa apreciar la edad, sexo, y sobre todo la condición de la persona, para determinar si en la celebración del acto jurídico estuvo presente solo el temor reverencial o existió la intimidación.

Según el artículo 940 del Código Civil argentino, el temor reverencial “no es causa suficiente para anular los actos”, lo que debe entenderse, según lo aclara el artículo 1114 del Código Civil francés, que se trata “del solo temor reverencial”. Pues si concurren actos de intimidación

por parte de la persona a quien se debe el respeto o la sumisión, el temor reverencial puede considerarse para apreciar la impresión que la amenaza pueda haber causado en la víctima de la violencia. El temor reverencial tampoco es causal de anulación. Establecer las diferencias con la intimidación en los casos concretos es difícil y debe quedar supeeditado a la discrecionalidad del juez competente.

■ TESORO

El derecho tiene una vida que inicia con el nacimiento, un desarrollo, durante el cual desenvuelve su eficacia que es susceptible de modificarse y un fin. Su nacimiento está ligado con la constitución de una relación jurídica, y esta se asienta sobre un sujeto por lo que el nacimiento del derecho implica la unión de este con un determinado sujeto. El nacimiento del derecho implica pues, necesariamente, la adquisición del derecho por parte de una persona, pero no toda adquisición se liga inmediatamente al nacimiento del derecho, ya que se pueden adquirir derechos existentes de una persona, que los transfiere. Se hace referencia entonces a la adquisición originaria y adquisición derivada.

Respecto al tesoro, resulta pertinente definir la adquisición originaria, que es cuando el derecho, en el momento mismo de su nacimiento, viene a ligarse (o se adquiere) a un sujeto

determinado. Por ejemplo: Adquisición de *res nullius* o de tesoros.

Se define al tesoro como un objeto de valor que por cualquier motivo queda enterrado o sepultado (en un bien inmueble) u oculto (en un bien mueble) y cuyo dueño no es o no puede ser conocido. Un bien es tesoro cuando cumple dos principales requisitos de carácter negativo: no puede ser advertido con la vista (imposibilidad de encontrarlo) y no puede probarse el derecho de propiedad del mismo, independientemente de la propiedad de la cosa en la que ha sido encontrado. Es preciso señalar que el tesoro debe ser susceptible de valorización económica.

La propiedad sobre el tesoro se adquiere siempre a título originario, pues el derecho del descubridor deriva del hecho mismo del descubrimiento y no lo transmite quien sería el verdadero propietario (dado que hay un propietario, aunque no identificable). Adicionalmente, nos encontramos frente a un caso atípico de adquisición porque si la apropiación funcionara como es propio de ella, el descubridor debería ser propietario de todo el tesoro; sin embargo, la ley distribuye el derecho de dominio sobre la cosa entre el descubridor y el propietario (del suelo).

La división del tesoro solo procede en el supuesto que se le hubiere buscado con permiso del dueño. Si la búsqueda se llevó a cabo sin requerir el consentimiento, el tesoro le

pertenecerá íntegramente al propietario del terreno, ello sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios. El tesoro le pertenece al propietario, si él es quien lo descubre

También procede la división del tesoro entre el descubridor y el dueño del suelo, si el primero lo encuentra en forma casual, al realizar trabajos en predio ajeno, siendo indiferente que cuente o no con autorización del dueño. Las reglas del Código Civil peruano no están pensadas solo para los descubrimientos fortuitos, sino principalmente para las búsquedas deliberadas.

En efecto, el tesoro descubierto en terreno ajeno no cercado, sembrado o edificado, se divide por partes iguales entre el que lo halla y el propietario del terreno, salvo pacto distinto, la idea es que no haya elemento físico alguno que evidencie un derecho privado de propiedad. Puede darse el caso, por lo tanto, de que existan indicaciones más que suficientes sobre el derecho de propiedad del terreno y distintas de un cerco, siembra o edificación.

Las situaciones descritas se aplicarán siempre y cuando no sean opuestas a las normas que regulan el patrimonio cultural de la Nación, porque se les considera propiedad exclusiva del Estado.

Una característica generalmente aceptada es que el tesoro debe tener individualidad propia. O sea, no debe ser un accesorio del inmueble

ni debe compartir su misma naturaleza. Esta distinción también interesa cuando el tesoro es encontrado en otro bien mueble, lo cual también es posible aunque nuestro Código Civil vigente parezca no admitirlo.

En todos los casos solo puede considerarse descubridor a la persona que hace visible el tesoro, a quien lo halla directamente e independientemente de que actúe por cuenta ajena.

■ TESTAMENTO

Es aquel acto jurídico personalísimo, cuyo contenido está determinado por una declaración de voluntad libre y consciente destinada a crear los efectos y relaciones jurídicas previstas por el testador para una parte o la totalidad de sus bienes, esta disposición, obviamente, es dada a conocer después de su fallecimiento, es por esta última característica que se le define como un acto mortis causa por excelencia. Además, tiene la categoría de unilateral simple porque para su conformación solo basta la manifestación de voluntad singular del testador, que con normalidad es de carácter recepticio, esta va dirigida a personas determinadas a las que el testador manifiesta su llamamiento, no siendo necesaria la aceptación de los herederos o legatarios. No es de carácter recepticio cuando, por ejemplo, el sujeto realiza una promesa pública de recompensa, pues aquella está sujeta al cumplimiento

y no determina al legatario. Hay también otros requisitos necesarios propios de las características de un acto jurídico (art. 140 del Código Civil), mencionamos: que el objeto del testamento sean objetos física y jurídicamente posible y, si no es determinado, que sea mínimamente determinable, el objeto es todo aquello sobre lo que recae la manifestación de voluntad del testador, cabe precisar, entonces, que la posibilidad física se refiere a la propia existencia o posibilidad de existir del objeto y que la posibilidad jurídica está referida a su conformidad con el ordenamiento jurídico, por otro lado, la determinabilidad debe entenderse como la identificación del objeto; otro requisito es el fin lícito o, en otras palabras, la finalidad lícita.

Hay sujetos que son incapaces de otorgar testamento por carecer de alguno de los requisitos previos a la figura del testador, estos se mencionan en el artículo 687 del Código Civil, por ejemplo: los menores de edad, salvo que estos hayan adquirido capacidad por matrimonio o por un título oficial; los incapaces absolutos y relativos en distintas modalidades como la falta de discernimiento, los que poseen alguna discapacidad de nacimiento o adquirida; los que sufren de retardo mental; personas con problemas de ebriedad habitual entre otros casos ya señalados en el citado Código. Estas barreras a la posibilidad de ser testador se dan principalmente por la imposibilidad de manifestar

voluntad plena ergo, imposibilidad de realización de un acto jurídico; también se manifiesta en el inciso 3 del mencionado artículo que es incapaz el que carece, “en el momento de testar, por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesaria para el otorgamiento de este acto”, esta clase de actos testamentarios devienen en “anulables” (Cas. N° 788-95-Lima).

El Código Civil, concordando ampliamente en la postura ya antes vertida, define en su artículo 686 que: “por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala”, en este artículo se indica otras atenciones de suma importancia como son los límites establecidos por la ley y las formalidades, se deduce de esto que el acto testamentario es prescrito con claridad y diferenciado para cada tipología. En forma reconocida existen dos clases de testamento (artículo 691 del Código Civil):

- a) **Testamentos ordinarios:** En esta categoría están comprendidos aquellos otorgados en escritura pública, el testamento cerrado y el ológrafo.
- b) **Testamentos especiales:** Se consideran dentro de esta base al testamento marítimo y el militar si y solo si están acordes a la normativa.

■ TESTAMENTO CERRADO

A este se le da el nombre de “místico” en Francia y de “secreto” en Italia, el testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que esta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto. Esta modalidad comprende dos partes: a) El documento del testador firmado en cada una de sus hojas y, b) El sobre cerrado dentro del cual se ubica el documento, en el sobre debe ir el acta notarial que autentica su otorgamiento. Por estos supuestos antes dichos podemos señalar que el carácter esencial del testamento cerrado es el de ser confidencial.

El objeto de esta forma es permitir o dotar de posibilidad a que una persona pueda testar utilizando el elemento de autenticidad que proporciona la intervención notarial en su otorgamiento, pero sin que se conozcan las disposiciones testamentarias antes de su muerte de acuerdo a su manifestación de voluntad. Cabe mencionar que este tipo de testamento guarda tanto ventajas como desventajas frente a un testamento en escritura pública, una ventaja es que en su aplicación es posible reconocer hijos extramatrimoniales, por otro lado no se requiere de persona alguna, distinta del testador, para enterarse de su contenido. Las desventajas más notorias son que: Para su apertura se debe seguir todo un proceso judicial de apertura del testamento a la

muerte del testador y que, al no conocerse certeramente puede ser víctima de sustitución o falseamiento.

El artículo 699 menciona una serie de requisitos que podemos señalar de la siguiente manera:

1. **La firma:** Como ya se mencionó, cada una de las hojas integrantes del documento testamentario deben estar firmadas.
2. **El cierre:** El testamento debe ser colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o con una cubierta clausurada de modo que no pueda ser extraído sin romper el sobre.
3. **Presentación:** El testador personalmente debe entregar al notario el referido documento cerrado ante dos testigos hábiles, manifestando que contiene un testamento, el testador mudo o imposibilitado de hablar, lo hará por escrito en la cubierta.
4. **Unidad del acto:** Ante la entrega del testamento por el testador al notario hasta la firma en el registro de este último, las formalidades deben cumplirse, estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, debiendo este entregar al testador copia certificada del acta.

Luego de concluidas las formalidades de creación de este testamento, es entregado y queda bajo custodia del notario conforme lo señala el artículo 701 del Código Civil, este

debe ser conservado bajo las seguridad necesaria hasta el momento que sobrevenga la muerte del testador y que el juez competente, a solicitud de parte interesada que acredite la defunción, ordene al notario la presentación.

TESTAMENTO EN ESCRITURA PÚBLICA

Este título está comprendido dentro de las clases del testamento ordinario. Si bien es cierto el Código Civil no menciona claramente el concepto del testamento en escritura pública, su aplicación al plano concreto otorga características que dan forma a una conceptualización práctica, de este modo se considera que el testamento en escritura pública se da mediante la intervención de un notario —como fedatario público—, es por esto que adquiere la calidad de documento auténtico. Su texto es conocido únicamente por aquellos legatarios o herederos, incluido el notario y los testigos, que tienen acceso a él.

Esta forma de testamento para su aplicación requiere del cumplimiento de ciertas formalidades esenciales señaladas en el artículo 696 de nuestro ordenamiento Civil y sus respectivos incisos, tales son:

1. La manifestación de voluntad: La conformación del testamento en escritura pública debe ser de forma personal, por lo general el testador entrega al notario el

testamento escrito que ha redactado con anterioridad. En este sentido en el inciso 2 se menciona que: “el testador exprese por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener”, se colige de esta disposición que los mudos, los sordomudos y alguna otra discapacidad similar no pueden otorgar este testamento, pues si bien pueden expresar por sí mismos su voluntad entregando al notario las disposiciones escritas, no podría cumplirse el requisito de que el testador debe ser oído directamente por el notario.

2. Intervención de personas: Además del testador la ley exige la intervención de un notario público y de dos testigos hábiles para dar fe de la constitución de este documento.

3. Intervención de notario: El notario debe escribir el testamento de su puño y letra en su registro de escrituras públicas, del principio al fin y en el mismo acto, de no ser de esta manera el acto devendría en nulo por no cumplir requisitos formales (Cas. N° 7-97-Huancavelica).

Cabe señalar que, la falta de inscripción no invalida el testamento, ya que ella sirve solamente para proteger intereses de terceros.

4. **El testamento debe ser leído clara e indistintamente por dos personas:** El notario y el testador o el testigo testamentario que este elija.

El artículo 697 menciona una formalidad especial para los casos en que el testador sea ciego o analfabeto, en este caso el testamento debe leerse dos veces, una vez por el notario y otra más por el testigo testamentario de elección del testador. Si el testador es sordo tendrá que ser leído por él mismo en voz alta en el mismo registro del notario.

5. **Firma:** Cada una de las páginas del testamento debe ser firmada por el testador, los testigos y el notario. En el artículo 697 ya antes mencionado, se manifiesta que si el testador no puede firmar o no sabe hacerlo tendrá que solicitar a su testigo testamentario que lo haga en su nombre, esto debe ser consignado en el propio testamento.

El testamento otorgado bajo el cumplimiento de estos requisitos y formalidades tiene valor absoluto y probatorio de todo instrumento público. El testamento debe inscribirse en el Registro de Testamentos, así como las modificaciones, ampliaciones, revocaciones, sentencias ejecutoriadas sobre nulidad, falsedad y caducidad.

TESTAMENTO MARÍTIMO

Fue consagrado en el derogado Código Civil de 1936 en un solo artículo como “testamento de los navegantes”. Se concibe al testamento marítimo como un testamento especial al que se refiere el artículo 716 del Código Civil que se hace durante un viaje por mar y que es accesible, en cualquier momento, a todos los individuos que se encuentren, durante la navegación, a bordo del buque, con independencia de que sea este mercante o de guerra. El fundamento de esta forma especial de testar radica en la situación de riesgo que supone el viaje por mar y la imposibilidad que tienen de acudir al notario, quienes por estar embarcados y navegando no pueden usar las formas ordinarias del testamento por escritura pública o el testamento cerrado, a quienes es preciso facilitar la testificación activa. El mismo artículo 716 menciona que pueden utilizar esta forma testamentaria los jefes, oficiales tripulantes, pasajeros que se encuentran a bordo de una nave de travesía como es el caso de la navegación de altura o por alta mar o en la de cabotaje que es a través de puertos de un mismo litoral, en barcos de la armada, o dedicados a transporte de carga, a fines industriales, como los de pesca de altura, o a fines científicos como el caso del barco peruano “Humboldt”, que frecuentemente realiza viajes al gélido sur.

El artículo 719 dispone que al llegar la nave al Perú el testamento marítimo se hará llegar a la brevedad posible al Ministerio de Marina o, de ser el caso, a la capitanía del puerto de destino para su remisión a la Dirección General de Capitanías. La autoridad correspondiente enviará un ejemplar del testamento al juez de primera instancia de la provincia donde el testador tuvo su último domicilio y archivará el otro. En otro caso, si antes de regresar al Perú la nave arriba a un puerto extranjero donde hubiera agente consular, el comandante de la nave le entregará, bajo cargo, uno de los ejemplares del testamento, el referido agente lo remitirá al Ministerio de Defensa si el testamento hubiera sido otorgado en un buque de guerra o a la Dirección General de Capitanías si fuese otorgado en un barco mercante. Las formalidades del testamento marítimo son las siguientes:

- a) Debe ser por escrito.
- b) Deber ser firmado por el testador.
- c) Debe ser firmado por dos testigos.
- d) Debe ser anotado en el cuaderno de bitácora.

Cabe señalar que el último requisito es solo como cumplimiento de las formalidades dentro de una embarcación y que no termina siendo una causal de nulidad. Para finalizar agregamos que el testamento marítimo caduca a los tres meses de haber desembarcado definitivamente

el testador, si tuviera los requisitos de un testamento ológrafo caduca al año; pero si el testador muere antes del plazo señalado para la caducidad, sus presuntos herederos o legatarios pedirán ante el juez en cuyo poder se encuentre el testamento, su comprobación judicial y protocolización notarial.

■ TESTAMENTO MILITAR

Esta modalidad especial de testamento tiene sus orígenes en el Derecho romano, en aquellos tiempos se consideraba un deshonor morir intestado, por lo cual se otorgaba la facilidad de otorgar testamentos orales llamados *nuncupatio*; posteriormente, bajo el Gobierno de César se le denominó testamento militar o *in procinctu* que pasaba a ser considerado como un derecho que se le concedía a los militares inmersos en la guerra. Este aún se encuentra recogido en el Código justinianeo.

Volviendo a nuestro medio cabe señalar que el Código vigente rescata esta forma de testar del Código de 1852 y, por otro lado, el Código de 1936 no lo preveía; esta incorporación trajo consigo un gran debate en torno a su vigencia, los detractores de la misma señalaban que en cualquier caso un testamento de tipo ológrafo puede reemplazarlo ya que en este no se diferencia entre persona civil o militar. No obstante esto, la necesidad de brindar la posibilidad de otorgar un testamento especial a

quienes se encontraran vinculadas con un conflicto bélico prevaleció en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1984, admitiendo la incorporación del testamento militar en nuestro Código. Es así que se tiene que el testamento militar es el acto jurídico que pueden otorgar determinadas personas en circunstancias especiales, especificando, es aquel testamento de carácter especial aplicable en situaciones de guerra y de uso exclusivo de militares o personal al servicio del ejército y se formula ante un oficial que tenga al menos la graduación de capitán, o ante el capellán o médico que le asista si el testador se encuentra enfermo; y hallándose en un destacamento, ante el oficial del que depende, aunque sea de grado inferior al de capitán.

De este modo, el artículo 712 permite el uso de este testamento solo a aquellos que integran las Fuerzas Armadas y Policiales en tiempo de guerra, un ejemplo peculiar en la legislación comparada es la ley colombiana, en ella se acepta este tipo de testamento no solo para los miembros de las instituciones ya mencionadas, sino para todas las personas que se hallen en periodo de guerra. Cabe definir entonces lo que significa una “etapa de guerra”, se alude con ella no solo a conflictos entre países sino también a conflictos o disputas –aunque no necesariamente declarando una guerra civil– entre fuerzas internas de una nación. En este sentido, el Diccionario de la

Real Academia de la Lengua Española establece como segunda acepción del término “guerra” a “la lucha armada entre dos o más naciones o entre bandos de una misma nación”.

Como un caso aparte se puede mencionar a las personas que tienen pena restrictiva de su libertad, estas están impedidas en el ejercicio de sus derechos civiles, entre ellas el otorgamiento de este tipo de testamento. Tras lo ya señalado, resultaría aplicable esta restricción a los prisioneros de guerra de un conflicto.

TESTAMENTO OLÓGRAFO

Es otra forma de manifestación del testamento ordinario. Es el testamento que el testador escribe íntegramente, de su puño y letra, fechándolo y firmándolo, sin intervención de testigos ni notario; es de mencionar que cualquier otro medio utilizado puede acarrear la nulidad (Cas. N° 2202-99-Lima).

Este puede ser otorgado por analfabetos, ciegos y por los que tengan impedimentos de escribir, mientras que el mudo, sordomudo y los que por cualquier causa están imposibilitados de hablar solo pueden testar de esta manera, como también por el testamento cerrado. Este constituye la forma más sencilla de testar porque solo requiere la escritura como requisito. Así, esta modalidad tiene una serie de ventajas como la

facilidad de su constitución, existe una facilidad en la revocatoria personal del testador que radica en el simple y sencillo hecho de romperlo, al no haber testigos requeridos no ocasiona, como muchas veces se ve, problemas derivados de intereses en los integrantes de la familia y, por último, facilita la pericia caligráfica. No se pueden dejar de mencionar sus desventajas, así: acarrea una mayor onerosidad por seguir un proceso judicial de protocolización del mismo y, existe una gran posibilidad de pérdida u ocultación que puede acarrear problemas posteriores.

Fue ya usado por los romanos así como también fue recepcionado por el Código de Napoleón. En la legislación argentina fue aceptada esta forma de testar, siguiendo la tendencia europea, por su facilidad, por tener la posibilidad el testador de releerlo cuando quiera, a efectos de meditar su decisión, y en su caso, rehacerlo, calificando de remota la existencia de algún peligro.

De la misma manera que las modalidades anteriores, el testamento ológrafo debe cumplir ciertos requisitos como:

- 1. Redacción:** Debe ser hecho personalmente por el testador y a mano. De darse el caso de ser hecho en otro idioma, el juez debe nombrar un traductor oficial. Puede ser en una o varias páginas, no hay forma especial de hacerlo.
- 2. Fecha:** La fecha va a servir para determinar el momento de la redacción y la capacidad del testador, de este modo si son dos o más testamentos se podría saber cuál es anterior.
- 3. Firma:** Debe ponerse el nombre y apellido para evitar conflictos, resulta aconsejable firmar todas las páginas, debe utilizarse la forma habitual, es aceptable el seudónimo o el título del testador cuando no exista duda que se trata de la persona.

Luego de realizado, este testamento acarrea efectos posteriores, por ejemplo, la persona que tiene en su poder un testamento ológrafo está en el deber de entregarlo al juez competente hasta luego de 30 días de conocida la muerte del testador bajo su responsabilidad por el posible perjuicio que ocasione su demora. Por otro lado, luego de presentado el testamento con la copia certificada de la partida de defunción del testador o declaración judicial de muerte presunta, el juez, con citación de los presuntos herederos, procederá a la apertura si estuviera cerrado, pondrá firma y el sello del juzgado en cada una de sus páginas y dispondrá lo necesario para la comprobación de la autenticidad de la firma del testador mediante el cotejo o el reconocimiento de testigos; una vez comprobada la autenticidad del testamento y el cumplimiento de sus requisitos de forma, el juez mandará protocolizar

el expediente, lo cual hará el notario. La protocolización es requisito para que el testamento produzca sus efectos.

■ TÍTULOS SUPLETORIOS

Es una herramienta de saneamiento de la propiedad mediante la cual se puede inmatricular un inmueble. Estos títulos pueden ser otorgados judicial o notarialmente a favor de quien se considera propietario pero que no cuenta con título debido a que se le perdió o nunca lo tuvo, por lo que el sustento de su pretensión es la posesión del bien. La doctrina define al título supletorio como: “El mecanismo que utiliza el propietario de un inmueble no inscrito que no cuenta con títulos comprobatorios de su dominio, y, en consecuencia, requiere de un título subsidiario que reemplace el que le falta, ya sea porque nunca lo tuvo o porque se le extravió”(*). Asimismo, se señala que “los títulos supletorios provienen de procesos judiciales (y notariales) que busca que se otorgue el título de propiedad que carece de documentos que acrediten su derecho. (...) El rol de la posesión en los títulos supletorios es distinto: busca propiedad, más que adquirir la misma”.

(*) GONZALESBARRÓN, Günther. “Prescripción adquisitiva y los títulos supletorios”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. N° 29, Gaceta Jurídica, Lima, febrero, 2001, p. 57.

Formación de título supletorio en sede notarial

La Ley N° 27157 faculta a los notarios a otorgar la formación de títulos supletorios. El procedimiento de formación de títulos supletorios está regulado en el reglamento de la Ley N° 27157.

Así, en el artículo 37 del reglamento se establece que la formación de títulos supletorios procede:

- Cuando el propietario carece de títulos que acrediten su derecho, siempre que la edificación objeto de regularización esté levantada sobre un terreno no inscrito, para lo cual el solicitante debe acreditar, por lo menos, cinco (5) años de posesión.
- Cuando el título o títulos de propiedad del solicitante, no tienen la antigüedad de cinco años. En este caso, no será necesario que el solicitante acredite los cinco años de posesión a que se refiere el párrafo precedente.

La Ley N° 27333, en su literal k) del artículo 5, extendió el trámite notarial de otorgamiento de título supletorio a los terrenos ubicados en zonas urbanas que no cuenten con edificaciones. Esta norma en cierta forma excluyó a los predios que no son urbanos o que no se encuentren en zonas urbanas. Por esa razón, lo señalado el numeral 5.1 de la Directiva N° 013-2003-SUNARP-SN aprobada por la Res. N° 490-2003-

SUNARP-SN, es aplicable para la formación de títulos supletorios.

Por otra parte, el artículo 6 de la Ley N° 27333 dispone que cuando se haya solicitado la declaración notarial para la primera inscripción de dominio sobre la base de títulos con por lo menos 5 (cinco) años de antigüedad, el notario verificará que se trate de documentos de fecha cierta que contengan actos jurídicos de enajenación, salvo en los casos en que la ley establezca una formalidad solemne para dicho acto. El notario también verificará el cumplimiento del tracto sucesivo archivando los documentos presentados en el Registro Notarial de Asuntos no Contenciosos.

La Corte Suprema en la Casación N° 736-2002-Cañete, se ha pronunciado respecto al otorgamiento de título supletorio regulado por la Ley N° 27333, señalando que: “El principio jurídico recogido por la Ley N° 27333 (relativo a bienes urbanos), debe ser utilizado por los juzgadores dentro de la facultad que le confiere el principio procesal *iura novit curia*, cuando en su numeral 6 (del trámite para la primera inscripción de dominio) permite la declaración notarial de formación de títulos supletorios para solicitar la primera inscripción de dominio, lo que significa que el legislador ha pensado que la formación de los anotados títulos supletorios sirve también para facilitar la primera inscripción registral del predio”.

Formación de títulos supletorios en sede judicial

La pretensión de título supletorio procede solo sobre predios no registrados, pues es un mecanismo de inmatriculación que la ejerce quien desea adquirir la propiedad o el propietario que carece de documentos que acrediten su derecho. La Casación N° 1043-2001 Juliaca-San Román-Puno, reafirma que “el título supletorio procede solo cuando el inmueble no está inscrito”.

La formación de títulos supletorios en sede judicial está regulada por el artículo 504 y siguientes del Código Procesal Civil. Este código a diferencia del Ley N° 27157 y su reglamento no regula de manera expresa los requisitos para el otorgamiento de títulos supletorios.

No obstante, como el sustento de otorgamiento del título supletorio es la posesión, se puede concluir que para ello se requiere que se acredite por lo menos diez años de posesión del predio, porque si se carece de título entonces el argumento de la pretensión será la posesión y para que esta se convierta en propiedad tiene que ser ejercida por lo menos por diez años. En ese sentido, es correcto considerar que se puede recurrir alternativamente a la prescripción adquisitiva o al otorgamiento de títulos supletorios debiendo cumplir en ambos casos con sus requisitos y presupuestos.

La Corte Suprema en la Casación N° 2448-2006 Lima señaló: “Si el título comprobativo de su derecho de propiedad se pierde, extravía o deteriora al punto de hacerlo inútil, desapareciendo así el documento que acredita su derecho pero no la condición de propietario, puede optar por ejercer la pretensión de Títulos Supletorios, para que supla el anterior. Sin embargo, lo anterior no significa que el propietario de un bien con título extraviado, perdido o deteriorado, está obligado a interponer única y exclusivamente la pretensión de título supletorio; toda vez que, siendo el fin defender, cautelar o preservar el derecho de propiedad, el titular del derecho, puede hacer uso de todos los mecanismos que le franquee la Constitución y la ley para la obtención de dicho fin; en tal virtud, si una persona que se considera propietaria del inmueble ha extraviado su título de propiedad, esta se encuentra perfectamente legitimada para optar por interponer demanda de prescripción adquisitiva de dominio respecto del bien, con lo cual estará renunciando a la acreditación de su derecho mediante el título que obtuvo pero que perdió y se sujetará a la acreditación de los requisitos de la usucapión, con el riesgo latente de resultar vencido dentro de un debido proceso; pero que será de cargo suyo, puesto que por dicha vía se decidió. Realizándose una interpretación teleológica del artículo 504 del Código Procesal Civil, se puede apreciar que no

existe obstáculo alguno para que un propietario con título de propiedad imperfecto, pueda demandar título supletorio, toda vez que la finalidad de este proceso es sanear el título de propiedad, a fin de que mediante sentencia judicial, se obtenga el mérito de un documento público susceptible de inscripción registral.

■ TRADICIÓN

La tradición implica entrega del bien a alguna persona legitimada para tomar para sí el bien. Surgió en el Derecho romano como el modo más simplificado de transmitir la propiedad. Sobre la base de la misma, en un largo proceso histórico, se elaboró la teoría del título y el modo dirigida fundamentalmente a sostener que para la transmisión de la propiedad no bastaba el mero consentimiento o título, sino que además se requería la tradición o entrega de la cosa. El emplazamiento de la tradición en este lugar ha determinado que se la examine principalmente desde el punto de vista de la adquisición de los derechos reales, con todos los problemas que plantea fijar cómo queda establecida su conexión con la causa determinante de la tradición, es decir, si la función de causa incumbe a los diversos tipos de contratos que tienden a la transmisión de la propiedad y los derechos reales, si hay un acuerdo acerca de la transmisión distinto de los contratos en particular y, en último término, si

puede concebirse la transmisión de una manera abstracta.

La tradición tiene una marcada faceta posesoria: la entrega de la cosa representada por la tradición se configura como una entrega o transmisión de la posesión; y el concepto que se tenga de la posesión repercute, indiscutiblemente, en el propio modo de concebir la tradición. De este modo, la tradición, que es transmisión de la posesión, puede servir para obtener otros efectos jurídicos, y singularmente, la transmisión de la propiedad y los derechos reales.

La tradición puede darse de distintas maneras. Puede ser material, simbólica (ficta), *traditio brevi manu*, *constituto possessorio*, documental. El artículo 901 regula la tradición material. La tradición de los muebles no solamente transfiere la posesión, sino también la propiedad (art. 947). En cambio, la tradición de los inmuebles confiere la posesión, pero carece de importancia para la transferencia de la propiedad inmobiliaria, porque la sola obligación de enajenar un inmueble convierte al acreedor en propietario (art. 949).

La tradición material se produce con la entrega del bien por parte del *tradens* a quien debe recibirlo o a su representante (*accipiens*). El adquirente puede recibir personalmente el bien o puede hacerlo mediante la persona designada por él (representación voluntaria) o por la ley, como es el caso de los padres, tutores,

curadores, quienes actúan como receptores de los incapaces (representación legal). Las personas jurídicas, por carecer de corporeidad y de intelecto, siempre adquieren la posesión mediante sus representantes.

El artículo 901 se refiere a la recepción, pero no a la entrega del bien mediante representante. Sin embargo, nada impide que *la traditio* se efectúe mediante representante, así, el poseedor inmediato (depositario, comodatario, etc.) por orden del poseedor mediato (propietario, etc.), puede entregar el bien al nuevo poseedor. De este modo, no es necesario que el enajenante tenga él mismo la posesión inmediata que él facilita al adquirente: por ejemplo, si se vende una cosa depositada, siendo entregada al comprador por el depositario, en cumplimiento de la orden del vendedor; en tal caso, la entrega al comprador por el depositario ha de considerarse, por lo que afecta a la adquisición de la propiedad, equivalente a una entrega hecha por el propio vendedor.

La tradición simbólica de un inmueble, tiene lugar, por ejemplo, con la entrega de los documentos relativos a dicho bien o de las llaves, o con la entrega de la llave del mueble (caja fuerte, baúl) donde se encuentran los documentos o las llaves del inmueble, y en fin, equivale a la entrega material, todo acto que revele la voluntad indubitable de entregar el inmueble por el *tradens* y de recibirlo por el *accipiens*.

La tradición simbólica de los muebles se realiza, por ejemplo, con la entrega de las llaves del inmueble donde se encuentran, con la entrega de las llaves de las cajas que los contienen, con la entrega de los documentos que los representan (conocimiento de embarque, certificado de depósito en almacenes generales de depósito).

A veces no es suficiente la entrega material del bien sino que además se requiere del cumplimiento de ciertas formalidades dispuestas por la ley, por ejemplo, entregar el vehículo al comprador con la respectiva tarjeta de propiedad. Si no se observa la forma prescrita por la ley bajo sanción de nulidad, el acto de entrega del bien es nulo.

■ TRANSACCIÓN

La transacción resulta ser un negocio jurídico, o más específicamente, un contrato por el cual las partes, en virtud de su autonomía privada, deciden poner fin a un asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando uno que ya se había iniciado.

El artículo 1302 del Código Civil peruano señala que por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también

se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada.

El asunto que ha de resolverse debe ser dudoso. Esto quiere decir que las partes consideran que los derechos o deberes que han adquirido son inciertos, esto debido principalmente al desacuerdo que tienen ellos con respecto a la relación jurídica entablada. El asunto también puede ser litigioso, esto quiere decir que se está llevando a cabo un proceso, ya sea judicial o arbitral. En ese sentido, los sujetos podrían transar para poner fin al proceso con valor de cosa juzgada. Si el proceso ha culminado con una sentencia con valor de cosa juzgada, el acuerdo posterior que establezcan las partes ya no puede ser calificado como transacción, por cuanto los derechos y deberes de las partes ya se han establecido con certeza por el órgano judicial, en tal sentido ya no existen dudas con respecto a ello.

La norma menciona que las partes se hagan concesiones recíprocas, es decir, que exista un sacrificio y una atribución por parte de los sujetos que se interrelacionan. Es por ello que debe existir una suerte de prestación y contraprestación que no necesariamente deben ser equivalentes, en realidad ello va a depender de las negociaciones que realicen los sujetos en virtud de su autonomía privada.

Este requisito resulta imprescindible por cuanto implica, de alguna u otra manera, que las partes renuncian a cualquier acción que tenga una contra la otra sobre el objeto de transacción tal como lo establece el artículo 1303 del Código Civil peruano.

Los derechos que solo pueden ser objeto de transacción son los llamados patrimoniales, puesto que los derechos extrapatrimoniales son inalienables, irrenunciables e imprescriptibles. En este caso tenemos a los derechos personalísimos que se caracterizan por incidir sobre bienes inmateriales e incorpóreos. Los derechos patrimoniales, entre ellos el más importante es el crédito, tutelan intereses pecuniarios, valorables en dinero. Estos derechos se caracterizan por ser negociables, disponibles, prescriptibles, renunciables y, por lo tanto, transigibles.

Existe una diferencia entre transacción judicial y extrajudicial. La primera es aquella que se lleva a cabo durante un proceso, ya sea judicial o arbitral, por lo tanto, esta debe ser homologada por el juez para tener validez. En cambio la segunda busca evitar un proceso. En ese sentido no necesita ser homologada por el juez para tener validez.

TRANSMISIÓN DE OBLIGACIONES

La transmisión de obligaciones implica todo hecho jurídico idóneo

para que el deber de cumplir la prestación de una parte, es decir, el débito, se transfiera a otra que se encontrará obligada a cumplirlo. La referida transmisión puede operar por un hecho jurídico, como en el caso de la muerte, o por un negocio jurídico, como el caso de la cesión de posición contractual.

El efecto principal de la transmisión es que en la posición subjetiva de la relación obligatoria se encontrará un nuevo sujeto el cual será encargado de cumplir la prestación a favor del nuevo. En la mayoría de casos, será necesario que el acreedor asienta la sustitución o transmisión de la posición deudora debido a que no será lo mismo tener un nuevo deudor, por lo que no se podrá celebrar la misma en contra de su voluntad, salvo en aquellos casos en los que la transmisión no se haya producido por un negocio jurídico, como en el caso de la sucesión.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la transmisión de la obligación es un efecto que puede ser encuadrado dentro de varios supuesto de hecho y que, por lo tanto, podrá efectuarse de manera independiente, como en el caso de la novación subjetiva, o en conjunto con otros efectos, como en el caso de la cesión de posición contractual, en la que además de las obligaciones también se transfieren otro tipo de relaciones jurídicas.

En lo que se refiere al ordenamiento jurídico positivo el Código Civil señala a la Cesión de Derechos como

un supuesto de transmisión de obligaciones cuando lo correcto es que en dicho caso se transfiera el derecho de crédito, es decir, el derecho a exigir la prestación mas no la necesidad de cumplir con la misma.

TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD

La transmisión de la propiedad responde a exigencias económicas sociales que broten de la propia realidad que se pretende normar. El sistema perfecto de transferencia de propiedad es aquel que debe contener estas tres finalidades concretas.

- a) Maximizar la circulación de la riqueza inmobiliaria; es decir, maximizar la circulación de bienes con el propósito de crear riquezas.
- b) La reducción de los costos de transacción, cuando la transferencia de la propiedad inmueble opere por la vida de la cooperación.
- c) La reducción de la eliminación, de todo riesgo de adquisición de un *non domino* o de pérdida ulterior de eficacia del derecho adquirido, a través de un sistema publicitario adecuado de exclusión; es decir, aportar por la seguridad jurídica.

Tipos de sistemas de transferencia de propiedad

En el Derecho occidental contemporáneo existen dos grandes sistemas

de transferencia de propiedad, a saber:

1. En el sistema de la unidad de contrato hay un solo contrato que produce efectos reales

Pueden ser:

Efectos inmediatos

1.1. Sistema consensual

El contrato no solo produce efectos obligatorios sino también efectos reales, siendo uno de ellos la finalidad traslativa que es transferir directamente la propiedad.

Efectos mediatos:

1.2. Sistema transmisivo de doble causa

1.2.1. Sistema real o de tradición

También llamada la Teoría del Título y modo, la transferencia no se perfecciona por sí misma, esto es, el contrato no produce efectos reales, sino que requiere de un modo de adquisición que se logra con la *traditio* (entrega de la cosa) o de ser el caso en el traspaso jurídico del bien.

1.2.2. Sistema registral constitutivo no convalidante o causal

Sistema Registral cuyo modo de adquirir la propiedad es la inscripción en Registros Públicos. Es no convalidante porque el contrato y el registro están unidos, porque si el contrato es nulo el registro también lo es; el registro sigue la suerte del contrato –Título–.

2. Sistema de separación del contrato

Llamados también sistemas transmisivos de causa abstracta. La reconocibilidad social tiene otro contenido y otro alcance. En estos sistemas, la causa atributiva de propiedad es independiente de la causa remota (título) que le dio origen.

2.1. Sistema registral constitutivo convalidante

Centrado en la idea de que a pesar de que haya nulidad con base en el contrato-título no significa que la transferencia de propiedad quede afectada.

2.2. Sistema real abstracto

Desarrollado fundamentalmente similar al anterior, el acuerdo abstracto es lo que fundamenta la transferencia y adquisición. Es abstracto porque el acto previo obligatorio no tiene injerencia en el proceso transmisión-adquisición. Supone la concurrencia de dos negocios jurídicos o actos jurídicos y de un acto ejecutivo real. El primer negocio contiene la voluntad de las partes de crear un vínculo en virtud del cual una de ellas queda obligada a transferir a la otra la propiedad de un bien.

En el segundo negocio, que es de naturaleza abstracta, pues se desvincula de un fundamento causal, acompañado por la entrega de la cosa con lo que producen la referida transferencia.

■ TRANSMISIÓN SUCESORIA

La transmisión sucesoria es el fenómeno mediante el cual habiéndose producido el deceso del causante, los herederos y los legatarios, si los hubieren, adquieren las situaciones jurídicas subjetivas de ventaja (derechos, intereses legítimos, expectativas, etc.) y desventaja del causante (deberes, cargas, obligaciones, etc.), siempre que los mismos sean transferibles. En tal sentido, se pronuncia el artículo 660 del Código Civil que establece que: “[d]esde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores”. El conjunto de situaciones jurídicas transferidas es a lo que se le llama la “masa hereditaria”.

A efectos de no perjudicar el patrimonio del heredero se establece que el mismo solo responderá por las “deudas y cargas” de la “masa hereditaria” hasta donde alcancen los bienes de la misma. En tal sentido, si las situaciones de desventaja son equivalentes a 100 y las de ventaja el equivalente a 80, el heredero solo responderá por dichos 100 hasta los 80 de la masa hereditaria. A efectos de poder controlar dicha situación, la cual podría redundar en el ocultamiento de activos para no pagar a los acreedores, se ha establecido, en el artículo 661, que el heredero deberá probar dicho exceso, salvo que se haya producido un inventario judicial.

No obstante lo anterior, y por los motivos antes señalados, existirá responsabilidad más allá de la masa hereditaria en los siguientes supuestos, según lo señalado en el artículo 662 del Código Civil:

- a) Si el heredero oculta dolosamente bienes hereditarios.
- b) Si el heredero simula deudas o dispone de los bienes dejados por el causante, en perjuicio de los derechos de los acreedores de la sucesión.

Tal como se ha visto, interesa al ordenamiento jurídico que una vez producido el deceso del causante no se produzcan situaciones en las que se defraude a los antiguos acreedores del mismo.

Finalmente, el artículo 663 del Código Civil, establece quién es el juez competente en materia sucesoria, al señalar que: “[c]orresponde al juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el país, conocer de los procedimientos no contenciosos y de los juicios relativos a la sucesión”. No debe dejar de señalarse que el lugar apropiado para una norma como esta no es el Código Civil sino el Código Procesal Civil, al ser materia procedimental lo señalado.

■ TUTELA

La tutela es una institución del Derecho de familia destinada a brindar amparo familiar que tiene aplicación

en aquellos casos en los que el menor de edad no está sujeto a patria potestad, ya sea porque no tiene padres o porque los mismos han perdido la patria potestad que les correspondía. El tutor es la persona encargada de cuidar la persona y los bienes del menor.

- a) La tutela puede ser instaurada por acto jurídico (tutela testamentaria o escrituraria) o, a falta del mismo, se ha establecido que el cargo lo desempeñan los abuelos y demás ascendientes, prefiriéndose (1) el más próximo al más remoto o (2) el más idóneo, en igualdad de grado (tutela legítima). En su caso, a falta de alguna de las dos tutelas, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor. En este último caso, el tutor dativo será ratificado cada dos años por el consejo de familia, dentro del plazo de treinta días contados a partir del vencimiento del periodo. La falta de pronunciamiento del consejo dentro de dicho plazo equivale a la ratificación.
- b) El artículo 515 del Código Civil ha establecido una lista de aquellos sujetos que no pueden ser nombrados tutores, vinculados a sus condiciones personales o económicas, que puedan poner en riesgo la guarda del menor.
- c) A efectos de poder ejercer la tutela y minimizar las situaciones de conflictos de interés se ha

establecido como requisitos previos al ejercicio de la tutela, lo siguiente:

- La facción de inventario judicial de los bienes del menor, con intervención de este si tiene dieciséis años cumplidos. Hasta que se realice esta diligencia, los bienes quedan en depósito.
 - La constitución de garantía hipotecaria o prendaria, o de fianza si le es imposible al tutor dar alguna de aquellas, para asegurar la responsabilidad de su gestión. Tratándose del tutor legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 426.
 - El discernimiento del cargo. El tutor en el discernimiento del cargo está obligado a prometer que guardará fielmente la persona y bienes del menor, así como a declarar si es su acreedor y el monto de su crédito bajo sanción de perderlo o si es su deudor o fiador del deudor.
- d) Entre las principales obligaciones del tutor se encuentran la de alimentar y educar al menor de acuerdo a la condición de este y proteger y defender su persona. Asimismo, se debe tener presente que los deberes del tutor se rigen por las disposiciones relativas a la patria potestad, bajo la vigilancia del consejo de familia.
- Asimismo, el tutor está obligado a administrar los bienes del menor con la diligencia ordinaria. Por otro lado, el tutor está obligado a dar cuenta de su administración: (1) anualmente y (2) al acabarse la tutela o cesar en el cargo.
- e) El tutor representa al menor en todos los actos civiles, excepto en aquellos que, por disposición de la ley, este puede ejecutar por sí solo. Lo anterior debido a que, la capacidad del menor bajo tutela es la misma que la del menor sometido a la patria potestad.
- f) En atención a la especial posición que tiene el tutor sobre el menor, se ha establecido que sus bienes no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor. El artículo 532 establece una lista de los actos que necesitan autorización judicial. Asimismo, se establece que en dichos casos, cuando el menor tenga dieciséis años cumplidos, si fuera posible, el juez deberá oírlo antes de prestar su autorización.
- g) El tutor tiene derecho a una retribución que fijará el juez teniendo en cuenta la importancia de los bienes del menor y el trabajo que

ha demandado su administración en cada periodo. Nunca excederá dicha retribución del ocho por ciento de las rentas o productos líquidos consumidos ni del diez por ciento de los capitalizados.

- h) La tutela se acaba por: (1) la muerte del menor, (2) cumplir el menor los dieciocho años, (3) cesar la incapacidad del menor conforme al artículo 46
- i) Por su parte, el cargo de tutor cesa por (1) muerte del tutor, (2) aceptación de su renuncia, (3) la declaración de quiebra, (4) la no ratificación o (5) su remoción.

■ UNIONES DE HECHO

El ordenamiento jurídico peruano ha admitido la “tesis de la apariencia al estado matrimonial”, por lo que reconoce en favor de la “unión de hecho” determinados efectos jurídicos de carácter personal y patrimonial. La “unión de hecho” o concubinato stricto sensu constituye una realidad que no ha podido ignorarse y que no es privativa de determinados sectores socioeconómicos, sino que compromete a la sociedad en su totalidad.

Uno de los grandes problemas a los que se enfrenta la unión de hecho es la necesidad de su probanza judicial y, en última instancia, a la necesidad de instrumentación de mecanismos de cognoscibilidad y oponibilidad frente a terceros (no se conoce de la existencia de un registro administrativo o jurídico de publicidad).

Si bien la Constitución Política del Perú reconoce a la unión de hecho, no establece los requisitos que deben cumplirse para constituirla; por ello, debe remitirse al artículo 326 del

Código Civil, ubicado en el capítulo referido al régimen patrimonial de sociedad conyugal. De esta manera podemos establecer los requisitos para la existencia de la unión de hecho que origina una comunidad de bienes:

1. La unión debe ser heterosexual, es decir, entre un varón y una mujer.
2. La unión debe ser voluntariamente realizada y mantenida, lo cual implica la ausencia de coacción y la permanencia de la relación en el tiempo.
3. Tanto el varón como la mujer deben encontrarse libres de impedimento matrimonial, cualquiera sea la naturaleza del mismo.
4. La unión debe tener por objeto alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, ello implica hacer vida en común, deberse fidelidad y asistencia, alimentar y educar a los hijos, participar en el gobierno del hogar y cooperar al mejor desenvolvimiento del mismo.

5. La unión (con las características antes descritas) debe durar por lo menos dos años continuos.

Efectos que la norma otorga a dicha figura jurídica:

1. Se origina una “comunidad de bienes” a la que se aplicará las normas del régimen patrimonial de sociedad de gananciales, en lo que resulte aplicable; esto es, la norma ha reconocido que la unión de hecho –siempre que cumpla con los requisitos antes descritos– tiene consecuencias patrimoniales, evitando de esta manera el enriquecimiento de una parte y el empobrecimiento de la otra. Al establecerse que la unión de hecho da lugar a una comunidad de bienes, no queda claro cuáles son los alcances del referido régimen patrimonial, excepto que se trata de uno de carácter único y forzoso (“comunidad de bienes”, que no puede ser variado a voluntad por los concubinos y al que eventualmente se le podrán aplicar las reglas de la sociedad de gananciales).
2. En caso que uno de los concubinos abandone al otro se prevé la posibilidad de conceder –a elección del abandonado–, una suma de dinero por concepto de indemnización o una pensión alimenticia, correspondiendo al Poder Judicial el conocimiento de dicha solicitud.

Debe resaltarse que este derecho es independiente de los derechos que deriven de la comunidad de bienes surgida con motivo de la unión de hecho, lo cual revela que no solamente se reconocen efectos patrimoniales a la unión de hecho sino también otros efectos o deberes análogos a los que surgen en la sociedad conyugal, como es el deber de asistencia entre los cónyuges.

Una unión de hecho que cumple con los requisitos establecidos por el artículo 326 del Código Civil (detallados líneas arriba) origina, conforme lo reconoce la Constitución Política y el precitado artículo del Código sustantivo, una comunidad de bienes a la que le son aplicables las reglas del régimen patrimonial de sociedad de gananciales; en consecuencia, los bienes adquiridos por una unión de hecho con las características indicadas, y luego de transcurridos los dos años continuos conforme se señaló anteriormente, tendrán la calidad de “sociales o comunes”.

■ Uso

El derecho de uso es un derecho real derivado y tiene como facultades de obrar el usar o servirse de un bien no consumible. El Código Civil ha establecido la supletoriedad de las normas de usufructo para este derecho. Al respecto, recuérdese que un bien es considerado consumible cuando su utilización normal trae aparejada

la extinción del mismo en el primer uso. Por otro lado, un bien es considerado no consumible cuando su utilización normal no trae aparejada la extinción del mismo ni una disminución relevante en su sustancia sino que el este mismo puede ser utilizado nuevamente en varias oportunidades. Así tenemos, por ejemplo, un automóvil o una computadora.

El uso a diferencia del usufructo no tiene como facultades de obrar inherente a la misma el disfrute del bien, en el sentido de poder beneficiar de sus frutos y/o productos, sino solo la facultad de usar el mismo.

En el acto constitutivo del derecho deberán establecerse el tiempo de vigencia y determinadas obligaciones sobre el cuidado del bien, sin perjuicio de las normas generales del usufructo, las cuales se aplican por remisión, tal como se señaló.

■ USUFRUCTO

El usufructo es un derecho real derivado y confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. Sin perjuicio de lo anterior, se puede excluir contractualmente determinados provechos y utilidades del disfrute del que debe gozar el usufructuario. En principio, el bien sobre el que recae el usufructo debe ser no consumible, salvo los casos de cuasiusufructo regulados en los artículos 1018 al 1020 del Código Civil. Al respecto, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1. **Constitución:** El usufructo puede constituirse por ley y por la autonomía privada, en este último caso por acto jurídico unilateral, contrato o testamento. En virtud de lo anterior, el artículo 1005 establece que los “efectos del usufructo se rigen por el acto constitutivo”, y si no estuviera previsto algo, se regirán por las disposiciones del Código Civil.
2. **Plazo:** Al encontrarnos ante un derecho real derivado, su vigencia es temporal. El Código Civil establece en el artículo 1001 que el “usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a este”. “Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de estas podrá tener un plazo máximo de años” (sic).
3. **Actos sobre el usufructo:** El usufructo, al formar parte del patrimonio del usufructuario, puede ser objeto de negocios jurídicos, tanto en lo que respecta a su transferencia como a su afectación en garantía. En cualquier caso se deberá respetar los términos de constitución, en el sentido que el usufructuario no podrá otorgar un derecho mayor al que tiene. Lo anterior no será

aplicable en aquellos casos en los que nos encontremos ante el usufructo legal o en el acto constitutivo del usufructo se hubiera prohibido lo anterior.

4. **Obligaciones del usufructuario:**

El usufructuario tendrá determinados deberes derivados de la condición de derecho real derivado, así tenemos las siguientes:

- a) Al entrar en posesión, deberá hacer inventario y tasación de los bienes muebles, salvo que haya sido expresamente eximido de esa obligación por el propietario que no tenga heredero forzoso. El inventario y la tasación serán judiciales cuando se trata del usufructo legal y del testamentario (art. 1006 del CC).
- b) Prestar la garantía señalada en el título constitutivo de su derecho o la que ordene el juez, cuando este encuentre que puede peligrar el derecho del propietario (art. 1007 del CC).
- c) Explotar el bien en la forma normal y acostumbrada (art. 1008 del CC). En tal sentido, el usufructuario no responde del desgaste por el disfrute ordinario.
- d) No hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso (art. 1009 del CC).
- e) Pagar los tributos, las rentas vitales y las pensiones de alimentos que graven los bienes (art. 1010 del CC).

- f) Efectuar las reparaciones ordinarias y, si por su culpa se necesitan obras extraordinarias, debe hacerlas a su costo. Se consideran reparaciones ordinarias las que exijan los desperfectos que procedan del uso normal de los bienes y sean indispensables para su conservación. El propietario puede exigir judicialmente la ejecución de las reparaciones (arts. 1013 y 1014 del CC). Por su parte, el artículo 1015 establece que las reglas sobre mejoras necesarias, útiles y de recreo establecidas para la posesión se aplican al usufructo.

5. **Derechos del usufructuario:**

El usufructuario tendrá los siguientes derechos:

- a) Utilizar y disfrutar del bien, según lo disponga la ley o el acto constitutivo.
- b) Respecto los frutos pendientes se ha establecido en el artículo 1016 que al usufructuario le corresponden los frutos naturales y mixtos pendientes al comenzar el usufructo; y al propietario, los pendientes a su término.

6. Extinción del usufructo: El artículo 1021 del Código Civil establece que el usufructo se extingue por:

- a) Cumplimiento de los plazos máximos que prevé el artículo 1001 o del establecido en el acto constitutivo.

- b) Prescripción resultante del no uso del derecho durante cinco años.
- c) Consolidación. En este caso, la propiedad y el usufructo recae sobre un solo sujeto por lo que la existencia del usufructo no tendría razón de existir al tener el propietario todas las facultades, incluyendo las derivadas el usufructo.
- d) Muerte o renuncia del usufructuario.
- e) Destrucción o pérdida total del bien. En los casos de pérdida parcial del bien objeto del usufructo, se deberá estar a lo prescrito en el artículo 1024 que establece que “[s]i el bien sujeto al usufructo se destruye o pierde en parte, el usufructo se conserva sobre el resto”.
- f) Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso el juez declara la extinción.

Código Civil establece como derechos de los padres el “[u]usufructuar los bienes de sus hijos. Tratándose de productos se está a lo dispuesto en el artículo 1004”.

En este caso nos encontramos ante una constitución legal del usufructo, derivada de las particularidades de la relación entre los hijos y los padres y a efectos de poder ejercer de manera debida la patria potestad. Al respecto, el artículo 436 ha señalado de manera expresa que “[e]stán exceptuados del usufructo legal:

1. Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres.
2. Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos para que sus frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado.
3. La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido estos desheredados.
4. Los bienes de los hijos que les sean entregados por sus padres para que ejerzan un trabajo, profesión o industria.
5. Los que los hijos adquieran por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres.
6. Las sumas depositadas por terceros en cuentas de ahorros a nombre de los hijos”.

USUFRUCTO EN LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad, la cual es en principio ejercida por el padre y la madre durante el matrimonio, otorga a los mismos el deber y el derecho de cuidar de la persona y bienes de sus hijos menores. En dicho sentido, el numeral 8 del artículo 423 del

A su vez, el usufructo legal deberá soportar determinadas cargas vinculadas al mismo, tal como lo señala el artículo 437 del Código Civil, las cuales están vinculadas a: (1) Las obligaciones que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de prestar garantía, y (2) los gastos de los hijos comprendidos en el artículo 472 del Código Civil. El referido artículo hace referencia a los alimentos, estableciéndose que se entiende por los mismos a lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según la situación y posibilidades de la familia. Así mismo, el segundo párrafo del referido artículo establece, disposición aplicable al presente caso, que “[c]uando el alimentista es menor de edad, los alimentos comprenden también su educación, instrucción y capacitación para el trabajo”.

El Código Civil se encarga de regular dos supuestos específicos de situaciones que pudieran presentarse una vez constituido el usufructo legal. Así, se establece en el artículo 438 que: “[s]i una empresa comprendida en el usufructo legal deja pérdida algún año, corresponden al hijo los beneficios de los años siguientes hasta que la pérdida se compense”. Por su parte, el artículo 439 dispone que el “usufructo legal puede embargarse por hechos o por deudas de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones señaladas en el artículo 437”. En este último caso, debido a que los beneficiario del usufructo son los padres sus acreedores

podrán embargar el mismo, siempre que no se afecte el pago de las cargas que pesan sobre el mismo, lo cual se hace para no perjudicar al menor.

Debido a la condición del usufructo legal como inherente a la patria potestad, y en concordancia con lo señalado en el artículo 1002 del Código Civil, se ha establecido que los padres no pueden transmitir su derecho de usufructo, dejándose abierta la posibilidad de que puedan renunciar a él.

Finalmente, debe recordarse que el artículo 1004 del Código Civil establece que: “[c]uando el usufructo legal recae sobre los productos a que se refiere el artículo 894, los padres restituirán la mitad de los ingresos netos obtenidos”. El Código Civil ha querido ser específico en este caso, motivo por el cual los productos deberán ser reintegrados a favor de los hijos.

■ USURA

El término usura se usa para referirse a los intereses de los préstamos, en general, o cuando los tipos de interés se perciben como desmesurados o excesivamente altos.

Ha sido principalmente la Iglesia católica la que ha condenado el cobro de intereses, censurándolo con el nombre de “usura”. San Buenaventura decía que con el cobro de intereses se vendía el tiempo. Para algunos de los escolásticos del Siglo de Oro

español, usura es el precio cobrado en cualquier préstamo, ya que entendían que el dinero no era productivo y de acuerdo con esta interpretación, todos los bancos practicaban la usura.

La usura no tiene mayor significado desde el punto de vista económico, pues se establece que el precio del ahorro se fija de acuerdo a las fuerzas concurrentes al mercado, como el de cualquier otro bien o servicio.

El concepto de usura lleva implícita la convicción de que existe un “precio justo o razonable para el ahorro”, con independencia de las condiciones de oferta y de demanda, lo que ha llevado a que algunos gobiernos fijen, arbitrariamente, tipos máximos de interés, con el supuesto propósito de proteger a los prestatarios, pero con el efecto práctico de crear mercados paralelos para los préstamos y créditos.

Otra corriente de pensamiento considera que tiene que haber un precio justo y razonable a la hora de fijar el tipo de interés y, por lo tanto, no pueden ser determinados exclusivamente en función de la oferta y la demanda. Sobre esta teoría los gobiernos de algunos países han establecido un límite máximo que se conoce con el nombre de “tasa de usura”.

Dentro de esta corriente de pensamiento se encuentra la famosa definición de Real Academia Española, según la cual “se entiende por usura

al interés excesivo o exagerado que se cobra en un préstamo, y que para algunas legislaciones constituye delito”.

Es precisamente el caso del sistema jurídico peruano, en cuyo Código Penal (art. 214) se establece que: “el que con el fin de obtener una ventaja patrimonial, para sí o para otro, en la concesión de un crédito o en su otorgamiento, renovación, descuento o prórroga del plazo de pago, o hace prometer pagar un interés superior al límite fijado por la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y con veinte a treinta días multa”.

En el ámbito civil, el artículo 1243 del Código Civil de alguna forma prohíbe y sanciona la usura cuando establece que: “La tasa máxima del interés convencional compensatorio o moratorio, es fijado por el Banco Central de Reserva del Perú. Cualquier exceso sobre la tasa máxima da lugar a la devolución o a la imputación al capital, a voluntad del deudor”.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la fijación de las mencionadas tasas máximas de interés convencional compensatorio y moratorio, reguladas por el Banco Central de Reserva del Perú, es aplicable para las operaciones de crédito que realicen los particulares, es decir, aquellas personas que no están comprendidas dentro del sistema financiero.

USURPACIÓN DE NOMBRE

El nombre es una de las manifestaciones del derecho a la identidad de la persona, mediante el cual se designa e individualiza al sujeto de derecho; en consecuencia, el juzgador ha de aplicar la ley comprendiendo con sensibilidad que los valores inmersos en el articulado correspondiente del Código Civil, tienden fundamentalmente a proteger a la persona natural como tal. Toda persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre, el mismo que incluye los apellidos. En cuanto al uso de estos últimos, se debe atender a las distintas situaciones en base al origen de la filiación.

Las personas jurídicas son independientes de las personas naturales que la integran y/o representan. La persona natural, cuando actúa como tal, tiene la obligación de usar su nombre, lo que no ocurre con las personas jurídicas, a las cuales basta con indicar el nombre social adoptado para cumplir con la obligación de identificarse.

Si bien el artículo 28 del Código Civil establece que cuando se usurpe el nombre de una persona, esta tiene derecho a obtener la indemnización que corresponda, no es suficiente acreditar el uso del nombre del agraviado, sino que dicho uso le cause daño.

La institución de la usurpación de nombre es de naturaleza civil y no

penal, es decir, no es un despojo con violencia, sino que existe usurpación de nombre cuando este sea utilizado ilegítimamente por persona que no es el titular del mismo, ya sea en forma directa o indirecta. La usurpación no debe ser entendida bajo una perspectiva “propietarista”, vale decir, que se “despoje” del nombre a una persona, sino que se hace del mismo un uso indebido.

La usurpación se da contra quien usa ilegítimamente un nombre ajeno, y tiene por objeto obtener una sentencia judicial que prohíba al demandado la continuación del uso ilícito de la denominación, que incluye como contenido del *petitum*, además, el resarcimiento de daños.

Si se le asigna a un menor un apellido que no corresponde, ¿se configura la usurpación de nombre? El hecho de asignarle al menor un apellido que no le corresponde llevar, califica la usurpación de nombre. Al tenerse por no puesta la indicación de la persona con quien se hubiere tenido al menor, debe excluirse del acta de nacimiento el nombre y los apellidos del demandante, así como el apellido erróneamente asignado al menor.

El registrador no debe inscribir el nombre del otro progenitor (sin su consentimiento), bajo responsabilidad. Caso contrario, igualmente, se tendrá como no puesto. En este tipo de casos, solo cabe solicitar judicialmente una exclusión de nombre.

Por ejemplo, en caso de incluirse indebidamente el nombre del padre, cuando el reconocimiento en el registro lo hace la madre, la indicación se tiene por no puesta. No se requiere ejercitar acción alguna; sin embargo, ello no es obstáculo al derecho del supuesto padre para solicitar la exclusión de su nombre que inconsulta e indebidamente figura en la partida de nacimiento cuestionada.

Cabe anotar que la exclusión del nombre de la partida de nacimiento no importa privación del apellido con el que se le conoce al menor, pues el nombre es atributo de la personalidad. No habiendo intervenido

ni autorizado la inclusión de su apellido en la partida de nacimiento del menor, debe excluirse el nombre del accionante de la misma sin que ello signifique privar del apellido al menor pues el nombre es atributo de la personalidad del que no puede ser despojado sin causarle grave daño.

Es improcedente el pedido del actor para que se declare judicialmente su verdadero nombre e identidad, si en el propio recaudo que apareja la acción está acreditado su verdadero nombre. En la acción sobre exclusión de nombre, se invierte la carga de la prueba para la parte demandada.

V

■ VACÍOS DE LA LEY

Numerosos hechos de la vida social no han podido ser previstos por el derecho y, por lo tanto, no existe para ellos una norma expresa. A este fenómeno, que consiste en ausencia de regulación específica, se le denomina laguna. Sin embargo, hay hechos que contando con una regulación legislativa, ella es imperfecta. Estos dos escenarios dentro de un sistema jurídica podrían ser agrupados dentro un gran género, denominado vacíos o lagunas normativas, las cuales se presentan en dos casos:

- a) Defecto normativo; esto es, cuando hay insuficiencia de normas existentes para regular el fenómeno factual;
- b) Inexistencia de normativa; es decir, cuando no existe norma alguna para regular la realidad concreta.

Estas lagunas o vacíos son consecuencia de que la ley no puede comprender en su formulación todos los innumerables casos posibles que la realidad presenta. El paso del

tiempo, el cambio de las circunstancias, el avance de la tecnología, hacen que la ley revele tarde o temprano sus imperfecciones. En otras ocasiones los vacíos son debidos a la incompetencia del legislador, tal es el caso cuando la ley es elaborada de manera incompleta, de tal forma que esta no responde a la realidad que pretende regular, y, por lo tanto, o no cumple su objetivo.

Pero el problema de los vacíos de la ley no es el reconocer que existen –pues la imperfección del ordenamiento legal es más o menos obvia, y además admitida por la propia ley–, sino cuándo estamos frente a un verdadero vacío legal. Para intentar solucionar este problema la doctrina ha señalado que existen lagunas en la ley por lo menos en tres casos:

1. Cuando la ley solo da al juez una orientación general, señalándole expresa o tácitamente hechos, conceptos o criterios no determinados en sus notas particulares (entonces la ley remite al juez a la buena fe o a los usos del tráfico o deja a su apreciación si existe

un mal uso). Este caso es el que la doctrina llama un vacío *intra legem*, que consiste en la falta de regulación querida por la misma ley. Se presenta cuando la ley se limita a dar directivas de carácter general y deja al juez la tarea de completarlas al aplicar la norma al caso específico.

2. Cuando la ley calla en absoluto (ya intencionalmente, ya porque no se previó el caso, ya porque de ningún modo podía resolverse en virtud de haberse alterado las circunstancias de hecho).
3. Cuando la ley es incompleta. Se refiere al caso en que la ley regula una materia pero sin tener en cuenta algunas de sus posibilidades.

Debe tenerse en consideración que si bien el Derecho tiene una enorme vocación normativa, existen aspectos de la vida que no necesariamente tienen que ser regulados por él; es decir, actividades que no siendo ilegales se encuentran al margen del Derecho, y que son normadas por otro tipo de reglas, ya sean sociales, éticas, religiosas, etc.) Tal ausencia de normativa legal no autoriza a hablar de defectos o deficiencias en la ley. Por el contrario, se trata del llamado “espacio jurídico vacío”, esto es, aquella zona donde la libre actividad humana no es alcanzada por el Derecho.

De igual modo, no puede afirmarse que se está frente a una laguna

cuando, existiendo norma, su aplicación produciría un resultado arbitrario o no deseable (“laguna ideológica”), asumiendo que el legislador no hubiera legislado en dicho sentido de haber conocido tales resultados. En este caso no se trata de la ausencia de una solución cualquiera, sino de una solución justa. Estas supuestas “lagunas” no surgen de un defecto del ordenamiento legal como tal, sino de su confrontación con la realidad.

■ VICIOS DE VOLUNTAD

La anulabilidad es un mecanismo de protección jurídica para cautelar la libertad y el conocimiento de una parte que participó en la celebración del negocio jurídico en una situación de disminución de su voluntad. Es consecuencia de un defecto de la capacidad de actuar o de otra alteración del proceso formativo del negocio jurídico o contrato o de otras causas dirigidas a proteger el interés de una parte de naturaleza disponible. Conciernen principalmente a circunstancias que ponen en duda que el negocio jurídico refleje una correcta valoración de la conveniencia del mismo por parte de cualquier parte, y estos son: a) Incapacidad natural relativa, b) Incapacidad de obrar relativa y c) Vicios de voluntad.

Vicios de voluntad: clases

Error.- La normativa sobre el error busca ponderar el interés de la parte

incurra en el error, que quiere desvincularse del negocio jurídico, con el interés de la contraparte que quiere preservarlo. Comprende dos tipos de errores: error vicio y el error obstativo:

- a) El error vicio es una condición de ignorancia o de falsa representación de la realidad en la cual incurre espontáneamente una parte, que se representa mentalmente el negocio jurídico (contrato) de manera diversa como es en la realidad.
- b) El error obstativo es un error en la declaración, o cuando la declaración ha sido inexactamente transmitida. Este error ocasiona una divergencia entre manifestación de la voluntad o del acuerdo y la voluntad real de la parte. En el artículo 208 del Código Civil, se le da el mismo tratamiento jurídico del error vicio.

El punto de equilibrio entre tales intereses se concreta en los tres presupuestos del error:

- Determinante en el sentido que la parte no habría celebrado el negocio jurídico si se hubiese dado cuenta del error.
- Esencial porque se refiere a aspectos objetivamente fundamentales del negocio jurídico.
- Reconocible por la contraparte, que se haya dado cuenta o podía darse cuenta del error y, por eso, no puede invocar una confianza merecedora de protección.

Dolo.- Puede ser definido como la conducta de alguien ajeno al declarante que causa un error en este mediante artificios, astucias o mentiras empleados para inducir a la celebración de un negocio o a su celebración de una manera determinada, normalmente y de ordinario en beneficio, ventaja o provecho del contratante. No necesariamente tiene que haber propósito de causar perjuicio, ni conciencia de causarlos, que de existir podrían causar además dolo penal.

Intimidación.- El sujeto obra con su voluntad, y de ahí por qué la manifestación sea atribuible a él, pero encontrándose en una condición de grave perturbación psíquica por efecto de la amenaza de un mal grave. Se escoge celebrar el negocio (o estipularlo en determinadas condiciones), pero obra de ese modo para evitar un daño ilícito.

Presupuestos

- a) Amenaza de un mal evidente (inminente y grave) artículo 215 del Código Civil, porque no hay lugar para advertencias carentes de factibilidad (por eso el simple temor reverencial no anula el acto, art. 217).
- b) El mal con el que se amenaza tiene que consistir en la posibilidad de la producción de un daño injusto para el intimidado (sea cuerpo o bienes), o para un tercero cuya esfera resulte de interés para el intimidado (con lo

cual queda excluido el aviso del ejercicio legítimo y regular de un derecho, art. 217 del CC), debe ser un mal notable y grave. Debe ser externo al negocio jurídico, es decir, no puede identificarse en la privación de la prestación esperada en base al contrato. Si A tiene un enorme deseo de adquirir el bien de B, y B lo amenaza de no venderlo si A no acepta pagar un precio caro, y A acepta comprarlo a dicho precio, no podría impugnarse el acto por intimidación.

- c) La amenaza tiene que ser determinante de la voluntad, debe ser de tal naturaleza de impresionar a una persona sensata, que depende de la atendibilidad de la amenaza, de la puesta en escena, de las posibilidades que le quedan a la víctima (o parecen quedar), de sustraerse al mal, entre otros aspectos.

■ VIDA EN COMÚN

El artículo 234 del Código Civil define al matrimonio como la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones del Código Civil, a fin de hacer vida en común.

De este modo, queda del todo claro que para nuestro sistema jurídico, la vida en común es la finalidad

primordial del matrimonio. Sin embargo, y para ser más exactos, más que una finalidad el hacer vida en común constituye una obligación de los cónyuges, comúnmente denominada obligación de cohabitar.

Esta obligación de vivir juntos normalmente significa unidad de techo, de lecho y de mesa, pues solo de este modo la función que el matrimonio cumple se puede realizar. No obstante, dicho concepto no debe entenderse de modo absoluto, pues ello impediría que los cónyuges puedan establecer periodos de separación temporal por mutuo acuerdo. En efecto, de asumirse una concepción absoluta, el pacto de separación convencional constituiría un supuesto de abandono del hogar conyugal con las respectivas consecuencias.

Asimismo, el deber de cohabitación es recíproco y permanente, lo que no significa que pueda cesar. Este es el supuesto contemplado en el artículo 347 del Código Civil, el cual permite a uno de los cónyuges solicitar la suspensión de hacer vida en común en caso de enfermedad mental o contagiosa del otro. Textualmente, la referida norma señala que: “En caso de enfermedad mental o contagiosa de uno de los cónyuges, el otro puede pedir que se suspenda la obligación de hacer vida en común, quedando subsistente las demás obligaciones conyugales”.

Debe tenerse en consideración que la dispensa judicial del deber de hacer vida en común puede aplicarse a los supuestos en que medien las causales de divorcio establecidas en el artículo 333 del Código Civil, con la salvedad de que en este supuesto la dispensa solo se produce en dos circunstancias objetivamente declaradas: la enfermedad mental y la enfermedad contagiosa.

A tal punto esta obligación de cohabitación resulta determinante, que la imposibilidad de su realización constituye una causal para la separación de cuerpos y el divorcio. Así, el artículo 333, inciso 11 establece como causal de separación de cuerpos y divorcio la imposibilidad de hacer vida en común debidamente probada en proceso judicial.

Esta causal para la separación y el divorcio constituye la recepción en el sistema jurídico peruano, del denominado matrimonio desquiciado o dislocado; vale decir, que se considera el grado que la desavenencia entre los cónyuges ha alcanzado, razón por la cual no puede alentarse circunstancia alguna de reconstrucción del hogar. Asimismo, esta causal se sustenta en la falta de interés social en mantener en el plano jurídico un matrimonio desarticulado de hecho, por la inconveniencia de conservar hogares que pudiesen ser en el futuro fuente de reyertas y escándalos.

VÍNCULO MATRIMONIAL

El vínculo matrimonial es la relación jurídica nacida con la celebración del matrimonio que da origen a un conjunto de consecuencias jurídicas de índole personal, familiar y patrimonial.

No siempre todas las consecuencias jurídicas con la celebración del matrimonio se mantienen a lo largo de toda la vigencia del vínculo matrimonial; así, el artículo 332 del Código Civil señala que la “separación de cuerpos suspende los deberes relativos al lecho y habitación y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial”. En este caso, a pesar de la “suspensión” de determinadas consecuencias jurídicas el vínculo matrimonial no decae manteniéndose vigentes determinadas consecuencias jurídicas, como la obligación alimenticia entre marido y mujer, por ejemplo.

No pasa lo mismo en los casos de divorcio, el cual es un supuesto idóneo para hacer decaer el vínculo matrimonial, tal como lo señala el artículo 348 del Código Civil. El vínculo matrimonial también decae por otras situaciones como la muerte de uno de los cónyuges.

■ VIOLENCIA (FÍSICA)

La violencia puede ser:

- Compulsiva, fuerza corporal o física.
- Impulsiva, cuando se coacciona, impulsa o impele una voluntad. Por ejemplo: si estoy impedido de movimiento hasta que firme.

En la violencia psíquica o moral el sujeto obra con su voluntad –y de ahí por qué la manifestación sea atribuible a él–, pero encontrándose en una condición de grave perturbación psíquica por efecto de la amenaza de un mal grave. Se escoge celebrar el negocio (o estipularlo en determinadas condiciones), pero obra de ese modo para evitar una posible desventura. Entre dos decisiones, ninguna de las cuales corresponde a una formación libre de su querer, opta por aquella que le parece menos perjudicial.

De la violencia así descrita (denominada “violencia moral” o intimidación) se diferencia la llamada “violencia física”, que consiste en forzar materialmente a la parte (o a una de las partes) a expresar cierta “voluntad”. La violencia física no es causa de anulabilidad del negocio sino de nulidad (inc. 1 del art. 219 del CC), en tanto que la misma excluye toda posibilidad de imputarle la manifestación de “voluntad” al sujeto que padece la coacción física.

En efecto, en la violencia física el sujeto es constreñido materialmente

a emitir una manifestación de voluntad que, desde un punto de vista psicológico no es imputable a él (y tampoco al autor de la coacción), y de ahí la invalidez absoluta del negocio.

Puede ser una de las partes o un tercero de ellas. La violencia compulsiva excluye la voluntad, y la intimidación o la *vis impulsiva*, la vician; por lo tanto, da igual quién sea el autor del daño. No hace falta que el causante de la presión física o moral se beneficie del negocio así obtenido, ni es necesario que la parte no víctima esté impuesta del vicio que afecta a la otra parte.

En negocio es nulo y la voluntad de declarar y de lo declarado está excluida, cuando se ha ejercido sobre el agente una fuerza corporal o física por la cual celebra el negocio. No hay, en suma, declaración de voluntad (art. 219.1). Es decir, lo que hay es una forma externa, pero carente de contenido querido. La violencia, en este caso, coexiste con la celebración o ejecución del negocio. Es la violencia llamada absoluta, ablativa o compulsiva, porque en propiedad el agente no declara su voluntad, sino que físicamente movido por una fuerza ajena empleada por otro sujeto, ha declarado lo que este otro o un tercero querían.

Las manos o el lenguaje han sido meros instrumentos de la fuerza bruta que otro actúa. Se ha sustituido la voluntad sin poder resistirlo. La

violencia o presión de la otra parte no se ha aplicado sobre la voluntad, sino sobre el cuerpo. No hay intención negocial, cosa que sí ocurre en la violencia impulsiva que actúa como motivo (aunque injusto) determinante de declarar.

El negocio, en cambio, es anulable cuando la violencia coacciona, impulsa o impele una voluntad, pero no la genera en su exteriorización. Así por ejemplo, si estoy impedido de libertad o de movimiento hasta no firmar, o si actúo por miedo en virtud de un daño físico ya causado, o si se está ejerciendo violencia física sobre un tercero pariente de los que el artículo 215 menciona.

El sujeto aun obrando con discernimiento, sin vicios de voluntad, no podrá actuar con libertad si la presión física le priva de la necesaria libertad, a efectos de que su voluntad puede exteriorizarse sin interferencias.

La fuerza que una persona pueda resistir sin que ella altere sus actuaciones no produce que estemos en el escenario de la “violencia”. La fuerza que transforma a la víctima en un instrumento no produce la validez de los actos de autonomía privada que pudo haber celebrado en ese periodo.

■ Voz

El derecho a la voz es la situación jurídica en la que se tutela el sonido de las cuerdas vocales de la persona,

a efectos de que su reproducción se haga de manera fiel y con el consentimiento de la misma. Este derecho también forma parte del derecho a la identidad entendido en su manera estática.

El derecho a la voz forma parte de la esfera de los denominados “derechos de la personalidad”, cuyo reconocimiento constitucional, en la mayor parte de los países del mundo, ha propiciado su regulación en los códigos civiles y/o en leyes especiales. En el Perú, el artículo 2 de la Constitución Política, numeral 7, señala que toda persona tiene derecho “al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias. Toda persona afectada por afirmaciones inexactas o agravadas en cualquier medio de comunicación social tiene derecho a que este se rectifique en forma gratuita, inmediata y proporcional, sin perjuicio de las responsabilidades de ley”.

Algunos autores sostienen que el derecho a la voz forma parte del derecho a la intimidad; sin embargo, esto no es correcto, en la medida que la voz es un derecho plenamente autónomo, pero con la particularidad de que, mediante su captura, resulta factible la vulneración del derecho a la intimidad. Es decir, muchas veces la captura ilícita de la voz es el mecanismo a través del cual se puede terminar afectando el derecho a la intimidad. Y a tal punto esto es cierto

que el derecho a la voz puede resultar lesionado de forma independiente a la lesión del derecho a la intimidad.

En efecto, la voz, no obstante se la trata jurídicamente con la imagen, no debe ser confundida ni absorbida por esta, pues su trascendencia jurídica se traduce, principalmente, en el derecho que tiene el individuo de disponer de la misma, permitir su reproducción. El derecho a la voz se manifiesta, por ejemplo, en la protección jurídica que se otorga a la voz de los cantantes, siendo susceptible de ser utilizada a través de ediciones fonográficas con fines de reproducción, difusión y comercialización.

Está prohibida la utilización de la voz (ya sea mediante grabación o difusión) de una persona si no se cuenta con su consentimiento, ya sea tácito o expreso, de manera directa o por medio de otras personas, si es

que ha fallecido o es menor de edad o incapaz.

Sin embargo, existen supuestos en los que la utilización de la voz puede efectuarse sin necesidad de la autorización expresa de la persona. Tales supuestos excepcionales obedecen a la notoriedad de la persona, el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público; o por motivos de índole científica, didáctica, cultural, etc. La justificación a este tratamiento excepcional halla su razón de ser en el anticipado o tácito asentimiento de la persona que ha alcanzado cierta notoriedad en base al respaldo del público, ya sea por el cargo que desempeña o por la actividad que realiza. Dicho anticipado o tácito asentimiento a la publicidad de la voz de una persona, con cierta notoriedad o prestigio en la sociedad se presumen, por cuanto al haber alcanzado la preferencia de la opinión pública esta va a requerir la exposición de su voz.

ÍNDICES

Índice de voces

A

ABANDONO	9
ABUSO DE AUTORIDAD	10
ABUSO DEL DERECHO (EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO)	11
ACCESIÓN	13
ACCESORIOS	14
ACCIÓN OBLICUA (SUBROGATORIA)	15
ACCIÓN PAULIANA O REVOCATORIA ORDINARIA	17
ACEPTACIÓN	18
ACTOILÍCITO	20
ACTO JURÍDICO (NEGOCIO JURÍDICO).....	21
ACTO JURÍDICO (NEGOCIO JURÍDICO) CONSIGO MISMO	23
ACTOS PELIGROSOS PARA LA VIDA O LA INTEGRIDAD FÍSICA.....	25
AD PROBATIONEM.....	26
AD SOLEMNITATEM.....	27
ADN (ÁCIDO DESOXIRRIBONUCLEICO)	29
ADOPCIÓN.....	30
ADULTERIO	32
AIRES	33
ALBACEA.....	34

ÍNDICE DE VOCES

ALIMENTOS	35
ALUVIÓN	36
AMPARO FAMILIAR	37
ANALOGÍA	38
ANATOCISMO	39
<i>ANIMUS DOMINI</i>	40
ANTICIPO DE HERENCIA	41
ANTICRESIS	41
ANULABILIDAD DEL ACTO JURÍDICO	41
APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY AL CONTRATO	42
APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL AL CONTRATO	43
APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY	43
APROPIACIÓN	45
ARBITRIO	46
ARRAS	47
ARRENDAMIENTO	48
ARRENDAMIENTO FINANCIERO	49
ASOCIACIÓN	50
ATENTADO CONTRA LA VIDA DEL CÓNYUGE	51
AUSENCIA	52
AVULSIÓN	53

B

BIENES	55
BIENES CONSUMIBLES Y NO CONSUMIBLES	55
BIENES FUNGIBLES Y NO FUNGIBLES	56
BIENES GANANCIALES (BIENES SOCIALES)	57
BIENES HEREDITARIOS	58
BIENES INMUEBLES	59

BIENES MUEBLES.....	60
BIENES PROPIOS.....	61
BIGAMIA.....	63
BUENA FE.....	64
BUENAS COSTUMBRES.....	66

C

CADÁVER.....	67
CADUCIDAD.....	68
CADUCIDAD DE TESTAMENTO.....	70
CAPACIDAD DE EJERCICIO.....	70
CAPACIDAD DE GOCE.....	71
CARGAS.....	72
CARGO.....	73
CASO FORTUITO.....	73
CAUSALIDAD.....	74
CAZA.....	76
CESIÓN DE DERECHOS (CREDITICIOS).....	77
CESIÓN DE POSICIÓN CONTRACTUAL.....	79
CESIÓN DEL ARRENDAMIENTO.....	79
CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA.....	80
CLÁUSULAS GENERALES DE CONTRATACIÓN.....	81
CLÁUSULA PENAL.....	82
COLACIÓN.....	83
COLOCACIÓN FAMILIAR.....	84
COMITÉ.....	85
COMODATO.....	87
COMPENSACIÓN.....	88
COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.....	90

ÍNDICE DE VOCES

COMPRAVENTA.....	91
COMPRAVENTA A PRUEBA.....	92
COMPRAVENTA A SATISFACCIÓN.....	93
COMPRAVENTA AD CORPUS O EN BLOQUE.....	94
COMPRAVENTA CON RESERVA DE PROPIEDAD.....	94
COMPRAVENTA POR EXTENSIÓN O CABIDA.....	95
COMPRAVENTA DE BIENES HOMOGÉNEOS.....	96
COMPRAVENTA SOBRE DOCUMENTOS.....	97
COMPRAVENTA SOBRE MEDIDA.....	98
COMPRAVENTA SOBRE MUESTRA.....	98
COMPROMISO DE CONTRATAR.....	99
COMUNIDADES CAMPESINAS Y NATIVAS.....	100
CONCUBINATO.....	101
CONCURRENCIA DE ACREEDORES.....	103
CONDICIÓN.....	104
CONDONACIÓN.....	105
CONDUCTA DESHONROSA.....	106
CONFIRMACIÓN DEL ACTO JURÍDICO.....	107
CONFISCACIÓN.....	107
CONMORENCIA.....	109
CONSEJO DE FAMILIA.....	109
CONSENTIMIENTO.....	109
CONSIGNACIÓN.....	110
CONSOLIDACIÓN.....	112
CONTRATO.....	113
CONTRATO DE OBRA.....	114
CONTRATO DE OPCIÓN.....	115
CONTRATO LEY.....	116
CONTRATO POR ADHESIÓN.....	117
CONTRATO POR PERSONA A NOMBRAR.....	117
CÓNYUGES.....	119

COPOSESIÓN	119
COPROPIEDAD	121
COPROPIETARIO.....	122
CUARTA FALCIDIA	124
CUASIUFRUCTO.....	124
CUERPO HUMANO.....	125
CULPA	126
CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES	128
CURADOR.....	129
CURATELA	130
CURATELA POR VOLUNTAD ANTICIPADA	132

D

DACIÓN EN PAGO.....	133
DAÑO A LA PERSONA	133
DAÑO EMERGENTE.....	134
DAÑO MORAL	135
DAÑO ULTERIOR.....	137
DAÑOS Y PERJUICIOS	138
DEFECTO O DEFICIENCIA DE LA LEY.....	139
DEFENSA DE LA POSESIÓN	140
DELEGACIÓN	143
DEPÓSITO	144
DERECHO DE ACRECER	145
DERECHO DE FAMILIA	146
DERECHO DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE	147
DERECHO DE OBLIGACIONES.....	148
DERECHO DE SUCESIONES	149
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	150

ÍNDICE DE VOCES

DERECHOS ADQUIRIDOS.....	152
DERECHOS CIVILES	153
DERECHO DE LAS PERSONAS	154
DERECHOS INCORPORALES.....	156
DERECHOS REALES DE GARANTÍA.....	157
DERECHOS REALES PRINCIPALES.....	159
DERECHOS REALES.....	160
DEROGACIÓN DE LA LEY (ABROGACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS).....	161
DESAPARICIÓN	162
DESHEREDACIÓN	164
DETERMINACIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL POR TERCERO	165
DIVORCIO REMEDIO	166
DIVORCIO SANCIÓN	167
DIVORCIO.....	168
DOLO	170
DOMICILIO	171
DONACIÓN	172
DONACIÓN DE ÓRGANOS	173
DONACIÓN INOFICIOSA	174
DONACIÓN MORTIS CAUSA	174
DONACIÓN POR BODA O MATRIMONIO.....	175
DONACIÓN REMUNERATORIA.....	176

E

EJERCICIO DE DERECHOS POR HIJOS MENORES	177
EJERCICIO REGULAR DE UN DERECHO.....	178
EMBARAZO	179
ENAJENACIÓN (ACTOS DE DISPOSICIÓN).....	180
ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA.....	182

ERROR.....	183
ESPECIFICACIÓN.....	184
ESPERANZA INCIERTA.....	185
ESPOSALES.....	185
ESTADO CIVIL.....	187
ESTADO DE NECESIDAD.....	188
EVICCIÓN.....	189
EXAMEN MÉDICO.....	190
EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE PLAZO.....	191
EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO.....	192
EXCESIVA ONEROSIDAD DE LA PRESTACIÓN.....	192
EXEQUÁTUR.....	193
EXPROMISIÓN.....	195
EXPROPIACIÓN.....	195
EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD.....	196
EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES.....	198

F

FACTORES DE ATRIBUCIÓN (CRITERIOS DE IMPUTACIÓN).....	201
FALLOS ARBITRALES EXTRANJEROS.....	202
FALSUS PROCURATOR.....	204
FAMILIA.....	205
FAMILIA ENSAMBLADA.....	207
FIANZA.....	208
FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.....	209
FILIACIÓN MATRIMONIAL.....	210
FOLIO PERSONAL.....	212
FOLIO REAL.....	213
FORMA DEL ACTO JURÍDICO (NEGOCIO JURÍDICO).....	214

ÍNDICE DE VOCES

FRUTOS	215
FUERZA	217
FUERZA MAYOR	218
FUNDACIÓN.....	219

G

GARANTÍA MOBILIARIA	221
GESTIÓN DE NEGOCIOS	222
GRAVAMEN.....	223

H

HABITACIÓN	225
HALLAZGO	226
HECHO PROPIO.....	227
HECHOS CUMPLIDOS.....	228
HEREDERO.....	229
HERENCIA	230
HIJO ALIMENTISTA	231
HIJOS.....	233
HIPOTECA.....	234
HOMOSEXUALIDAD	235
HOSPEDAJE.....	237

I

IMAGEN	239
IMPEDIMENTOS MATRIMONIALES.....	240

IMPOSIBILIDAD DE HACER VIDA EN COMÚN	241
IMPUTACIÓN DEL PAGO	243
INCAPACIDAD DE EJERCICIO	244
INCAPAZ	246
INCINERACIÓN	247
INCUMPLIMIENTO	248
INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS	250
INDIGNIDAD	250
INDIVISIÓN	251
INEJECUCIÓN DE OBLIGACIONES	253
INJURIA GRAVE	254
INSTITUCIÓN DE HEREDEROS	255
INTERDICCIÓN	257
INTERDICTO DE RECOBRAR	258
INTERDICTO DE RETENER	259
INTERDICTOS	260
INTERÉS PARA OBRAR	262
INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO	263
INTERPRETACIÓN DEL ACTO JURÍDICO (NEGOCIO JURÍDICO)	264
INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN	266
INTIMIDACIÓN	266
INTIMIDAD	268
INVITACIÓN A OFRECER	269
IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY	270
<i>IURA NOVIT CURIA</i>	270

J

JUEGO Y APUESTA	273
JUSTIPRECIO	273
JUSTO TÍTULO	275

L

LEGADO	277
LEGÍTIMA	278
LEGÍTIMA DEFENSA	278
LESIÓN	280
LEY	280
LEY APLICABLE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	282
LIBERTAD DE CONTRATACIÓN	283
LOCACIÓN DE SERVICIOS	284
LUCRO CESANTE	285

M

MALA FE	287
MANDATO	288
MANDATO CON REPRESENTACIÓN	289
MANDATO SIN REPRESENTACIÓN	289
MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD	290
MASA HEREDITARIA	291
MATERNIDAD	292
MATRIMONIO	293
MATRIMONIO PUTATIVO	295
MEDIANERÍA	296
MEJORAS	297
MERO ARBITRIO	299
MEZCLA	299
MODALIDADES DEL ACTO JURÍDICO	300
MORA	301
MUERTE	303

MUERTE PRESUNTA	304
MUTUO	305
MUTUO DISENSO.....	306

N

NACIMIENTO.....	309
NECROPSIA	310
NOVACIÓN	311
NULIDAD DE ACTO JURÍDICO	312
NULIDAD DEL TESTAMENTO	314

O

OBLIGACIÓN DE ADMINISTRAR JUSTICIA	317
OBLIGACIÓN DE APLICAR LA NORMA NO INVOCADA	318
OBLIGACIONES	319
OBLIGACIONES ALTERNATIVAS (PRESTACIONES ALTERNATIVAS)	320
OBLIGACIONES ASUMIDAS POR HIJOS MENORES	322
OBLIGACIONES DE DAR (PRESTACIÓN DE DAR)	323
OBLIGACIONES DE HACER (PRESTACIÓN DE HACER)	325
OBLIGACIONES DE MEDIOS.....	326
OBLIGACIONES DE NO HACER (PRESTACIÓN DE NO HACER).....	328
OBLIGACIONES DE RESULTADOS	329
OBLIGACIONES DIVISIBLES	331
OBLIGACIONES FACULTATIVAS (PRESTACIONES FACULTATIVAS).....	332
OBLIGACIONES INDIVISIBLES.....	334
OBLIGACIONES MANCOMUNADAS.....	335
OBLIGACIONES SOLIDARIAS.....	337
ORDEN PÚBLICO.....	338

P

PAGO (CUMPLIMIENTO).....	341
PAGO CON TÍTULOS VALORES	342
PAGO INDEBIDO	344
PAGO POR CONSIGNACIÓN	345
PAGO POR TERCERO (EJECUCIÓN DE TERCERO DEL DÉBITO AJENO)	347
PARENTESCO.....	348
PARTES INTEGRANTES.....	350
PARTICIÓN	350
PARTIDAS DEL REGISTRO CIVIL.....	352
PARTO.....	353
PATERNIDAD	354
PATRIA POTESTAD.....	356
PATRIMONIO FAMILIAR.....	358
PERMUTA	358
PERSONA JURÍDICA	359
PERSONA NATURAL	360
PESCA.....	362
PETICIÓN DE HERENCIA	363
PLAZO (MODALIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO).....	365
PODER	366
PORCIÓN DISPONIBLE	367
POSESIÓN PRECARIA.....	368
POSESIÓN.....	370
PRECIO	372
PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA	372
PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA	374
PRINCIPIO DE FE PÚBLICA REGISTRAL	375
PRINCIPIO DE IMPENETRABILIDAD.....	376

PRINCIPIO DE LEGALIDAD.....	378
PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN.....	379
PRINCIPIO DE OponIBILIDAD.....	380
PRINCIPIO DE PRIORIDAD EXCLUYENTE.....	381
PRINCIPIO DE PRIORIDAD PREFERENTE.....	382
PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.....	383
PRINCIPIO DE ROGACIÓN.....	384
PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO.....	385
PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO.....	386
PRÓDIGO.....	388
PRODUCTOS.....	389
PROHIBICIÓN DE ENAJENAR (PROHIBICIÓN DE CLÁUSULAS DE INALIENABILIDAD).....	390
PROMESA PÚBLICA.....	391
PROMESA UNILATERAL.....	393
PROPIEDAD.....	394
PROPIEDAD HORIZONTAL.....	396
PROPIEDADES INCORPORALES.....	397

R

RATIFICACIÓN DEL ACTO JURÍDICO.....	399
RECONCILIACIÓN.....	400
RECONOCIMIENTO DE EXISTENCIA.....	402
RECONOCIMIENTO DE OBLIGACIONES.....	403
RÉGIMEN DE VISITAS.....	404
RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.....	405
REGISTRO DE BIENES MUEBLES.....	407
REGISTRO DE ESTADO CIVIL.....	407
REGISTRO DE MANDATOS Y PODERES.....	409

ÍNDICE DE VOCES

REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS	410
REGISTRO DE PROPIEDAD INMUEBLE	410
REGISTRO DE SUCESIONES INTESTADAS	412
REGISTRO DE TESTAMENTOS	413
REGISTRO PERSONAL	414
REGISTROS PÚBLICOS	415
REIVINDICACIÓN DE BIENES HEREDITARIOS	416
REIVINDICACIÓN DE LA PROPIEDAD	417
RENTA VITALICIA	417
RENUNCIA A LA HERENCIA	418
REPETICIÓN	419
REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL	420
REPRESENTACIÓN EN EL ACTO JURÍDICO	422
REPRESENTACIÓN LEGAL DE INCAPACES	423
REPRESENTACIÓN PARA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO	425
REPRESENTACIÓN SUCESORIA	426
<i>RES NULLIUS</i>	427
RESCISIÓN DEL CONTRATO	428
RESOLUCIÓN DEL CONTRATO	428
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL	429
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ASEGURADOR	431
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL COAUTOR	431
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL INCAPAZ	432
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR CAÍDA DEL EDIFICIO	434
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO DE DEPENDIENTES	435
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO DE LOS ANIMALES	437
RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR RIESGO	439
RESPONSABILIDAD PRECONTRACTUAL	440
RESPONSABILIDAD VICARIA	441
RETENCIÓN	443
RETRACTO	444

REVERSIÓN	445
REVOCACIÓN.....	446
RIFA	448
RUINA	449

S

SANEAMIENTO	451
SECUESTRO.....	452
SENTENCIA EXTRANJERA	453
SEPARACIÓN CONVENCIONAL.....	454
SEPARACIÓN DE CUERPOS	455
SEPARACIÓN DE HECHO	456
SEPARACIÓN DE PATRIMONIOS	458
SEPULTURA.....	459
SERVIDOR DE LA POSESIÓN.....	460
SERVIDUMBRE.....	462
SERVIDUMBRE DE PASO	463
SEVICIA	465
SILENCIO COMO MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD	466
SIMULACIÓN ABSOLUTA	467
SIMULACIÓN EN EL ACTO JURÍDICO	469
SIMULACIÓN POR INTERPOSICIÓN DE PERSONA	470
SIMULACIÓN RELATIVA.....	471
SOBRESUELO.....	472
SOCIEDAD DE GANANCIALES.....	473
SUBARRENDAMIENTO.....	474
SUBASTA.....	475
SUBROGACIÓN.....	476
SUBSUELO	477

ÍNDICE DE VOCES

SUCESIÓN INTESTADA	478
SUCESIÓN TESTAMENTARIA.....	479
SUCESIONES.....	481
SUJETO DE DERECHO	481
SUMINISTRO	482
SUPERFICIE.....	483
SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN.....	484
SUSTITUCIÓN DE HEREDEROS.....	485
SUSTITUCIÓN DE LEGATARIOS	487

T

TEMOR REVERENCIAL	489
TESORO	490
TESTAMENTO	491
TESTAMENTO CERRADO.....	493
TESTAMENTO EN ESCRITURA PÚBLICA	494
TESTAMENTO MARÍTIMO	495
TESTAMENTO MILITAR	496
TESTAMENTO OLÓGRAFO.....	497
TÍTULOS SUPLETORIOS.....	499
TRADICIÓN.....	501
TRANSACCIÓN	503
TRANSMISIÓN DE OBLIGACIONES.....	504
TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD	505
TRANSMISIÓN SUCESORIA.....	506
TUTELA	507

U

UNIONES DE HECHO.....	511
-----------------------	-----

Uso.....	512
USUFRUCTO.....	513
USUFRUCTO EN LA PATRIA POTESTAD	515
USURA.....	516
USURPACIÓN DE NOMBRE.....	518

V

VACÍOS DE LA LEY	521
VICIOS DE VOLUNTAD	522
VIDA EN COMÚN.....	524
VÍNCULO MATRIMONIAL	525
VIOLENCIA (FÍSICA).....	526
VOZ	527

Autoría de las voces

■ JUAN CARLOS ESQUIVEL OVIEDO

- Principio de fe pública registral
- Principio de impenetrabilidad
- Principio de legalidad
- Principio de legitimación
- Principio de oponibilidad
- Principio de prioridad excluyente
- Principio de prioridad preferente
- Principio de publicidad
- Principio de rogación
- Principio de tracto sucesivo
- Propiedad horizontal
- Registro de la propiedad inmueble
- Títulos supletorios

■ RICARDO ANGEL GELDRES CAMPOS

- Aires
- *Animus domini*
- Asociación
- Cargas
- Cláusula resolutoria expresa
- Conducta deshonrosa
- Contrato ley
- Contrato por persona a nombrar
- Coposesión
- Domicilio
- Estado civil
- Excesiva onerosidad de la prestación
- Evicción
- Folio personal
- Folio real
- Gestión de negocios
- Gravamen
- Hipoteca
- Interdicción
- Invitación a ofrecer
- Justo título

AUTORÍA DE LAS VOCES

- Lesión
- Libertad de contratación
- Mandato
- Prescripción adquisitiva
- Registro de bienes muebles
- Registro de estado civil
- Registro de mandatos y poderes
- Registro de personas jurídicas
- Registro personal
- Registros públicos
- Registro de testamentos
- Responsabilidad precontractual
- Retención
- Saneamiento
- Superficie
- Transacción

■ DAVID JONATAN GARCÍA SÁNCHEZ

- Albacea
- Anticipo de herencia
- Anticresis
- Anulabilidad del acto jurídico
- Caducidad del testamento
- Cargo
- Cesión de posición contractual
- Condición
- Confirmación del acto jurídico
- Conmorencia
- Consejo de familia
- Cuarta falcidia
- Dación en pago
- Derecho de acrecer
- Desheredación
- Dolo
- Error
- Excepción de caducidad de plazo
- Excepción de incumplimiento
- Nulidad del acto jurídico

■ JOE NAVARRETE PÉREZ

- Accesión
- Accesorios
- Anatocismo
- Aplicación supletoria de la ley al contrato
- Aplicación supletoria del Código Civil
- Aplicación temporal de la ley
- Apropiación
- Arbitrio
- Bienes
- Bienes consumibles y no consumibles
- Bienes fungibles y no fungibles
- Bienes inmuebles
- Bienes muebles

- Bienes propios
- Bienes hereditarios
- Bigamia
- Buenas costumbres
- Capacidad de ejercicio
- Capacidad de goce
- Comunidades campesinas y nativas
- Concubinato
- Concurrencia de acreedores
- Consignación
- Cónyuges
- Curador
- Curatela
- Curatela por voluntad anticipada
- Daño a la persona
- Daño moral
- Daño ulterior
- Delegación
- Derecho de habitación del cónyuge
- Derecho de sucesiones
- Derechos civiles
- Derechos incorporeales
- Derechos reales
- Derechos reales de garantía
- Derechos reales principales
- Determinación de obligación contractual por tercero
- Especificación
- Esperanza incierta
- Expromisión
- Expropiación
- Extinción de las obligaciones
- Habitación
- Hallazgo
- Incapacidad de ejercicio
- Incapaz
- Indemnización por daños y perjuicios
- Indivisión
- Inejecución de obligaciones
- Interrupción de la prescripción
- Irretroactividad de la ley
- Mero arbitrio
- Mezcla
- Novación
- Obligaciones
- Orden público
- Partes integrantes
- Patria potestad
- Patrimonio familiar
- Productos
- Propiedades incorporeales
- Reivindicación de la propiedad
- Reivindicación de bienes hereditarios
- Repetición
- *Res nullius*
- Responsabilidad extracontractual

AUTORÍA DE LAS VOCES

- Responsabilidad extracontractual del asegurador
- Responsabilidad extracontractual del coautor
- Responsabilidad extracontractual por riesgo
- Responsabilidad vicaria
- Reversión
- Separación de patrimonios
- Sobresuelo
- Subrogación
- Subsuelo
- Sucesiones
- Suspensión de la prescripción
- Sustitución de legatarios
- Trasmisión de las obligaciones
- Trasmisión sucesoria
- Tutela
- Uso
- Usufructo
- Usufructo legal en la patria potestad
- Vínculo matrimonial

■ ALAN PASCO ARAUCO

- Abandono
- Abuso de autoridad
- Actos peligrosos para la vida o integridad física
- Adulterio
- Alimentos
- Aluvión
- Amparo familiar
- Analogía
- Atentado contra la vida del cónyuge
- Ausencia
- Avulsión
- Cadáver
- Caso fortuito
- Caza
- Colocación familiar
- Competencia jurisdiccional en el Derecho Internacional Privado
- Confiscación
- Cuasiusufructo
- Cuerpo humano
- Culpa
- Defecto o deficiencia de la ley
- Defensa de la posesión
- Derecho de familia
- Derecho Internacional Privado
- Derechos adquiridos
- Derechos de la persona
- Desaparición
- Donación de órganos
- Ejercicio de derechos por hijos menores
- Ejercicio regular de un derecho

- Embarazo
- Examen médico
- Extinción de la propiedad
- Fallos arbitrales extranjeros
- Familia
- Familia ensamblada
- Fuerza
- Fuerza mayor
- Hecho propio
- Hechos cumplidos
- Hijos
- Hijos alimentistas
- Homosexualidad
- Imagen
- Imposibilidad de hacer vida común
- Incineración
- Indignidad
- Injuria grave
- Interdicto de recobrar
- Interdicto de retener
- Interdictos
- Interés para obrar
- Intimidad
- *Iura novit curia*
- Justiprecio
- Legítima defensa
- Ley
- Ley aplicable en el Derecho Internacional Privado
- Mala fe
- Maternidad
- Medianería
- Muerte
- Muerte presunta
- Nacimiento
- Necropsia
- Obligación de administrar justicia
- Obligación de aplicar norma no invocada
- Obligaciones asumidas por hijos menores
- Parentesco
- Partición
- Partidas del registro civil
- Parto
- Pesca
- Porción disponible
- Posesión
- Posesión precaria
- Principios generales del Derecho
- Pródigo
- Promesa pública
- Propiedad
- Reconciliación
- Reconocimiento de existencia
- Régimen de visitas
- Registro de sucesiones intestadas
- Rifa
- Ruina

AUTORÍA DE LAS VOCES

- Sentencia extranjera
- Separación convencional
- Separación de cuerpos
- Separación de hecho
- Sepultura
- Servidor de la posesión
- Sevicia
- Subasta
- Tradición
- Usura
- Vacíos de la ley
- Vida en común
- Voz

■ ORESTE GHERSON ROCA MENDOZA

- Abuso del derecho
- Acción oblicua o subrogatoria
- Acción pauliana o revocatoria
- Aceptación
- Acto ilícito
- Acto jurídico
- Acto jurídico consigo mismo
- *Ad probationem*
- *Ad solemnitatem*
- ADN
- Adopción
- Bienes gananciales
- Buena fe
- Causalidad
- Caducidad
- Cesión de derechos
- Colación
- Comité
- Compensación
- Condonación
- Consolidación
- Copropiedad
- Copropietario
- Cumplimiento de las obligaciones
- Daño emergente
- Daños y perjuicios
- Depósito
- Derecho de obligaciones
- Derogación de la ley
- Divorcio
- Divorcio sanción
- Divorcio remedio
- Enajenación
- Enriquecimiento sin causa
- Esponsales
- Estado de necesidad
- Exequátur
- Factores de atribución
- Falso procurador
- Filiación extramatrimonial

- Filiación matrimonial
- Forma del acto jurídico
- Frutos
- Fundación
- Impedimentos matrimoniales
- Imputación del pago
- Incumplimiento
- Interpretación del acto jurídico
- Intimidación
- Lucro cesante
- Manifestación de voluntad
- Matrimonio
- Matrimonio putativo
- Mejoras
- Mora
- Mutuo disenso
- Obligaciones alternativas
- Obligaciones de dar
- Obligaciones de hacer
- Obligaciones de medios
- Obligaciones de no hacer
- Obligaciones de resultado
- Obligaciones divisibles
- Obligaciones facultativas
- Obligaciones indivisibles
- Obligaciones mancomunadas
- Obligaciones solidarias
- Pago
- Pago con títulos valores
- Pago indebido
- Pago por consignación
- Pago por tercero
- Paternidad
- Persona jurídica
- Persona natural
- Petición de herencia
- Plazo
- Prescripción extintiva
- Prohibición de enajenar
- Promesa unilateral
- Reconocimiento de obligaciones
- Régimen patrimonial del matrimonio
- Representación de la sociedad conyugal
- Representación legal de incapaces
- Representación para celebración del matrimonio
- Responsabilidad extracontractual del incapaz
- Responsabilidad extracontractual por caída de edificio
- Responsabilidad extracontractual por daño de animales
- Responsabilidad extracontractual por daño de dependientes
- Revocación
- Servidumbre
- Servidumbre de paso
- Sociedad de gananciales

AUTORÍA DE LAS VOCES

- Sujeto de derecho
- Tesoro
- Trasmisión de la propiedad
- Uniones de hecho
- Usurpación de nombre
- Vicios de la voluntad
- Violencia

■ MIRIAM MABEL TOMAYLLA ROJAS

- Garantía mobiliaria
- Interés superior del niño

■ MANUEL ALBERTO TORRES CARRASCO

- Arras
- Arrendamiento
- Arrendamiento financiero
- Cesión del arrendamiento
- Cláusulas generales de contratación
- Cláusula penal
- Comodato
- Compraventa
- Compraventa a prueba
- Compraventa a satisfacción
- Compraventa ad corpus o en bloque
- Compraventa con reserva de propiedad
- Compraventa por extensión o cabida
- Compraventa sobre bienes homogéneos
- Compraventa sobre documentos
- Compraventa sobre medida
- Compraventa sobre muestra
- Compromiso de contratar
- Consentimiento
- Contrato
- Contrato de obra
- Contrato de opción
- Contrato por adhesión
- Donación
- Donación inoficiosa
- Donación mortis causa
- Donación por boda o matrimonio
- Donación remuneratoria
- Fianza
- Hospedaje
- Juego y apuesta
- Locación de servicios
- Mandato
- Mandato con representación
- Mandato sin representación
- Permuta
- Precio
- Renta vitalicia
- Rescisión del contrato

- Resolución del contrato
- Retracto
- Secuestro
- Subarrendamiento
- Suministro

■ **MARCO ANDREI TORRES MALDONADO**

- Herederos
- Herencia
- Institución de herederos
- Legado
- Legítima
- Masa hereditaria
- Modalidades del acto jurídico
- Nulidad del testamento
- Poder
- Ratificación del acto jurídico
- Renuncia a la herencia
- Representación en el acto jurídico
- Representación sucesoria
- Silencio como manifestación de voluntad
- Simulación absoluta
- Simulación en el acto jurídico
- Simulación por interposición de persona
- Simulación relativa
- Sucesión intestada
- Sucesión testamentaria
- Sustitución de herederos
- Temor reverencial
- Testamento
- Testamento cerrado
- Testamento en escritura pública
- Testamento marítimo
- Testamento militar
- Testamento ológrafo

