



ACADEMIA DE  
LA MAGISTRATURA

**Material Auto Instructivo**

**CURSO “JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN  
MATERIA CIVIL Y PROCESAL CIVIL”**

**III NIVEL DE LA MAGISTRATURA**

**Elaborado por el  
Mag. Jorge Alberto Beltrán Pacheco**

**2016**

## Academia de la Magistratura

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado peruano, que tiene como finalidad la formación de aspirantes a la magistratura y el desarrollo de un sistema integral y continuo de capacitación, actualización, certificación y acreditación de los magistrados del Perú.

---

### CONSEJO DIRECTIVO DE LA ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA

Dr. Josue Pariona Pastrana  
**Presidente del Consejo Directivo**

Dr. Sergio Ivan Noguera Ramos  
**Vice- Presidente del Consejo Directivo**

---

Dr. Javier Arévalo Vela - Consejero

Dr. Ramiro Eduardo De Valdivia Cano- Consejero

Dr. Tomas Aladino Gálvez Villegas - Consejero

Dr. Pablo Gonzalo Chavarry Vallejos - Consejero

Dr. Richard Alexander Villavicencio Saldaña –Consejero

---

Dra. Cecilia Cedrón Delgado - Director General

Dr. Bruno Novoa Campos - Director Académico

---

Tratamiento Didáctico del material – Lic. Rocío Robles Valenzuela

**El presente material del Curso “Jurisprudencia Relevante en Materia Civil y Procesal Civil”, ha sido elaborado por el Mag. Jorge Alberto Beltrán Pacheco, para la Academia de la Magistratura, en julio de 2016.**

**PROHIBIDA SU REPRODUCCION TOTAL O PARCIAL SIN AUTORIZACION  
LIMA – PERÚ**

## SILABO

### CURSO “JURISPRUDENCIA RELEVANTE EN MATERIA CIVIL Y PROCESAL CIVIL”

#### I. DATOS GENERALES

Programa Académico	:	Programa de Formación de Aspirantes.
Horas Lectivas	:	74 horas
Número de Créditos Académicos	:	03
Especialista que elaboró el material	:	Mag. Jorge Alberto Beltrán Pacheco.

#### II. PRESENTACIÓN

El curso tiene como finalidad consolidar en los discentes el estudio crítico de dos tópicos referidos a la Jurisprudencia Relevante en Derecho Civil y Procesal Civil: la validez o ineficacia de los actos de disposición de los bienes sociales practicados por uno de los cónyuges de modo exclusivo (a propósito del Octavo Pleno Casatorio Civil) y la naturaleza de la “indemnización” prevista en el artículo 345-A del Código Civil (a propósito del Tercer Pleno Casatorio Civil). Para la consecución de tal fin, los discentes aprehenderán los aspectos esenciales de la responsabilidad civil (análisis) para determinar la naturaleza de la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil peruano y los contenidos principales de la teoría del negocio jurídico para determinar la validez o ineficacia de los actos de disposición de bienes gananciales por uno de los cónyuges.

#### III. COMPETENCIAS A ALCANZAR

El discente utiliza adecuadamente los principios y reglas del Derecho Civil que corresponden a la Validez del Negocio Jurídico para evaluar si es inválido o ineficaz el acto realizado por uno de los cónyuges de modo exclusivo respecto de los bienes gananciales y las referidas a la Responsabilidad Civil (teniendo en cuenta los elementos de estudio de

esta) para una adecuada construcción de decisiones jurisdiccionales en materia civil.

El Discente al concluir el Curso deberá ser capaz de construir una decisión jurisdiccional sólida, sustentada en los principios y reglas del Derecho Civil referidas a la validez de los negocios jurídicos y al alcance de los elementos de la Responsabilidad Civil

Así debe acreditar las siguientes capacidades:

- Maneja los presupuestos, elementos y requisitos del negocio jurídico cuando se evalúa si hay validez o ineficacia en los actos de disposición exclusiva por uno de los cónyuges de los bienes sociales.
- Evalúa si son aplicables los elementos de la Responsabilidad Civil para la determinación del contenido de la indemnización del artículo 345-A del Código Civil para lo que tiene en cuenta la naturaleza de esta.

#### IV. ESTRUCTURA DE CONTENIDOS

##### UNIDAD I: ESTUDIO DE LA VALIDEZ E INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO A PROPÓSITO DEL OCTAVO PLENO CASATORIO CIVIL.

CONCEPTUALES	PROCEDIMENTALES	ACTITUDINALES
<p><b>Tema 1. Algunos aspectos generales sobre el Negocio Jurídico.</b> Autonomía privada, estructura del Negocio Jurídico y Formalización.</p> <p><b>Tema 2. Estructura del Negocio Jurídico.</b> Presupuestos, elementos y requisitos.</p> <p><b>Tema 3. Ineficacia del Negocio Jurídico.</b> Ineficacia Estructural (nulidad y anulabilidad) e</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reconoce los aspectos generales del Negocio Jurídico.</li> <li>• Identifica la estructura y formalización del Negocio Jurídico.</li> <li>• Evalúa los requisitos del Negocio Jurídico.</li> <li>• Reconoce los alcances de la Invalidez del</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reconoce la importancia de un adecuado estudio de la validez de los actos de disposición exclusiva por uno de los cónyuges de los bienes</li> </ul>

<p>Ineficacia Funcional.</p> <p><b>Tema 4.</b> La ineficacia de los actos de disposición exclusiva (por uno de los cónyuges) de los bienes sociales. A propósito del octavo pleno casatorio civil</p>	<p>Negocio Jurídico.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Evalúa la ineficacia o invalidez de los actos de disposición exclusiva de los cónyuges respecto de los bienes sociales a propósito del octavo pleno casatorio civil.</li> </ul>	<p>sociales.</p>
<p><b>Lecturas obligatorias para la evaluación:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>GONZALES BARRON, GUNTHER.</b> “Venta por un solo cónyuge del bien social y otras hipótesis similares: propuestas de solución”.</li> </ul>		
<p><b>Lectura complementaria:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>TANTALEAN ODAR, Reynaldo.</b> “La legitimación negocial y la tolerancia de la nulidad comentarios a la Casación N°1382-2007-LIMA”</li> </ul>		
<p><b>Casos Prácticos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Octavo Pleno Casatorio Civil</li> <li>• Casación N°336-2006-Lima</li> <li>• Casación N°835-2014-Lima</li> </ul>		

**UNIDAD II: LA APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL A PROPÓSITO DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL.**

Conceptuales	Procedimentales	Actitudinales
<p><b>Tema 1. Estudio del Método del Análisis de la Responsabilidad Civil.</b> Estudio de los elementos: comportamiento dañoso, consecuencia dañosa, relación causal y criterio de imputación.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Evalúa los alcances de los elementos de la Responsabilidad Civil.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Valora la importancia de la adecuada aplicación de los elementos de la</li> </ul>

<p><b>Tema 2. Estudio de los elementos de la Responsabilidad Civil conforme lo previsto en el artículo 345-A del Código Civil a propósito del Tercer Pleno Casatorio Civil.</b> Análisis de los elementos de la Responsabilidad Civil</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Reconoce la aplicación de los elementos de la Responsabilidad Civil en la determinación del contenido de la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil a propósito del Tercer Pleno Casatorio Civil.</li> </ul>	<p>Responsabilidad Civil en el estudio de los daños ocasionados a uno de los cónyuges durante la separación de hecho.</p>
<p><b>Lectura obligatoria para la evaluación:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001) Elementos de la responsabilidad civil: comentarios a las normas dedicadas por el Código civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Grijley, 2001. Capítulo Cuarto "El Daño y la Responsabilidad Civil". (pág. 53-74)</li> </ul>		
<p><b>Lectura complementaria:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>LEON HILARIO, Leysser Luiggi (2004). La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Capítulo III. Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el Código Civil peruano. (pág.181-236)</li> </ul>		
<p><b>Casos Prácticos:</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>Caso 4: Tercer Pleno Casatorio Civil</li> <li>Caso 5: Casación N°5060-2011-Huaura</li> </ul>		

## V. MEDIOS Y MATERIALES.

- Autoinstructivo preparado por el docente.
- Diapositivas de las clases presenciales.

- Lecturas recomendadas.
- Jurisprudencia clasificada.

## **VI. METODOLOGÍA Y SECUENCIA DE ESTUDIO.**

La metodología del curso es activa y participativa, centrada en el participante, quien a través del análisis exhaustivo del material de estudio, el diálogo con sus compañeros, la interrelación con el tutor experto y el desarrollo de las actividades especialmente diseñadas logrará los objetivos previstos en el curso.

Se combina el aprendizaje a distancia con sesiones presenciales. Fase presencial: Interactiva; con las siguientes técnicas: exposición y preguntas, lluvia de ideas, análisis de casos, debates, argumentación oral. Fase no presencial: Lectura auto instructiva, elaboración de investigación en grupos, evaluaciones online, participación en foro de discusión.

## **VII. SISTEMA DE ACOMPAÑAMIENTO**

Para el desarrollo de este curso, el discente cuenta con el acompañamiento del profesor especialista quien será el responsable de asesorarlo y orientarlo en los temas de estudio, a la vez que dinamizarán la construcción del aprendizaje. Así también, contarán con un coordinador quien estará en permanente contacto para atender los intereses, inquietudes y problemas sobre los diversos temas, así como para la orientación de las habilidades de estudio en la modalidad virtual.

## **VIII. SISTEMA DE EVALUACIÓN**

Se ha diseñado un sistema de evaluación permanente, de manera que el alumno pueda ir reflexionando y cuestionando los diversos temas propuestos por el curso. El sistema de la evaluación será informado oportunamente por el coordinador del curso.

## **IX. BIBLIOGRAFÍA**

1. GONZALES BARRON, GUNTHER. “Venta por un solo cónyuge del bien social y otras hipótesis similares: propuestas de solución”.
2. LEON HILARIO, Leysser Luiggi (2004). La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Capítulo III. Funcionalidad del

"daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el Código Civil peruano. (pág.181-236)

3. TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001) Elementos de la responsabilidad civil: comentarios a las normas dedicadas por el Código civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Grijley, 2001. Capítulo Cuarto "El Daño y la Responsabilidad Civil". (pág. 53-74)
4. TANTALEAN ODAR, Reynaldo. "La legitimación negocial y la tolerancia de la nulidad comentarios a la Casación N°1382-2007-LIMA"

## PRESENTACIÓN

La Academia de la Magistratura es la institución oficial del Estado Peruano que tiene como finalidad desarrollar un sistema integral y continuo de formación, capacitación, actualización, y perfeccionamiento de los magistrados del Poder Judicial y Ministerio Público.

La Academia de la Magistratura, a través de la Dirección Académica ejecutará el Curso “Jurisprudencia Relevante en Materia Civil y Procesal Civil” en el marco de actividades del Programa de Formación de Aspirantes, que tiene por finalidad la formación de aspirantes a jueces y fiscales en todos sus niveles, para los efectos de su selección.

Para este fin, se ha previsto la elaboración del presente material, el mismo que ha sido elaborado por un especialista de la materia y sometido a un tratamiento didáctico desde un enfoque andragógico, a fin de facilitar el proceso de enseñanza y aprendizaje del discente de una manera sencilla y práctica.

El presente material se encuentra estructurado en dos unidades con los siguientes ejes temáticos: Estudio de la validez e ineficacia del negocio jurídico a propósito del Octavo Pleno Casatorio Civil, y La aplicación de los elementos de análisis de la Responsabilidad Civil en la determinación de la Indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil a propósito del Tercer Pleno Casatorio Civil.

Asimismo, el discente tendrá acceso a un Aula Virtual, siendo el medio más importante que utilizará a lo largo del desarrollo del curso, a través de ella podrá acceder al material autoinstructivo, lecturas y un dossier de casos que le permita aplicar los conocimientos adquiridos.

En ese sentido, se espera que concluido el presente curso el discente deberá ser capaz de construir una decisión jurisdiccional sólida, sustentada en los principios y reglas del Derecho Civil referidas a la validez de los negocios jurídicos y al alcance de los elementos de la Responsabilidad Civil.

Dirección Académica

## **INTRODUCCIÓN**

El presente Curso de Jurisprudencia Relevante en materia de Derecho Civil y Procesal Civil para el III Nivel, busca desarrollar dos tópicos que resultan especialmente trascendentes en el debate dogmático y que han sido tratados de modo diverso en los Tribunales de Justicia de la República.

Así tenemos el tema referido a la ineficacia estructural o funcional de los actos de disposición de los bienes sociales practicados por uno de los cónyuges. Respecto de este tema se han esbozado dos posiciones: (i) una primera que determina que el negocio jurídico es nulo por ausencia de manifestación de voluntad y (ii) una segunda que considera que el negocio jurídico es plenamente válido y que, en todo caso, es ineficaz para con el cónyuge no interviniente (inoponible).

Finalmente tenemos el debate en torno a la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil peruano. Sobre el particular se tienen dos puntos de vista: (i) la indemnización es un resarcimiento e incluye todo tipo de daño (dentro del que encontramos al daño al Proyecto de Vida) y una (ii) que considera que la indemnización y el resarcimiento son diferentes, siendo una obligación legal aquella prevista en el artículo 345-A del Código Civil, excluyéndose del daño aquel referido al “Proyecto de Vida”.

Sirva la oportunidad para estimular el intercambio de puntos de vista en el desarrollo de las clases y de este modo coadyuvar en una gestión judicial predecible.

EL AUTOR

## INDICE

Presentación.....	9
Introducción.....	10
<b>UNIDAD I: ESTUDIO DE LA VALIDEZ E INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO A PROPÓSITO DEL OCTAVO PLENO CASATORIO CIVIL.</b>	13
Presentación y Preguntas Guía.....	14
Tema 1. Algunos aspectos generales sobre el Negocio Jurídico. ....	15
Tema 2. Estructura del Negocio Jurídico .....	21
Tema 3. Ineficacia del Negocio Jurídico .....	55
Tema 4. La ineficacia de los actos de disposición exclusiva (por uno de los cónyuges) de los bienes sociales. A propósito del octavo pleno casatorio civil. ....	66
Resumen.....	69
Autoevaluación.....	70
Lecturas Propuestas.....	71
Casos Propuestas.....	72
<b>UNIDAD II: LA APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL A PROPÓSITO DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL.....</b>	81
Presentación y Preguntas Guía.....	82
Tema 1. Estudio del Método del Análisis de la Responsabilidad Civil.....	83
Tema 2. Estudio de los elementos de la Responsabilidad Civil conforme lo previsto en el artículo 345-A del Código Civil a propósito del Tercer Pleno Casatorio Civil.....	130
Resumen.....	140

Autoevaluación.....	141
Lecturas Propuestas.....	142
Casos Propuestos.....	143

## UNIDAD I



### ESTUDIO DE LA VALIDEZ E INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO A PROPÓSITO DEL OCTAVO PLENO CASATORIO CIVIL

## PRESENTACIÓN

La presente unidad desarrolla la estructura del Negocio Jurídico (presupuestos, elementos y requisitos) para luego estudiar lo concerniente a la ineficacia estructural (o invalidez) y la ineficacia funcional de los mismos. Así, y partiendo de esta base, se procederá al estudio del tema central: si la disposición de los bienes sociales por uno de los cónyuges de modo exclusivo determina un supuesto de invalidez (por nulidad) o es inoponible.

El tema es sumamente interesante porque en la judicatura nacional existen posiciones disímiles que, por un lado, sustentan que el contrato celebrado por uno de los cónyuges es nulo (ausencia de manifestación de voluntad o ilicitud) y, por otro lado, los que consideran que es válido pero inoponible.



### PREGUNTAS GUIA

1. ¿Existe alguna causa de invalidez cuando uno de los cónyuges dispone de un bien ganancial sin que intervenga el otro cónyuge? Indique las razones de su respuesta.
2. ¿Tal como lo dispone el artículo 161 del Código Civil peruano (sobre representación) puede afirmarse que el cónyuge quien actúa de modo exclusivo carece de representación y por ende el contrato es inoponible?
3. ¿Existe un acto de confirmación cuando el cónyuge no interviniente declara su voluntad aceptando lo realizado por su cónyuge?

## ESTUDIO DE LA INVALIDEZ E INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO A PROPÓSITO DEL OCTAVO PLENO CASATORIO CIVIL<sup>1</sup>

### Tema 1. Algunos aspectos generales sobre el Negocio Jurídico

#### 1.1. Introducción

El negocio jurídico ha sido objeto de diversos estudios que han permitido comprender la complejidad de su definición y el alcance de su contenido desde diversos puntos de vista. La dicotomía del lenguaje jurídico y la pluralidad del pensamiento en torno al Derecho nos permiten emitir un parecer más dentro de los diversos puntos de vistas propuestos por destacados estudios dentro de esta temática de la doctrina iusprivatística.

Bajo esta perspectiva, el presente trabajo tiene una finalidad, esencialmente, didáctica; es decir, las siguientes líneas se limitan a mostrar de una forma expositiva, coherente y ordenada, nuestra “forma de ver” el negocio jurídico en cuanto a su configuración estructural, sin que ello implique una adhesión plena a lo que la normatividad nacional concibe y regula como acto jurídico, sino todo lo contrario, ya que este trabajo trata de coadyuvar, mediante un enfoque crítico, a una constante reflexión dogmática de la estructura negocial, con las potenciales discrepancias y adhesiones que todo análisis admite y con la firme intención de enriquecernos con las críticas, de toda índole, que nuestro trabajo merecerá.

Para el cumplimiento de dicha finalidad es que el presente trabajo no solo tiene un enfoque teórico, sino que incluirá un análisis jurisprudencial, además de práctico, a través de la resolución de un caso concreto (que permita apreciar la aplicación de las nociones dogmáticas expuestas), así, por favor, le pedimos, amigo lector, se imagine la siguiente situación:

---

<sup>1</sup> Agradezco la importante y decidida colaboración del profesor Hector Campos García, brillante catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú quien fue mi asistente durante más de cinco años con talento y calidad.

“Julio es el propietario de dos computadoras IBM plenamente identificadas con sus respectivos números de serie. El día 13 de julio de 2009 Julio debe viajar a la ciudad de Lima, para adquirir más computadoras, y le encarga a Martín que cuide las computadoras puesto que tienen pensado instalar conjuntamente un negocio de cabinas de Internet, en la ciudad Trujillo (el acuerdo queda expresado en un documento escrito). Siendo el día 14 de Julio de 2009, Martín (quien consumía pasta básica de cocaína, sin ser conocida su adicción por Julio, ni familiar o amigo alguno) decide vender las computadoras a Carlos por el precio de US\$ 500.00 (quinientos y 00/100 dólares americanos) cada una (el acuerdo queda expresa en un contrato privado). Siendo el día 18 de julio de 2009 Julio retorna a la ciudad de Trujillo y se entera que Martín está internado de urgencia en el Hospital Regional por sobredosis de PBC. Consulta por sus computadoras y toma conocimiento que éstas las tenía Carlos. Al día siguiente, acude al domicilio de Carlos y le requiere la devolución de las máquinas, con facturas de compra en mano (como prueba de propiedad) a lo que Carlos se niega.”

A continuación, resolveremos este caso de forma progresiva, sobre la base de las construcciones respecto a la estructura del negocio jurídico que expondremos en las líneas siguientes, iniciando; en primer lugar, con la exposición de nuestra noción de negocio jurídico, para luego abordar al detalle los presupuestos y elementos, con sus respectivos requisitos, dentro de la estructura del negocio jurídico.

## 1.2. Noción de Negocio Jurídico<sup>2</sup>

La noción de negocio jurídico ha merecido diversos tratamientos en la Doctrina. Así, se ha definido desde diversos puntos de vista, siendo los más difundidos los postulados por la teoría preceptiva, la teoría normativa y la teoría voluntarista.

---

<sup>2</sup> Desde nuestro punto de vista, a pesar que en el Libro II del Código Civil peruano se utiliza la nomenclatura de acto jurídico, nada obsta para que desde un punto de vista conceptual – práctico y atendiendo a la regulación en específico contenida en este libro se pueda hacer referencia a lo largo del presente ensayo al negocio jurídico. En el mismo sentido, Taboada nos enseñaba que “(...) el concepto de negocio jurídico es aplicable al Código Civil peruano en la medida que el acto jurídico regulado en dicho cuerpo legal es equivalente al negocio jurídico de la doctrina alemana”. (TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. Acto jurídico, negocio jurídico y contrato. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2002. p. 35).

De este modo, la “**teoría preceptiva**” concibe al negocio jurídico como “**un dato de relevancia económica y social**”, es decir, el negocio jurídico implica una herramienta para el intercambio económico desplegado por un grupo social en la búsqueda de la satisfacción de sus intereses. Así, es la sociedad quien determina cuando el intercambio resulta relevante y adquiere la categoría de “negocio jurídico”.

Por otro lado, “**la teoría normativa**” considera que el negocio jurídico, en tanto expresión de la autonomía privada, constituye una “**norma jurídica privada**” que merece ser cumplida. De esta tesis se deriva la noción “el negocio es ley para las partes”. Así, el contenido y alcance del negocio jurídico es determinado por el ejercicio de las libertades que contiene la autonomía privada: la libertad de vinculación y la libertad de configuración normativa.

Finalmente, en este apretado resumen de ideas, tenemos a la “**teoría voluntarista del negocio jurídico**” que lo concibe como **una manifestación de voluntad destinada a producir consecuencias jurídicas**. Casualmente es esta concepción la que primo en la definición del negocio jurídico peruano asimilándose el concepto al de “acto jurídico” como consecuencia de una “anécdota idiomática” por la que se nombró al negocio jurídico como “acté iuridique” (acto jurídico en español).

Pero, antes de analizar la estructura del negocio jurídico (respecto a sus presupuestos y elementos) resulta necesario dedicar algunas líneas a nuestra concepción del negocio jurídico.

En otra oportunidad<sup>3</sup> hemos indicado que la definición de negocio jurídico, si bien no debe entenderse desligada de la categoría del hecho jurídico<sup>4</sup>, tiene que construirse necesariamente sobre la base de dos premisas conceptuales esenciales: la cooperación humana y la autonomía privada.

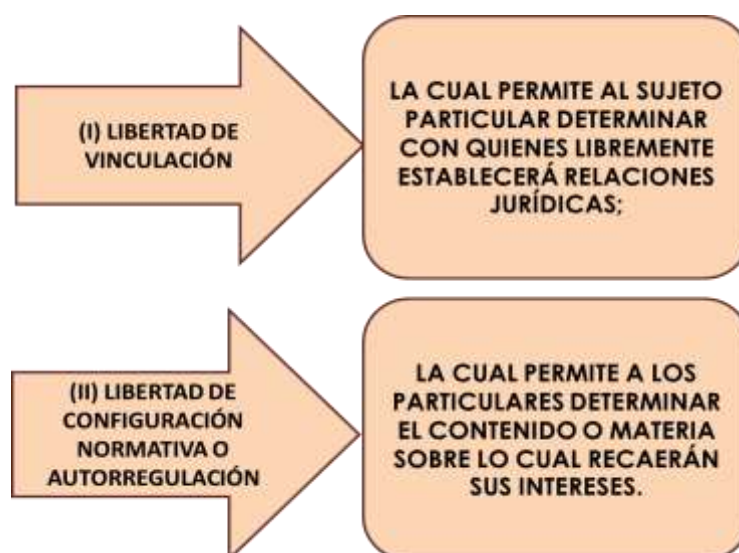
---

<sup>3</sup> BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Yo te vendo, yo tampoco: mentiras y verdades de la invalidez y la venta de bien ajeno”. En: *La ineficacia del acto jurídico*. Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento mensual de Diálogo con la jurisprudencia. Año 1. No 6. Diciembre. 2001. p. 3

<sup>4</sup> El negocio jurídico fue explicado por mucho tiempo, desde la perspectiva del agente emisor de voluntad y sobre la base de la concepción de la autonomía de la voluntad, como un hecho jurídico humano voluntario y lícito, diferenciándose así, tanto del hecho jurídico natural (caso fortuito), como del hecho jurídico humano involuntario (fuerza mayor).

Así, la **cooperación humana**<sup>5</sup>, desde una perspectiva funcional, es de vital importancia ya que ayuda al operador jurídico a reconocer que el negocio jurídico no es un fin en sí mismo, sino que es una herramienta para que los particulares que interactúan entre sí, puedan satisfacer sus diversas necesidades a través de mecanismos heterosatisfactivos (interacción con terceras personas) estableciendo relaciones, que como veremos líneas más adelante, se desarrollaran a través de actos declarativos.

El otro gran pilar sobre el cual se construye la teoría del negocio jurídico es la noción de **autonomía privada**<sup>6</sup>, la cual puede ser definida como la atribución que el ordenamiento jurídico confiere a un sujeto determinado para que este pueda celebrar un acto (negocio) jurídico válido, y para ello se le confiere dos libertades:



En este sentido, el negocio jurídico, como expresión de autonomía privada, es

<sup>5</sup> Para un mayor desarrollo de las implicancias de la concepción de cooperación humana, revítese: CAMPOS BUSTAMANTE, Héctor y Héctor CAMPOS GARCÍA. “Cooperativismo: el ave fénix jurídico. ¿Podrá resurgir de las cenizas? Breves notas respecto a su historia”. En: *Derecho & Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año XIX. No 30. 2008. pp.220-222.

<sup>6</sup> De la cual se ha señalado que es una “situación jurídica subjetiva institucional constitucionalmente protegida” (BENEDETTI, Giuseppe. “Tutela del consumidor y autonomía contractual”. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LII. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, S.A., 1998. pp. 17-32. Traducción de Nélvor Carreteros Torres y Rómulo Morales Hervías) afirmación que puede ser confirmada en el Perú ya que la autonomía privada tiene reconocimiento en el Texto Constitucional peruano tanto en el inciso 14 del artículo 2, como en el artículo 62. En ese sentido, a nivel legal, nuestro Código Civil en su artículo 1354, reconoce de manera indirecta la noción de la autonomía privada.

en última instancia, un acto de reglamentación o determinación de intereses privados<sup>7</sup>, noción que puede ser precisada al concebir al negocio jurídico como la manifestación de voluntad emitida por un sujeto o construida por dos o más sujetos que crea normas jurídicas privadas para la satisfacción de sus respectivos intereses<sup>8</sup>.

Una vez propuesta nuestra definición de negocio jurídico, es importante destacar cuál es la diferencia entre el negocio jurídico, el acto jurídico en sentido estricto y el hecho jurídico (en sentido estricto). Así, consideramos que la diferencia entre estos conceptos recae en la valoración que el ordenamiento jurídico hace de la intervención humana y de su libertad.

Por ello, **el hecho jurídico (en sentido estricto)** es un acontecimiento que produce consecuencias jurídicas, por lo que debe estar descrito<sup>9</sup> en un supuesto de hecho (fattispecie o tatbestand) al que se le vincula un efecto o consecuencia jurídica. En este caso, el actuar humano puede ser contenido de un hecho jurídico aunque resultará irrelevante para el ordenamiento jurídico la participación del sujeto, tanto en la construcción de la relación jurídica como en la determinación de sus reglas. Tenemos por ejemplo a la prescripción adquisitiva en cuyo caso se valora la presencia del sujeto por un periodo de tiempo, en condiciones pacíficas y actuando como propietario, para ser considerado el adquirente del bien.

Mientras tanto, **el acto jurídico en sentido estricto** refiere al actuar humano con relevancia jurídica aunque sólo a nivel de determinación de la relación jurídica creada (libertad de vinculación) mas no en la definición de los efectos jurídicos. Así, es el propio ordenamiento jurídico quien determina las consecuencias

---

<sup>7</sup> Noción que en términos preceptivos ha sido concebida de la siguiente manera: “El negocio jurídico es el acto con el cual el individuo regula por sí los intereses propios en las relaciones con otros (acto de autonomía privada), y al que el Derecho enlaza los efectos más conformes a la función económico-social que caracteriza su tipo (típica en este sentido)” (BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Traducción y concordancias con el Derecho Español por A. Martín Pérez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. pp. 39-68.)

<sup>8</sup> En similar sentido se ha afirmado que “El negocio jurídico es un acto vinculante de privada reglamentación de intereses que asume positiva relevancia para el ordenamiento estatal cuando los valores, del cual es portador, sean compatibles con los valores que el ordenamiento expresa (juicio de compatibilidad entre el negocio-valor y el valor-norma del ordenamiento estatal)” (FERRI, Giovanni Battista. El negocio jurídico. Traducción y notas de Leysser León. Lima: Ara Editores, 2002. pp. 125-158).

<sup>9</sup> Aunque no se puede afirmar que el ordenamiento jurídico tiene la suficiencia para regular todo suceso o acontecimiento que se aprecia en la realidad. Así, en algunos casos, se determina el contenido del supuesto de hecho como resultado de una labor cognitiva interpretativa que busca eliminar las imprecisiones de la expresión normativa; por otro lado y ante la ausencia del supuesto cabe una integración a fin de proponer la existencia de una norma jurídica basada en la analogía.

jurídicas de la actuación humana. Por ejemplo, es considerado como acto jurídico en sentido estricto el matrimonio (como unión libremente concertada entre varón y mujer sin impedimento matrimonial) puesto que las consecuencias jurídicas de éste son predeterminados por el Código Civil peruano.

Finalmente y tal como lo hemos definido, **el negocio jurídico** es concebido como una expresión de autonomía privada en tanto el ordenamiento jurídico valora tanto la libertad de vinculación (para crear una relación) como la libertad de creación normativa (configuración interna). Por ejemplo, tenemos al contrato.

**Veamos nuestro caso:** *“es fácil identificar, en principio, dos negocios jurídicos: (i) el celebrado entre Julio y Martín; y, (ii) el celebrado entre Martín y Carlos.*

*En el primero, podríamos afirmar que se ha concluido un contrato de depósito voluntario<sup>10</sup>, a través del cual Martín se obliga a recibir un bien (las computadoras) para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite Julio (Art. 1814), el cual se presume a título gratuito, ya que hecho contrario no se desprende del caso (Art. 1818).*

*En el segundo, nos encontramos, claramente, frente a un contrato de compraventa<sup>11</sup>, a través del cual Martín se obliga a transferirle la propiedad de las computadoras a Carlos y este se obliga a pagar un precio en dinero (Art. 1529). Repárese en que al estar frente a bienes muebles, la transferencia de propiedad se produce con la entrega física (traditio) de los bienes del vendedor al comprador.”*

Ahora es momento de desarrollar, desde una perspectiva panorámica, los principales aspectos que conforman la estructura del negocio jurídico.

---

<sup>10</sup> Este contrato es uno de carácter típico legal, en la medida que encuentra una expresa regulación en nuestro Código Civil entre los artículos 1814 y 1853. Se diferencia del depósito necesario (regulado entre los artículos 1854 y 1856) en que este se produce en cumplimiento de una obligación legal o bajo el apremio de un hecho o situación apremiante.

<sup>11</sup> Este contrato, al igual que el anterior, es uno de carácter típico legal y se encuentra regulado entre los artículos 1529 y 1602 del Código Civil.

## TEMA 2: ESTRUCTURA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Dentro de las diversas clasificaciones que se han planteado respecto a la estructura del negocio jurídico, nosotros somos partícipes de aquella que señala que la estructura del negocio jurídico está compuesta por presupuestos, elementos y requisitos, toda vez que estamos convencidos que explica de una manera integral y didáctica el desenvolvimiento estructural del fenómeno negocial.

### A. PRESUPUESTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

Los presupuestos si bien no componen el interior del negocio jurídico son necesarios para su estructuración, siendo, de esta manera, antecedentes (previos) e indispensables de la construcción del supuesto normativo del negocio jurídico. Los presupuestos (puntos de referencia) del negocio jurídico son dos: los sujetos y los objetos.



## A.1. Sujetos

Nuestro Código Civil (en adelante C.C.) indica, respecto a este punto, que para la validez del acto jurídico se requiere de la presencia de un “agente capaz”<sup>12</sup>, sin realizar mayor descripción, ni precisión sobre el mismo.

Desde un estricto punto de vista literal, el término “agente” no resulta apropiado para explicar el presupuesto bajo análisis, esto debido a la poca precisión del mismo; de este modo, “agente” puede referir tanto al “que obra o tiene virtud de obrar”, como a la “persona o cosa que produce un efecto”, e inclusive la “persona que obra con poder de otra”.

Si bien podría rescatarse que al emplear el vocablo “agente”, se hace alusión a un concepto amplio que permite al intérprete fijar su contenido específico en cada caso concreto, no es menos cierto que la ambigüedad del término no explica de la manera correcta, todos los matices o particularidades que se pueden presentar en la actuación jurisprudencial o casuística, como lo demostraremos.

Desde nuestro punto de vista, el primer paso para comprender este presupuesto, es realizar una constatación fáctica del fenómeno de las relaciones negociales: sólo y únicamente podremos apreciar vinculaciones negociales, en un sentido amplio, cuando estemos frente a uno (negocios jurídicos unilaterales) o más (negocios jurídicos plurilaterales) sujetos titulares de situaciones jurídicas, los cuales, en última instancia no son otra cosa que **centros de imputación de situaciones y relaciones jurídicas por parte del ordenamiento jurídico**.

Cuando los sujetos deciden interrelacionarse (establecer una promesa unilateral o concluir un contrato de compraventa, por ejemplo) se convierten en parte o partes<sup>13</sup> del negocio jurídico celebrado, es por ello que en la

<sup>12</sup> Código Civil Peruano. Artículo 140.-. “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. **Agente capaz.** (...)” (las negritas son nuestras)

<sup>13</sup> En este punto es necesaria realizar una precisión de índole terminológica, ya que se ha indicado, en otra sede, que la utilización de algunos términos (entre ellos el de “parte”) son un indicativo de la preponderancia que, dentro del espectro negocial, tiene la figura jurídica del contrato, lo cual es ajeno a los negocios jurídicos unilaterales. Por nuestra parte, somos de la opinión que si se toma como punto de partida el entender el término “**parte**” como un **centro de imputación de intereses**, (BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Humberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI,

práctica profesional, se habla de “parte promitente”, en el primer ejemplo; y “parte vendedora” y “parte compradora”, en el segundo ejemplo.

En ese sentido, no podemos confundir los conceptos de “sujetos” y de “parte”, toda vez que una parte puede estar conformada por varios sujetos<sup>14</sup> e inclusive, un sujeto puede conformar, al mismo tiempo, más de una “parte” en un negocio jurídico<sup>15</sup>.

Además, debemos señalar que puede suceder que el negocio sea realizado, o celebrado, por (y así ser imputado a) una “parte” distinta de aquella en cuya esfera jurídica se producen los efectos negociales<sup>16</sup>, así en el primer supuesto estaremos ante una “parte formal” o “parte en el acto”; mientras que en segundo caso estaremos ante una “parte sustancial” o “parte en la relación”.

Sin embargo, la “parte” o “partes” dentro un negocio debe reunir una serie de cualidades o requisitos que le permitan configurarse plenamente como tal. Los requisitos que debe tener todo sujeto, que conforme una “parte” dentro de un negocio jurídico, son los siguientes: capacidad, determinabilidad y legitimación<sup>17</sup>.

Ugo. “Presupuestos y elementos del negocio y del contrato”. En: *Derecho Civil*. Tomo I. Volumen 2. Hechos y actos jurídicos. Reimpresión de la primera edición. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. p. 694) no existiría mayor problema (tanto a nivel funcional como estructural) de utilizar esta nomenclatura en los negocios jurídicos unilaterales. Así se ha indicado que “El negocio jurídico se dice unilateral cuando está constituido por una declaración de voluntad o del comportamiento negocial de **una sola parte**” (Traducción libre, las negritas son nuestras). Ver: TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di diritto privato*. Dodicesima edizione. Milano: Giuffrè Editore, 1998. p. 176.

<sup>14</sup> Por ejemplo, piénsese en el siguiente supuesto: “A y B han perdido a su manso perrito *Asesino* y deciden lanzar una pública promesa de recompensa, a quien entregue vivo a *Asesino*”. Como se podrá apreciar, en esta promesa unilateral la única parte (promitente) está conformada por dos sujetos plenamente determinados: A y B.

<sup>15</sup> Esta hipótesis recibe el nombre en doctrina de autocontrato o contrato consigo mismo y ello es plenamente posible, imagínese el siguiente ejemplo: “A es representante de B para que venda determinadas parcelas de terreno y celebra el contrato de compraventa definitivo con A como comprador”. Aquí se puede apreciar, como la parte vendedora esta conformada por el sujeto A (a nivel formal, claro está) y la parte compradora también esta compuesta por el sujeto A. Lo mismo ocurriría si el comprador fuese C quien para el caso concreto se hace representar por A.

<sup>16</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit. pp. 698 y ss.

<sup>17</sup> Respecto a la legitimación, de la cual no realizaremos un detallado desarrollo en las páginas siguientes, no por su poca importancia, sino por lo extenso de su problemática, daremos algunos alcances: debemos precisar que este constituye un requisito de eficacia y no de validez del negocio jurídico; es decir, ante su no constatación estaremos ante un supuesto de ineficacia funcional y no de invalidez. En estricto, la legitimación es la aptitud o competencia que tiene un determinado sujeto para transferir sus situaciones jurídicas, así se indica que es la “competencia para obtener o para sentir los efectos jurídico de la regulación de intereses que se ha tenido presente, competencia que resulta de una específica posición del sujeto con respecto a los intereses que se trata de regular” (BETTI, Emilio. Citado por MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*. Traducción de R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo y M. Voltera. Lima: Ara Editores, 2007. pp. 126-127)

A continuación, analizaremos, brevemente, cada uno de estos requisitos del presupuesto “parte”, desde un punto de vista doctrinario, pero sin dejar de tomar en cuenta el dato legislativo nacional.

En primer lugar, respecto a la **capacidad**<sup>18</sup>, como requisito de validez, es imprescindible responder a las siguientes interrogantes: ¿a qué capacidad se refiere este requisito? ¿Será a la de goce o a la de ejercicio? O, acaso, ¿otro tipo de capacidad?

Somos conscientes de que la institución de la capacidad es uno de los puntos de conexión entre el derecho patrimonial y no patrimonial, creemos que la capacidad puede ser cabalmente entendida y aplicada a partir de la distinción entre capacidad jurídica, capacidad de actuar y capacidad natural, necesitándose las tres<sup>19</sup> para configurar este requisito a plenitud.

Por un lado, se ha afirmado que la capacidad jurídica<sup>20</sup> es la capacidad de una persona de ser sujeto de derechos y obligaciones. Sin embargo, somos de la opinión que la capacidad jurídica (denominada como **capacidad de goce**<sup>21</sup> en el C.C.) no solo se limita a la titularidad de derechos u obligaciones, ya que la gama de situaciones jurídicas es mucho mayor (poderes, potestades, facultades, expectativas, sujeciones, cargas, etc.), en tal sentido creemos que la capacidad de goce refiere a la aptitud de ser titular de situaciones jurídicas subjetivas, la cual es inmanente al ser humano desde que se verifica su propia existencia.

---

<sup>18</sup>Para un mayor detalle sobre la capacidad como presupuesto del negocio jurídico es importante destacar lo señalado por: PRIORI POSADA, Giovanni. “La capacidad negocial en el negocio jurídico”. En: “Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova”

<sup>19</sup> En principio, para efectos obligatorios, basta la capacidad jurídica o de goce, pues el efecto jurídico siempre se producirá en aquel que tiene dicha capacidad, ya que la falta de capacidad de actuar o de ejercicio se suplirá con la representación legal.

<sup>20</sup> TRIMARCHI, Pietro. Op. cit. p. 65. En el mismo sentido se ha afirmado que “La capacidad jurídica o capacidad de derecho es la aptitud de ser titular de derechos y deberes: es la misma personalidad en su actuación receptiva: *ius capiendi*” (Traducción libre tomada de TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias de Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. p. 85).

<sup>21</sup> Código Civil Peruano. Artículo 3.- “ Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones establecidas por ley”.

Por otro lado, la capacidad de actuar o de obrar<sup>22</sup> es entendida como la aptitud reconocida a un sujeto determinado para realizar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica. En la legislación nacional, no estamos sino frente a la conocida **capacidad de ejercicio**<sup>23</sup>; es decir, es la aptitud para ejercitar por uno mismo determinadas situaciones jurídicas, en otros términos, refiere a la aptitud de producir efectos jurídicos mediante la celebración de negocios jurídicos; esta capacidad está condicionada a una serie de causas que podrían modificarla (el transcurso del tiempo -la edad-, por ejemplo).

Dentro de la capacidad de ejercicio es que aparecen las patologías referidas a la incapacidad absoluta e incapacidad relativa, normada por los artículos 43<sup>24</sup> y 44<sup>25</sup> de nuestro C.C. que a la postre podrían determinar la ineficacia funcional (nulidad en el primer supuesto y anulabilidad en el segundo) del negocio jurídico celebrado.

Respecto a la **capacidad natural**<sup>26</sup>, denominada también como capacidad de discernimiento, es preciso indicar que es la aptitud cognitiva y volitiva que tiene un determinado sujeto de los actos o negocios que está realizando, esto es, la “parte” goza de capacidad natural cuando tiene la idoneidad de

---

<sup>22</sup> TRABUCCHI, Alberto. Op. cit. pp. 85-86. Del mismo modo debe tenerse en consideración que “La capacidad de obrar es la capacidad de disponer de los propios derechos y de asumir deberes mediante manifestaciones de voluntad” (TRIMARCHI. Op. cit. p. 69)

<sup>23</sup> Código Civil peruano. Artículo 42.- “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44”.

<sup>24</sup> Código Civil peruano. Artículo 43.-: “Son absolutamente incapaces:

1. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.”

<sup>25</sup> Código Civil peruano. Artículo 44.- “Son relativamente incapaces:

1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
2. Los retardados mentales.
3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
4. Los pródigos.
5. Los que incurrn en mala gestión.
6. Los ebrios habituales.
7. Los toxicómanos.
8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”.

<sup>26</sup> TRIMARCHI. Op. cit. pp. 70-71. También, FERRI, Luigi. “Los sujetos del contrato”. En: *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Lima: Grijley, 2004. p. 200

conocer y querer la actividad que vaya a desarrollar, al tener esta efectos jurídicos que, directa o indirectamente, afecten su esfera jurídica.

En función a lo señalado, debe indicarse que esta capacidad no encuentra un reconocimiento autónomo<sup>27</sup> como requisito de los sujetos, menos aún sistemático en nuestra normativa nacional<sup>28</sup>, a diferencia de los otros dos supuestos; sin embargo, lo mencionamos en la medida que representa un importante criterio doctrinario a tener en cuenta al momento de determinar los casos en los cuales se presenten vicios en la voluntad del sujeto participante del negocio.

En segundo lugar, es requisito del presupuesto bajo estudio, la **determinabilidad**; es decir, la “parte” de un negocio debe estar plenamente determinado o, por lo menos, ser susceptible de serlo en función a parámetros recogidos por el mismo negocio.

Aquí es importante diferenciar claramente entre las categorías de “sujetos determinados” y “sujetos determinables”; en el primer supuesto, la “parte” debe estar plenamente identificada en sus cualidades y características propias (nombre y Documento Nacional de Identidad, en el caso de una persona natural o razón –denominación social- y Registro único de Contribuyente en el caso de una persona jurídica, por ejemplo); en el segundo supuesto, en algún momento la identificación de la “parte” fue indeterminado, pero luego, a través de mecanismos indicados en el reglamento negocial o en la ley, se determina plenamente.

Este requisito tampoco está recogido de manera expresa en el C.C., pero lo mencionamos, ya que se desprende a través de la interpretación de alguna de sus normas<sup>29</sup>, sobre todo por la incidencia que tiene su no verificación en

<sup>27</sup> Así la lectura del inciso 2 del artículo 43 nos lleva a concluir que la falta de discernimiento es un supuesto de incapacidad absoluta y por ende la capacidad natural estaría subsumida en la capacidad de ejercicio, pero otras normas, como el artículo 1358 del C.C., negarían esta tesis.

<sup>28</sup> Código Civil peruano. Artículo 748.- “No pueden ser desheredados los incapaces menores de edad, ni los mayores que por cualquier causa se encuentren **privados de discernimiento**. Estas personas tampoco pueden ser excluidas de la herencia por indignidad”

Código Civil peruano. Artículo 1358.- “Los incapaces **no privados de discernimiento** pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”

<sup>29</sup> Código Civil peruano. Artículo 202.- “El error es esencial: (...)”

2. Cuando recae sobre las **cualidades personales de la otra parte**, siempre que aquellas hayan sido determinantes de la voluntad. (...)” (las negritas son nuestras).

plano funcional del negocio jurídico (ante la indeterminabilidad del sujeto se gatillaría un supuesto de anulabilidad<sup>30</sup>).

En conclusión, si los sujetos que conforman la “parte” del negocio gozan de la capacidad de goce, natural (capacidad para diferenciar entre un resultado positivo y otro negativo) y de ejercicio respectivas, además están correctamente determinados o es posible de serlo y cuentan con la legitimación respectiva (a nivel funcional antes que estructural), habremos constituido correctamente este presupuesto, a menos, claro está, que la ley determine requisitos especiales para su configuración<sup>31</sup>.

**Veamos nuestro caso:** *“En el primer negocio (contrato de depósito), la parte depositante es Julio y la parte depositaria es Martín. En el segundo negocio (contrato de compraventa), la parte vendedora es Martín y la parte compradora es Carlos. Como se aprecia de los hechos expuestos, en ambos negocios participa Martín, sobre el cual, como se podrá intuir, realizaremos el análisis de los requisitos en particular.*

*En el contrato de depósito, la primera pregunta a responder es: ¿Martín es capaz?, la respuesta es afirmativa, nos explicamos: respecto a la capacidad natural (ya que su capacidad de discernimiento no se vio afectada al momento de contratar con Julio) y a la de goce (de los cuales todos somos titulares) no habría mayor duda, el tema relevante es el referido a la posible incapacidad de ejercicio de Martín basada en su toxicomanía. Aquí debe precisarse un punto que para nuestro caso es capital, y es que a pesar de que en los hechos se demuestre la toxicomanía de Martín ello no importa la configuración de un supuesto de incapacidad relativa, debido a que no existe sentencia judicial que lo declare, y en tal medida no puede ser opuesta a terceros. En consecuencia, es válido concluir que*

---

<sup>30</sup> Código Civil peruano. Artículo 221.- “El acto jurídico es anulable: (...)

2. Por vicio resultante de **error**, dolo, violencia o intimidación. (...)” (las negritas son nuestras).

<sup>31</sup> Un claro ejemplo de un **requisito especial** del presupuesto ‘parte’ lo encontramos en el contrato de Leasing o Arrendamiento Financiero, regulado por el Decreto Legislativo 299, en el cual la parte arrendadora debe estar compuesta por un sujeto que se encuentre registrado en el Sistema Financiero.

*Martín es capaz. Sobre la base de lo anterior se entenderá porque no resulta de aplicación, para el caso concreto, el artículo 1815 del C.C. Las preguntas respecto a la determinabilidad y a la legitimación, o no, de la parte, también se responden afirmativamente, ello se desprende de los hechos del caso.*

*En el contrato de compraventa, siempre analizando a Martín, la pregunta respecto a su capacidad y determinabilidad, se responde manera similar al primer negocio. En cuanto a lo que legitimación respecta, en la medida que Martín está disponiendo de bienes que no son de su titularidad, no goza de la aptitud para transferirlos, con lo cual no se verifica el requisito de legitimación.”*

## A.2. Objeto

Este presupuesto del negocio jurídico es recogido por nuestro C.C.<sup>32</sup> y es, ciertamente, uno sobre los cuales más ha debatido la doctrina nacional<sup>33</sup> y comparada<sup>34</sup>. Sin embargo, somos de la opinión que si bien este *item* reviste una importancia gravitante en la institución negocial, la complejidad del tema se reduce si se parte por realizar una diferenciación entre lo que la doctrina entiende por objeto del negocio jurídico y lo que la normatividad nacional concibe como tal. Comenzaremos por explicar esta última postura.

Nuestro C.C. no define en una norma específica lo que entiende como el objeto del negocio jurídico, ante ello, la mayoritaria doctrina nacional tradicional<sup>35</sup> ha señalado, por un lado, que el objeto del negocio jurídico

<sup>32</sup> Código Civil Peruano. Artículo 140.- “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: (...)

3. **Objeto física y jurídicamente posible (...)** (las negritas son nuestras)

<sup>33</sup> Es importante destacar los trabajos de TABOADA CÓRDOVA. Op. cit. p. 226. y PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. La nulidad del negocio jurídico. Principios y su aplicación práctica. Lima: Jurista Editores, 2002. p. 135

<sup>34</sup> Por mencionar algunos, tenemos a: UGAS, ANNA PAOLA. Il negozio giuridico come fonte di qualificazioni e disciplina di fatti. Pubblicazioni Della Facoltà di Giurisprudenza. Università de Cagliari. Serie I. Volume 60. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002. pp. 37-46. ALPA, Guido. “El objeto del negocio jurídico. Estudio de Derecho italiano”. En: *Revista Jurídica del Perú*. Traducción de Leysser León. Año LI. No 24. Lima. 2001. pp. 69-85. FERRI, Luigi. Op. cit. pp. 213-226. FERRI, Giovanni Battista. “Los requisitos del contrato en el art. 1325 del Código Civil”. En: *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser León. Lima: Ara Editores, 2002. pp. 268-318.

<sup>35</sup> VIDAL RAMIREZ, Fernando. El Acto Jurídico. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica, 1999. p. 121, TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. Acto Jurídico. Lima: San Marcos, 1998. p. 136

estaría conformado por las relaciones jurídicas que este produce; y por otro lado se afirma<sup>36</sup>, que la posición que asume el C.C. es dual al ser tanto la relación jurídica como el bien materia de la relación jurídica objetos del negocio jurídico.

El razonamiento que se sigue para realizar la anterior afirmación está basada en una interpretación, y razonamiento, extensivo de las normas que regulan la materia contractual<sup>37</sup> en el Perú, de esta manera, si la obligación, que es la principal (mas no la única) manifestación de relación jurídica, es el objeto del contrato, que es la principal (mas no la única) manifestación del negocio jurídico, entonces la relación jurídica es el objeto del negocio jurídico.

Sobre la base de esta concepción es que se han explicado que son tres los requisitos de validez del objeto: la determinabilidad<sup>38</sup>, la licitud<sup>39</sup> y la posibilidad<sup>40</sup>.

Este es el panorama que presenta la problemática del objeto a la luz de los dispositivos legales contemplados en el C.C., es decir, lo que hemos realizado hasta aquí es una explicación de “*lo que es*” (*lege data*), y no de “*lo que debería -o podría- ser*” (*lege ferenda*) el objeto del negocio jurídico para el C.C. Con ello, advertimos que discrepamos abiertamente de la forma como ha sido regulado esta institución de la teoría negocial, pero; sin embargo,

<sup>36</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto jurídico negocial. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial. Lima: Gaceta Jurídica, 2008. p. 81. Aunque el autor, en estricto, tiene una “supra” concepción de objeto del negocio jurídico, al señalar que comprende las posiciones que ocupa el sujeto de derecho frente al ordenamiento jurídico, la vinculación entre dos o más situaciones jurídicas y la realidad del mundo exterior, material o inmaterial, sobre la cual recae el poder de los sujetos de derecho, materia de la relación jurídica.

<sup>37</sup> Código Civil peruano. Artículo 1402 .-“El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones”  
Código Civil peruano Artículo 1403.- “La obligación que es objeto del contrato debe ser lícita. La prestación en que consiste la obligación y el bien que es objeto de ella deben ser posibles”

<sup>38</sup> Esto se concluye realizando una interpretación a contrario de lo dispuesto en el inciso 3 del artículo 219 del C.C. ya que al estar frente a un objeto indeterminable el negocio jurídico sería nulo, luego la determinabilidad es requisito de validez y consistiría en la necesidad de individualizar a plenitud las características, principales y accesorias del objeto.

<sup>39</sup> Lo cual se extrae de la lectura concordada de los artículos 1403 y 1404, los cuales refieren a la licitud de la obligación (que tendría directa influencia en la prestación), lo cual se extendería a considerar a la licitud (no contravención a normas que interesen al orden público o a las buenas costumbres) como un requisito de la relación jurídica objeto del negocio jurídico.

<sup>40</sup> La cual puede expresarse de dos maneras: (i) posibilidad física, referida a la existencia material del comportamiento y (ii) posibilidad jurídica, referida a la protección legal del resultado obtenido, bajo los parámetros impuestos por normas imperativas, buenas costumbres y orden público. Hecho que impide distinguir con claridad entre imposibilidad jurídica e ilicitud.

creemos necesario diferenciar ambos planos, para evitar las confusiones y complejidades de las que advertíamos al iniciar este parágrafo.

Toca ahora enunciar, dentro del universo de posturas asumidas en la doctrina<sup>41</sup>, cuál es nuestra forma de concebir este presupuesto, lo cual, recalcamos, no se corresponde expresamente con lo dispuesto por las normas del C.C., pero que podrían corresponderse si se realiza una lectura creativa de sus dispositivos, como lo mostraremos a continuación.

El objeto del negocio jurídico, desde nuestro punto de vista debe ser entendido como el bien jurídico en sentido amplio; es decir, como todo aquel medio idóneo que permita a las partes satisfacer sus necesidades a través de negocios jurídicos; en otros términos, el objeto del negocio jurídico comprenderá todos aquellos otros valores acostumbradamente, pero no exclusivamente, económicos (bienes, servicios y abstenciones) que pueden constituir el punto de referencia objetivo de un interés<sup>42</sup>.

Con ello, negamos expresamente que el objeto del negocio jurídico sea la relación jurídica, ya que somos de la opinión que la relación jurídica es un efecto (*ex post*) del negocio y, en consecuencia, no puede formar parte de su estructura (*ex ante*), lo contrario sería caer en una abierta contradicción en términos (en la cual, lamentablemente, parece haber caído el legislador y algún sector de la doctrina antes anotado). Así la constatación de la relación jurídica aparece a nivel funcional y no a nivel estructural de la fenomenología negocial.

Al cambiar nuestra concepción de objeto, tendrá que variar necesariamente, si queremos ser coherentes, las cualidades de validez, y su

---

<sup>41</sup> Así ante la pregunta ¿qué es el objeto del negocio jurídico? Se han esbozado una serie (y de las más variadas) respuestas; a saber, entre las más representativas tenemos: (i) la cosa o entidades materiales, que ciertamente excluía a las entidades inmateriales; (ii) los derechos o entidades inmateriales, que negaba a las entidades materiales; (iii) las obligaciones, que en su versión de relación jurídica ha sido asumida por el legislador peruano; (iv) las prestaciones, lo cual solo se limita a supuestos en los cuales exista un comportamiento a ser realizado por el deudor para satisfacer el interés del acreedor (se excluirían los supuestos de negocios jurídicos unilaterales); (v) los resultados o efectos idealmente programados, que llega a confundirse con la noción de causa del negocio; (vi) el contenido, que sería una noción muy amplia, ya que también comprendería a la manifestación de voluntad, a la causa y a la forma; y (v) el bien. Para mayor detalle revisar el trabajo de ESPICHAN MARIÑAS, Miguel Ángel. Reflexiones sobre el objeto del negocio jurídico. En: <http://derecho.unmsm.edu.pe/talleres/ilbarandiaran/Reflexionesdelnegociojuridico.pdf>

<sup>42</sup> FERRI, Giovanni Batista. Op. cit. pp. 268-318.

respectivo contenido, que debe cumplir el mismo; así, desde nuestra perspectiva, son dos dichos requisitos: la determinabilidad y la posibilidad<sup>43</sup>.

En primer lugar, la **determinabilidad** puede estar referida, por un lado a la total individualización del objeto en cuanto a su cantidad y calidad (entiéndase estos requisitos aplicables tanto a los supuestos de bienes, como servicios y abstenciones) o; por el otro lado, a la posibilidad de que, posteriormente, a la celebración del negocio, se pueda determinar las características del objeto.

Normalmente, el objeto es determinado por la(s) parte(s); sin embargo, existen situaciones en las cuales, por acuerdo de las partes o por disposición de la ley, la determinación del objeto es dejada a un tercero-arbitrador<sup>44</sup>.

Este tercero arbitrador podrá realizar la determinación del objeto; a través, de las siguientes modalidades: (i) el “arbitrio de equidad”, en el cual el tercero seguirá un criterio de razonabilidad promedio; es decir, el de una persona razonable en una situación normal; o (ii) el “mero arbitrio”, en el cual el tercero, recurre a su ‘leal saber y entender’, lo cual no tiene porque coincidir con la razonabilidad promedio o socialmente reconocida.

En segundo lugar, la **posibilidad** del objeto refiere a las cualidades que este tiene para producir el resultado satisfactorio. Esta posibilidad tiene que ser tanto concreta (física) como abstracta (jurídica).

Así, el objeto será físicamente posible, en tanto reúna las condiciones materiales necesarias para el cumplimiento del resultado esperado por los sujetos que intervienen en el negocio jurídico<sup>45</sup>; es decir, si un bien no existe (y no tiene la posibilidad de existir) materialmente en el plano fáctico al momento de la celebración del negocio, entonces estaremos ante un

---

<sup>43</sup> En la judicatura nacional se ha advertido que: “No puede interpretarse el inciso 3° del artículo 219° del Código Civil, sobre nulidad del acto jurídico restringiéndola al supuesto de la existencia física del bien, cuando a lo que se refiere es al objeto del acto jurídico, es decir a su contenido, el cual no puede ser física o jurídicamente imposible” (Casación N° 1728 – 97 Lima. Diario El Peruano del 07 – 07 – 98. Pág. 1411)

<sup>44</sup> Debe de precisarse la diferencia existente entre árbitro, arbitrador y mandatario. El árbitro es aquel sujeto que desempeña la función arbitral reconocida, en el Perú, constitucionalmente. El arbitrador será aquel que complementará el contenido del negocio en ayuda de las partes. El mandatario es una de las partes del contrato de mandato, el cual puede ser con representación o sin representación.

<sup>45</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit. p. 869

supuesto de imposibilidad física; estamos ante un supuesto de imposibilidad, que genera la nulidad del negocio jurídico, siempre que esta sea objetiva, absoluta y del tipo originaria.

Por su parte, la posibilidad jurídica, como requisito del objeto, ha enfrentado una serie de cuestionamientos frente a la postura que sostiene al bien (y no la relación jurídica o prestación) como objeto del negocio jurídico, y es que, con gran congruencia se ha afirmado que no cabe hablar de “bienes imposibles jurídicamente”, sin caer en una abierta contradicción en términos.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva la posibilidad jurídica del objeto (entendido como el bien en su sentido más amplio) sí es requisito de validez del mismo, reconocido expresamente por la normatividad civil nacional, y debe entenderse referido a la protección jurídica del objeto<sup>46</sup>, previa y necesaria, para que el resultado valorado por los sujetos pueda ser cumplido en la práctica. Asimismo, se sostiene que la posibilidad de libre negociabilidad o intercambio económico<sup>47</sup> de un bien hace alusión en última instancia a la posibilidad jurídica del objeto<sup>48</sup>.

Un comentario adicional merece el tema de la licitud. Desde nuestra perspectiva, la licitud, que se encuentra regulada en el artículo V del Título Preliminar del C.C.<sup>49</sup>, no es un requisito del objeto del negocio jurídico, ya

<sup>46</sup> Puede causar extrañeza el que nos refiramos, indirectamente, a la noción de “tutela jurídica objetiva” (en ‘contraposición’ a la tutela jurídica subjetiva), toda vez de que si el Derecho, se dice, está para regular la vida en relación (función relacional del Derecho) no cabría hablar de la existencia de mecanismos de tutela de entes que no son sujetos o no representan una situación jurídica subjetiva. Sin embargo, somos de la opinión (con cargo a desarrollar nuestra posición en otro artículo), que es perfectamente posible estructurar “situaciones jurídicas objetivas” sobre la base de la constatación de la función ordenadora del Derecho (tan función como lo es la relacional) y en consecuencia hablar de mecanismos de tutela jurídica sustancial objetiva.

<sup>47</sup> Si se presta la suficiente atención, se podrá advertir que en este punto se identifica la noción de “posibilidad jurídica del objeto” con la de “patrimonialidad de la utilidad de la relación jurídica obligatoria”, para un mayor detalle explicativo sobre esta última noción, revisar los trabajos de por FORNO, Hugo. Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación. En: *Advocatus* No. 10. 2004 y FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto”. En: *Themis*. Revista de Derecho. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época. Número 27. Lima. Perú. 1994

<sup>48</sup> En la judicatura nacional se ha advertido que: “Se hace una interpretación errónea del inciso 3 del artículo 219° del Código Civil, si se considera que la venta que hizo quien había transferido el mismo bien a otra persona, es un acto físico o jurídicamente imposible, pues se estaría confundiendo el objeto del contrato con el acto jurídico, y en este caso el objeto es la transferencia en venta de un bien que se halla entre el comercio de los hombres, como es un lote de terreno, que no tiene la connotación de ese dispositivo” (Casación N° 27 – 98 Lima. Diario El Peruano del 22 – 01 – 99. Pág. 2524)

<sup>49</sup> Código Civil peruano. Artículo V Título Preliminar.- “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”

que, ontológicamente, la licitud está referida a conductas o actos de comportamiento<sup>50</sup> y no al bien (en su sentido amplio, como lo hemos indicado).

De lo evaluado diremos finalmente que el objeto del negocio jurídico es aquel medio idóneo para satisfacer las necesidades de la partes o partes (lo cual difiere, no nos cansaremos de advertirlo, de la noción que el C.C. asume respecto al objeto como relación jurídica), dentro del marco de cooperación humana, que supone el negocio jurídico y que debe contar con las cualidades de determinabilidad y posibilidad (según el C.C. los requisitos aplicables serían, con un sentido diverso, la determinabilidad, la posibilidad y la licitud).

**Veamos nuestro caso:** *“Concentrémonos, en específico, en el contrato de compraventa celebrado entre Martín y Carlos. Conforme a lo que hemos precisado líneas arriba, nuestro análisis se realizará en dos planos, (i) respecto a lo que norma literalmente el C.C. y (ii) respecto a lo que nosotros interpretamos de dicha normatividad. En ambos planos, ya sea entendiendo como objeto del negocio a la obligación de transferir la propiedad de las computadoras, o a las computadoras en sí mismas (bienes), nosotros afirmamos rotundamente que se verifican los requisitos de determinabilidad, posibilidad (física y jurídica) y licitud (aplicable para lo que sostiene la literalidad del C.C.). En este sentido, no creemos que se configure un supuesto de imposibilidad jurídica del objeto, en ninguno de los dos planos de análisis, nos explicamos: (i) la obligación de transferir la propiedad de un bien sobre el cual no se ostenta titularidad alguna, no configura un supuesto de imposibilidad jurídica del objeto, toda vez que el ordenamiento jurídico peruano permite que la prestación materia de la obligación creada por el contrato pueda versar sobre bienes ajenos (ex. Art. 1409); mismo sustento puede darse para sostener la no ilicitud del objeto, (ii) las computadoras no son jurídicamente imposibles,*

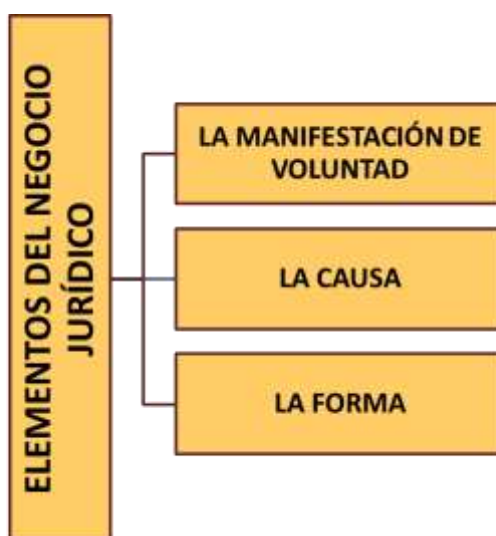
---

<sup>50</sup> Por ello consideramos que el requisito de la licitud es aplicable a un doble nivel en los actos de cooperación humana: (i) en el plano estructural, el análisis de la licitud debe realizarse sobre la causa del negocio jurídico; y, (ii) en el plano funcional, es plenamente aplicable a la prestación, que es un elemento de la relación jurídica obligatoria.

*ya que su libre negociabilidad, no se encuentra vetada por el ordenamiento jurídico.”*

## B. ELEMENTOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

Los elementos del negocio jurídico no son meros puntos de referencia de los intereses de las partes (como el caso de los presupuestos), sino son los componentes o partes integrantes de la construcción del negocio jurídico<sup>51</sup>.



### B.1. Manifestación de voluntad

Este elemento del negocio jurídico es uno de los cuales ha sido mayor estudiado en la doctrina ya que por mucho tiempo, y por influencia de la doctrina alemana, se realizó una plena identificación entre la noción de negocio jurídico y la de declaración negocial; sin embargo, ello ya ha sido superado por la doctrina moderna y a nivel nacional por el dato legislativo en el C.C.<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit. p. 685

<sup>52</sup> Contra esta afirmación se puede oponer el contenido del primer párrafo del artículo 140 del C.C. en el cual se indica que el “acto jurídico es la manifestación de voluntad”, pero ello no puede desconocer lo dispuesto por su segundo párrafo, en el cual se precisan los demás elementos del negocio.

Desde nuestro punto de vista, un primer tema a abordar, es el distinguir entre los conceptos de manifestación de voluntad y declaración de voluntad, así como la relación existente entre ambos, ello con la finalidad de estructurar un discurso claro y sobre todo coherente al explicar este punto.

La **conducta expresiva** o **conducta negocial**<sup>53</sup> o manifestación de voluntad (para nuestro C.C.) es la exteriorización, voluntaria y conciente, de la voluntad interna de un determinado individuo, ya sea porque se tuvo la intención de expresar su voluntad o porque estaba destinada a satisfacer un interés práctico del sujeto (que no era la intención de expresar la voluntad). Es dentro de este ámbito que podemos distinguir entre declaración de voluntad y manifestación tácita de voluntad<sup>54</sup>, con ello planteamos una relación de género a especie entre ambas nociones<sup>55</sup>.

De esta manera; por un lado, la voluntad puede ser **declarada** expresamente por medio del lenguaje (verbal o escrito) o también con cualquier otro signo que, según el uso común o por una particular convención o acuerdo de los sujetos interesados, valga como tal para comunicar un mensaje; por otro lado la voluntad puede ser **manifestada** también de modo tácito a través de un “comportamiento concluyente” (*facta concludentia*)<sup>56</sup>. Esta distinción aparece recogida por la normatividad civil nacional<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Utilizamos la terminología adoptada por DE CASTRO Y BRAVO (Op. cit. p. 66), debido a, como el referido autor indica, posee doble ventaja: (i) no se deja de lado a los procederes socialmente relevantes que importen comunicación de voluntad y (ii) la función comprensiva o compendiosa que deben tener las exteriorizaciones de voluntad.

<sup>54</sup> En la jurisprudencia nacional se ha advertido que “Para que exista voluntad jurídica se requiere de la concurrencia de elementos internos (discernimiento, intención y voluntad) y externos (manifestación); que, con los elementos internos queda formada la voluntad, la misma que para producir efectos jurídicos requiere que sea manifestada; que, la voluntad declarada es la voluntad exteriorizada por medio de declaraciones y comportamientos, siendo la única que puede ser conocida por el destinatario” (Casación N° 1772 – 98 Apurímac. Diario El Peruano del 16 – 04 – 99. Pág. 2904)

<sup>55</sup> FLUME, Werner. El negocio jurídico. Traducción de José María Miquel González y Esther Gómez Calle. Cuarta edición, no modificada. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. pp 73-75.

<sup>56</sup> TRIMARCHI, Pietro. Op. cit. pp. 180-181 (traducción libre)

<sup>57</sup> Código Civil peruano. Artículo 141.- “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

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

Repárese en lo siguiente, si en la declaración de voluntad<sup>58</sup>, como hemos afirmado, el sujeto emisor tiene la intención clara y manifiesta de exteriorizar su voluntad interna<sup>59</sup>, entonces ello tiene como lógica consecuencia que emplee los mecanismos adecuados y socialmente aceptados como capaces de revelar dicha voluntad; es decir, recurrirá al lenguaje oral, escrito o gesticular, en general a cualquier signo lingüístico objetivamente reconocido para decodificarlo.

La problemática en la manifestación de voluntad tácita, es ciertamente particular, y reside en que el sujeto no tiene la intención de exteriorizar ninguna voluntad, sino que simplemente, busca satisfacer una necesidad basada en un interés inmediato y directo sobre el objeto del negocio, en consecuencia, no se puede esperar que el sujeto recurra a signos (ya que no tiene la intención de expresar voluntad alguna), y por ello es explicable que solo realice comportamientos -no lingüísticos-<sup>60</sup>, de los cuales, no obstante, se “infiere indubitablemente”<sup>61</sup> la voluntad interna.

Un segundo tema a abordar es el referido a los requisitos que debe cumplir la manifestación de voluntad (en su sentido amplio), para que estemos ante un

---

<sup>58</sup> Cabe señalar que la clasificación de declaraciones recepticias y no recepticias, solo se aplican respecto de este tipo de conductas expresivas negociales. Así, TRIMACHI nos indica que las declaraciones por su naturaleza siempre están destinadas a comunicar algo a otra persona, y se distinguen en recepticias y no recepticias, en función a que la eficacia jurídica sea subordinada a la recepción en la esfera del sujeto particular o no (Traducción libre). TRIMARCHI, Pietro. Op. cit. p. 180.

<sup>59</sup> En ese sentido resulta aplicable la estructura que plantea Taboada respecto a la declaración de voluntad (y no respecto a la manifestación de voluntad tácita), la cual estaría conformada por: (i) la voluntad declarada, que es propiamente el contenido de la declaración de voluntad; y (ii) la voluntad de declarar, que esta compuesta tanto por a voluntad del acto externo y por el conocimiento del valor declaratorio de la conducta en que consiste la propia declaración de voluntad. TABOADA, Lizardo. Op. cit. pp.150-151.

<sup>60</sup> Realizamos esta precisión, ya que en el caso de las declaraciones expresas si estamos ante verdaderos comportamientos (el hablar, escribir o hacer mímicas son en última instancia comportamientos), solo que estos revisten una características en particular, son lingüísticos (referido al lenguaje como toda forma de comunicación). Ello no sucede en los comportamientos que generan manifestaciones tácitas, ya que estos no son lingüísticos (pues no buscan exteriorizar un pensamiento o voluntad).

<sup>61</sup> Nótese como esta expresión, empleada por el legislador peruano, no implica un razonamiento directo, sino uno basado en la deducción de los comportamientos realizados por los sujetos. Aquí debemos realizar un comentario crítico (y en consecuencia no vinculante respecto a lo dispuesto por el C.C., mas si ilustrador de la riqueza del tema), al respecto: si bien hemos establecido con la suficiente claridad la distinción entre declaración de voluntad y manifestación tácita, creemos que los supuestos en los cuales se obtiene una “**inferencia indubitable** de los hechos acaecidos como exteriorizadores de voluntad” se deben al suficiente grado de objetividad de dichos comportamientos; es decir, al valor o reconocimiento socialmente aceptados que reciben los mismos como exteriorizaciones de voluntad (quizá tan iguales como lo son los signos lingüísticos), en ese sentido, la consecuencia, dentro del contexto de actividades de intercambio económico en el que nos encontramos inmersos, será que el espectro de declaraciones de voluntad se amplíe, convirtiéndose la categoría de manifestación de voluntad tácita en una de carácter residual aplicable a las nuevas categorías de negocios jurídicos que la autonomía privada cree.

elemento válidamente construido y no genere la ineficacia estructural del negocio jurídico. Al respecto, somos de la opinión que son dos los requisitos que se deben verificar: (i) formación de la voluntad libre de vicios y (ii) adecuación al procedimiento, determinado por la ley o por las partes, para la estructuración de la manifestación.

Respecto al primer requisito, formación de voluntad libre de vicios, afirmamos que la voluntad declarada del sujeto debe ser plena; es decir, carecer de defectos en su construcción y eficacia, en ese sentido la voluntad que será objeto de declaración no deberá estar afectada por los denominados “**vicios de la voluntad**”<sup>62</sup>, a saber: error, dolo, violencia e intimidación; de lo contrario se incurriría en un supuesto de anulabilidad<sup>63</sup> (ineficacia estructural) que eventualmente puede privar de efectos definitivos al negocio.

En cuanto al segundo requisito, adecuación al procedimiento para la estructuración de la manifestación de voluntad, está referido a aquellos supuestos en los cuales, las partes (a través de su reglamento comercial normativo) o el Estado (a través de dispositivos legales preestablecidos) determinan los mecanismos exactos y determinados; a través de los cuales, se debe realizar el procedimiento de la formación de la conducta expresiva comercial<sup>64</sup>, y en consecuencia, cualquier particular que quiera exteriorizar su voluntad referido al negocio en concreto, tendrá que adecuarse a dicho procedimiento, de lo contrario se estructuraría un supuesto de ausencia de manifestación de voluntad, lo que determine la nulidad<sup>65</sup> del negocio jurídico.

---

<sup>62</sup> Para un desarrollo sobre estos temas, en particular, revisar BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit. pp. 810-865, PIETROBON, Vittorino. El error en la doctrina del negocio jurídico. Traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho Español por Mariano Alonso Pérez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1971. pp. 425-492, CORSARO, Luigi. La violencia en el Derecho civil italiano. Traducción de Leysser L. León del título original: voz “*Violenza (diritto civile)*”. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. XXXII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994.; y desde una perspectiva voluntarista del tema, a nivel nacional, ver el trabajo de LEÓN, Leysser L. “Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos). En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Segunda edición. Lima: Ara editores, 2004. pp. 877-936

<sup>63</sup> Código Civil peruano. Artículo 221.- “El acto jurídico es anulable: (...) 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. (...)”

<sup>64</sup> Esto resulta de especial aplicación, por ejemplo, en los supuestos contrataciones y adquisiciones con el Estado, en sus diversas modalidades; o en los supuesto de redes contractuales complejas (fideicomisos, franquicias, arrendamientos, edición, etc.)

<sup>65</sup> Código Civil peruano. Artículo 219.- “El acto jurídico es nulo: 1. Cuando falta manifestación de voluntad del agente. (...)”

Un último tema a tratar en este acápite es el referido al silencio y a las manifestaciones de voluntad presuntas. En primer lugar, el silencio, como regla general, no constituye una conducta expresiva negocial; sin embargo, en determinadas circunstancias (pacto expreso de las partes o cuando la ley lo señale expresamente), el silencio sí puede asumir el valor de una manifestación de voluntad<sup>66</sup>. En segundo lugar, la manifestación de voluntad presunta refiere a aquella conducta a la que el ordenamiento jurídico (mediante la norma jurídica pública resultado de la valoración del legislador) le atribuye carácter vinculante como voluntad exteriorizada. Así por ejemplo, la ejecución de la prestación, ante una oferta, sin declaración (previa) de aceptación; caso en el cual la norma entiende que el receptor de la oferta la ha aceptado dado que ha iniciado la ejecución de lo ofrecido.

En conclusión, la conducta expresiva negocial (manifestación de voluntad para nuestro C.C.) puede ser expresa o tácita, y para su plena validez, la voluntad expresada no debe presentar vicios, así como, la declaración debe respetar los mecanismos que se determinan para su configuración.

**Veamos nuestro caso:** *“Empezaremos por el análisis del segundo de los requisitos, así en ninguno de los dos negocios, la ley o las partes han impuesto un procedimiento en especial, para que se forme y declare la voluntad, por lo cual tanto las conductas expresivas negociales de Julio como de Martín, en este punto, no se encuentran afectadas por algún vicio que determine su invalidez. En lo que refiere a la ausencia de vicios en la voluntad manifestada a través de la conducta expresiva negocial, debemos precisar que los sujetos intervinientes en los dos negocios jurídicos (contratos de depósito y compraventa) no han actuado con error (ya que para su configuración se requiere de una falsa percepción de la realidad que sea esencial y conocible; si bien, en el primer negocio, puede indicarse que la toxicomanía de Martín es un error esencial ya que recae sobre las cualidades del sujeto interviniente en el*

---

<sup>66</sup> Respecto al silencio debe realizar una precisión carácter capital: **ningún sujeto puede, unilateralmente, atribuir un significado particular (aceptación o rechazo) al silencio de otra persona.** Esto que parece obvio, no lo es en la práctica, ya que no es raro encontrar comunicaciones contractuales (contratos de seguros, de obra, memorandum of agreement, etc.) o convocatorias a asambleas generales (en el caso de asociaciones) o juntas generales de accionistas (en el caso de sociedades anónimas) en las cuales no se cumple con esta máxima.

*negocio, no cumple con el segundo requisito, toda vez que de los hechos del caso, dicha situación no era conocible por Julio), dolo (de los hechos del caso, para el segundo negocio, no se desprende la existencia de una intención, por parte de Martín, de inducir a error a Carlos), violencia o intimidación, configurándose así una manifestación de voluntad plenamente válida y eficaz.”*

## B.2. Causa

La causa como concepto<sup>67</sup>, en primer lugar, y luego como elemento del negocio jurídico ha sido objeto de diversos estudios tanto por la doctrina nacional, como por la extranjera, generándose de este modo una serie de teorías y variantes<sup>68</sup> al respecto, lo cual demuestra, ciertamente lo complejo del tema, en vista de ello, aquí solo daremos a conocer nuestra postura al respecto, ya que desarrollarla a profundidad excedería de los fines del presente trabajo.

Empezaremos por señalar aquello que, desde nuestro punto de vista, no constituye el concepto de causa; de esta manera, ni el interés (subjetivo), ni la función son causa del negocio jurídico.

---

<sup>67</sup> Así se llega a diferenciar en algún momento hasta tres tipos de causa: (i) la causa de la atribución patrimonial, la cual por ejemplo explicaría la fenomenología del “enriquecimiento sin causa”; (ii) la causa de la obligación, que refiere, indirectamente, a la concepción clásica (romana) de causa y que se ha revalorado actualmente en tanto se la pretende equiparar con la figura, propia del *common law*, de la *consideration*, en el sentido de corresponsabilidad; y (iii) la causa del negocio jurídico, de la cual daremos algunos alcances en las líneas siguientes. Al respecto, DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Madrid: Tecnos, 1986.

<sup>68</sup> Podemos encontrar hasta cinco posturas referidas a la problemática de la causa: (i) tesis inicial (causa clásica), la cual corresponde a la noción clásica de causa, referida a la obligación; (ii) tesis subjetiva o psicológica, refiere a que constituye el fin determinante el motivo manifestado y conocido o conocible; (iii) tesis objetiva o causa-función, que a lo largo de su evolución presentó dos variantes, la primera que asimilaba el concepto de causa al de función jurídica y la segunda que equiparaba a la causa con la función socialmente trascendente y relevante que responda a un interés social; (iv) tesis eclécticas o unitarias, la cual se desarrolló a través de tres manifestaciones: el neocausalismo bilateral (causa clásica y causa subjetiva), el neocausalismo sincrético (causa clásica y algunas veces causa subjetiva) y el neocausalismo hipersincrético (una sola noción de causa con dos matices, uno objetivo –causa función socialmente relevante- y otro subjetivo –causa subjetiva-); y (v) tesis anticausalista, la cual sostiene la inutilidad del concepto de causa en cualquiera de sus manifestaciones. Al respecto ver, para un sustento de la tesis causalista en el Perú, ver por todos, TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. La causa del negocio jurídico. Lima: Editorial Grijley, 1996. Y en la postura anticausalista revisar el trabajo de LIZÁRRAGA UGARTE, William. El cuarto lado del triángulo (el problema de la causa del acto o negocio jurídico). Arequipa: Editorial universitaria, 2000.

Explicamos: (i) el interés, al ser aquella valoración subjetiva<sup>69</sup> que realiza un sujeto particular de las cualidades del objeto (en los términos antes señalados) capaz de satisfacer su necesidad, no constituye un elemento estructural del negocio jurídico<sup>70</sup>; (ii) la función (para algunos autores recibe el nombre de causa objetiva) es un concepto diferente al de causa del negocio jurídico, aunque tiene en común que son presupuestos de eficacia de la relación jurídica derivada del negocio jurídico, ya que esta representa un dato fáctico aprehendido y regulado por el ordenamiento jurídico de dos maneras, la primera como el rol económico social relevante del negocio jurídico y la segunda bajo la estructura de la tipicidad (ya sea legal como social).

Ahora bien, la causa del negocio jurídico, como elemento determinante de este, es concebido por nosotros, en su variable concreta<sup>71</sup>, como el propósito práctico perseguido por los sujetos<sup>72</sup>; es decir en buena cuenta, la causa es la función económica individual<sup>73</sup> del negocio jurídico, la cual se desprende del

<sup>69</sup> Para revisar una noción objetiva del interés, contrapuesta a la que estamos planteando, revisar: CARNELUTTI, Francisco. Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo I: Introducción y Función del Proceso Civil. Traducción por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Editorial Uteha, Buenos Aires, Argentina. p 11.

<sup>70</sup> Suele afirmarse, por el contrario, y a diferencia de lo que sostenía la doctrina patrimonialista del siglo XIX, que el interés sólo forma parte de la relación jurídica obligatoria creada por el negocio jurídico, esto implica que su constatación se da a nivel funcional, más no genético, ello encuentra justificativo básicamente en la idea que los intereses o motivos permanecen en la faz interna de los sujetos y en tanto no se exterioricen, a nivel estructural, no merecen tutela por parte del ordenamiento jurídico. Nuestro enfoque nos conduce a afirmar la preexistencia del interés como conductor de la cooperación humana y por ende noción sustentada en la necesidad individual (subjetiva) que se torna relevante únicamente cuando se exterioriza (incorporándose en la causa del negocio) o cuando, sin exteriorizarse, concuerda con la determinación típica (en un plano fisonómico) o, ante una patología, se torna en relevante para delimitar el incumplimiento.

<sup>71</sup> Aunque no con la terminología más adecuada esto se ha reconocido a nivel judicial, de la siguiente manera: “La causa del acto jurídico deberá entenderse como el motivo que inclina a hacer alguna cosa. En el derecho civil será el fin esencial que los contratantes se proponen al contratar. Es el **propósito o razón del contrato**. En conclusión, se entenderá como causa al motivo jurídico y **no al motivo personal**” (Casación N° 2248 – 99 Tacna. Diario El Peruano 20 – 06 – 00. Pág. 5507) (las negritas son nuestras)

<sup>72</sup> Aquí debe realizarse una precisión respecto a lo que sucede en los negocios jurídicos unilaterales, ya que a diferencia de los negocios jurídicos bilaterales (en los cuales, la causa se constituye por el propósito práctico perseguido común incorporado en el consentimiento –encuentro de oferta y aceptación–), en estos la causa se conforma por el interés o motivo externalizado e incorporado en la declaración de voluntad, la cual, para surtir efectos debe llegar a conocimiento de la contraparte. Respecto a la exteriorización de los motivos (conocido con la terminología de “**causalización del interés**”), se ha afirmado en sede judicial nacional que: “Teniéndose en cuenta que el fin del acto jurídico como elemento esencial está relacionado con una obligación que produce un contrato, **aquel fin debe ser compartido por las partes contratantes y no debe ser personal**. Para que **una causa personal o particular tenga trascendencia jurídica, este motivo particular deberá ser compartido por la otra parte también y expresarse**” (Casación N° 2248 – 99 Tacna. Diario El Peruano 20 – 06 – 00. Pág. 5507) (las negritas son nuestras). Debe precisar que en esta Casación confunde la aplicación del concepto en cuanto a su nivel estructural y funcional.

<sup>73</sup> Es la postura asumida, entre otros, por FERRI, Giovanni Battista. “El negocio jurídico de la ideología corporativista al sistema actual”. En: *El negocio jurídico*. Traducción y notas de Leysser León. Lima: Ara Editores, 2002. pp. 191-252..

texto expreso del negocio o, en función a circunstancias concretas, del contexto del mismo, en caso ello no sea posible, la causa del negocio, siempre estará en última instancia subordinada o coincidirá (pero nunca se equiparará) con el interés típico; es decir, con el interés socialmente relevante en su configuración abstracta<sup>74</sup>.

Es bajo esta perspectiva que reconocemos, a nivel doctrinario, tres requisitos que debe cumplir la causa como elemento de validez del negocio jurídico: realizabilidad, seriedad y la licitud.

La realizabilidad de la causa refiere a la verificación de que el negocio jurídico, simplemente, funcione; es decir, despliegue sus efectos (nivel funcional), debe tenerse presente que no se requiere de la efectiva y concreta realización de la causa, sino de la posibilidad y determinabilidad de su realización. Ello determina que ante el incumplimiento de este requisito, al ubicarnos dentro del plano funcional del negocio, se genere un supuesto de ineficacia y no de invalidez; muestra de ellos es la figura conocida como “frustración de la causa”.

La seriedad de la causa está relacionada con un juicio de relevancia respecto de la misma y no respecto a un juicio de protección<sup>75</sup>; en otros términos, la causa debe estar presente en el negocio y caracterizada por su sensatez, de tal manera si nos encontramos ante una vinculación basada en finalidades concretas hechas “en juego”, el negocio jurídico sería nulo, al incumplirse un requisito de validez que afecta la estructura misma del negocio.

---

<sup>74</sup> Con esta afirmación dejamos entrever nuestra postura respecto a la no existencia de negocios abstractos (categoría que se contrapone a los negocios causales), en los cuales, supuestamente, no se reconoce una causa del negocio, ya que esta es siempre posible de presentarse, bajo las consideraciones expuestas. En sede judicial, a la misma conclusión, pero bajo premisas no necesariamente correctas se ha llegado, cuando se ha afirmado que “El pagaré es un negocio jurídico abstracto, en virtud de su naturaleza cambiaria. La norma cartular la trata como carente de causa pero en estricto sentido sí la tiene, sólo que no tiene influencia alguna sobre la eficacia de los vínculos obligatorios nacidos de ella. Sin embargo, esa abstracción tiene excepción, por ejemplo, cuando el deudor acciona en vía de excepción personal, en el. Proceso ejecutivo respectivo, oponiendo las relaciones extracambiarias a su acreedor” (Casación 1011 – 97 Lima. Diario El Peruano del 26 – 11 – 98. Pág. 2121)

<sup>75</sup> BATISTA FERRI, Giovanni. “Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse”. En: *Saggi di diritto civile*. pp. 429-430. Citado por MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría general del contrato. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006. p. 282.

Finalmente, la licitud (que es el único requisito que el legislador nacional ha reconocido expresamente a la causa, al hablar de un fin lícito<sup>76</sup>) refiere a la protección legal de la finalidad; es decir, a la juridicidad del interés concreto exteriorizado del sujeto, aquí se aprecia que nos referimos a un juicio de protección. Por ende, como hemos indicado, no debe ser contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres<sup>77</sup>.

**Veamos el caso:** *“En el primer negocio jurídico, podemos encontrar la causa concreta del mismo, en la finalidad, por ambos compartida, de establecer un negocio de cabinas de Internet, la cual no se obtiene del texto del negocio, sino del contexto del mismo, pero que cumple con los requisitos de realizabilidad, seriedad y licitud. En el segundo negocio, vemos que no se ha expresado o casualizado algún interés, y tampoco se aprecia que se pueda desprender alguna función económica individual del contexto del mismo; bajo este escenario, no creemos que estemos ante un supuesto de ausencia de causa, ya que como se indicó la causa coincidirá con el interés típico del negocio; es decir, la causa del negocio será la función de intercambio entre el bien y el precio, cumpliéndose en este caso, los requisitos de la causa, tanto a nivel estructural como funcional.”*

### B.3. Forma

La forma es la manera o modo como exteriorizamos la voluntad, la cual constituye el elemento extrínseco del negocio jurídico dado que “representa”

<sup>76</sup> Código Civil Peruano. Artículo 140.- “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: (...)

3. **Fin lícito (...)** (las negritas son nuestras)

<sup>77</sup> Respecto al tema es importante tener presente la noción de licitud que nuestra Corte Suprema considera. Así podemos apreciarla en las siguientes Casaciones: “El acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito. Esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misma que exige que sea lícito, pues éste no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado” (Casación N° 1011 – 97 Lima. Diario El Peruano 26 – 11 – 98. Pág. 2121). “Deberá interpretarse el fin ilícito también como finalidad del acto jurídico contra las buenas costumbres, lo que, en todo caso, corresponderá calificar al Juez. La invocación del fin ilícito del acto jurídico resulta suficiente para sancionarlo con nulidad” (Casación N° 2988 – 99 Lima. Diario El Peruano 17 – 09 – 00. Pág. 6293). “Hay que convenir que es ilícito todo aquello contrario a las normas legales imperativas (ius cogens), especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal, y que, para determinar si se produce ese fin, será necesario examinar la causal del contrato, el motivo común a las partes contratantes, las condiciones que lo delimitan y su objeto” (Casación N° 2988 – 99 Lima. Diario El Peruano 17 – 09 – 00. Pág. 6293).

una manera de exteriorizar la voluntad; en otros términos, es una técnica de comunicación social con la que se manifiesta la voluntad<sup>78</sup>.

La forma, en términos generales, puede ser de dos tipos: libre o impuesta. La primera será denominada simplemente forma, mientras que la segunda, en tanto se sancione con nulidad su inobservancia, recibirá el nombre de formalidad. Desde esta perspectiva, se puede afirmar que todos los negocios jurídicos (unilaterales o plurilaterales) tienen una forma, pero no todos tienen una formalidad.

La forma es libre o facultativa cuando el sujeto o sujetos determinan cuál es el modo, más adecuado, en función a sus necesidades y sus intereses, para plasmar el contenido de su voluntad; ello encuentra sustento, a nivel negocial y contractual, en el reconocimiento legislativo de la libertad de formas<sup>79</sup>. Así, se puede encontrar una forma escrita (documento privado o instrumento público) o una verbal.

Aquella forma que es impuesta por la ley, se produce cuando una norma jurídica pública exige a los sujetos un determinado modo especial de exteriorización de la voluntad declarada. La imposición de una forma implica la determinación de una formalidad.

La formalidad puede materializarse de dos maneras: (i) solemne o “*ad solemnitatem*”, siempre que se sancione con nulidad su inobservancia; y (ii) de prueba o “*ad probationem*”, en la medida que la norma imponga la formalidad, pero no sancione con nulidad su inobservancia, lo cual significa que su función será la de acreditar la existencia del negocio<sup>80</sup>.

Al respecto debemos realizar algunos comentarios: en primer lugar, desde nuestro punto de vista, la formalidad solemne se manifiesta de dos maneras: (i) directa, en la medida que es la propia ley la que sanciona con nulidad cuando se incumple una determinada forma; y (ii) por remisión, cuando son las partes, en la medida que el ordenamiento jurídico los habilita para ello, las que convienen anticipadamente y por escrito un determinado tipo de

---

<sup>78</sup> FERRI, Luigi. Op. cit. pp. 117-139

<sup>79</sup> Código Civil peruano. Artículo 143.- “Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente”

Código Civil peruano. Artículo 1352.- “Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deben observar la forma señalada por ley, bajo sanción de nulidad”

<sup>80</sup> Código Civil peruano. Artículo 144.- “Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de existencia del acto.”

formalidad, bajo sanción de nulidad<sup>81</sup>. En segundo lugar, en los supuestos en los cuales por imperio de la ley se imponga una formalidad, pero no se sancione con nulidad su inobservancia, ello no implicará que en todos los casos estemos frente a una formalidad de prueba, ya que si del texto de la norma se desprende que esta es imperativa, podremos colegir que estamos frente a una formalidad solemne. Finalmente, la formalidad de prueba carece de utilidad a la luz del Código Procesal Civil ya que este reconoce la libertad probatoria de las partes y la sana crítica del magistrado.

La formalidad es la manera especial de manifestación de la voluntad, la que es impuesta por el ordenamiento jurídico como condición de existencia. Esta formalidad permite al sujeto construir un negocio jurídico que implique la construcción de una norma jurídica privada válida y oponible.

**Veamos el caso:** *“En el primer negocio, estamos ante un tipo de formalidad solemne, ello debido a que, según las normas que regulan el contrato de depósito voluntario (la norma aplicable por remisión es el Art. 1605 del C.C.), en los supuestos en los cuales el contrato se celebre a título de liberalidad, debe contar por escrito, bajo sanción de nulidad, hecho que no se ha incumplido en el caso concreto. En el supuesto de que el contrato de depósito haya sido a título oneroso, no estaríamos ante un supuesto de formalidad solmene, sino de prueba, ya que el C.C. señala que para estos casos, el documento escrito prevalecerá sobre los demás medios probatorios (hecho que, como habíamos advertido, contradice lo señalado por el Código Procesal Civil, y el principio constitucional de la libre valoración de la prueba), pero; sin embargo, cualquier forma es la adecuada para probar la existencia y el contenido del negocio En el segundo negocio, estamos ante una compraventa, en la cual la forma es libre o facultativa, pues ni la ley, ni las partes en el caso concreto, han impuesto algún tipo de formalidad (ni solemne ni de*

---

<sup>81</sup> Código Civil peruano. Artículo 1411.- “Se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad”

prueba), eligiendo en nuestro supuesto un documento por escrito privado.”

## C. REQUISITOS DEL NEGOCIO JURÍDICO

Son complementos necesarios de los presupuestos y elementos para que el negocio jurídico sea válido. Así tenemos:



### C.1. Capacidad y determinación del sujeto.

Nuestro Código Civil (en adelante C.C.) indica, respecto a este punto, que para la validez del acto jurídico se requiere de la presencia de un “agente capaz”<sup>82</sup>, sin realizar mayor descripción, ni precisión sobre el mismo.

Respecto a la **capacidad**<sup>83</sup>, como requisito de validez, es imprescindible responder a las siguientes interrogantes: ¿a qué capacidad se refiere este requisito? ¿Será a la de goce o a la de ejercicio? O, acaso, ¿otro tipo de capacidad?

<sup>82</sup> Código Civil Peruano. Artículo 140.-. “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

4. **Agente capaz.** (...)” (las negritas son nuestras)

<sup>83</sup>Para un mayor detalle sobre la capacidad como presupuesto del negocio jurídico es importante destacar lo señalado por: PRIORI POSADA, Giovanni. “La capacidad negocial en el negocio jurídico”. En: “Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria de Lizardo Taboada Córdova”

Somos conscientes de que la institución de la capacidad es uno de los puntos de conexión entre el derecho patrimonial y no patrimonial, creemos que la capacidad puede ser cabalmente entendida y aplicada a partir de la distinción entre capacidad jurídica, capacidad de actuar y capacidad natural, necesitándose las tres<sup>84</sup> para configurar este requisito a plenitud.

Por un lado, se ha afirmado que la capacidad jurídica<sup>85</sup> es la capacidad de una persona de ser sujeto de derechos y obligaciones. Sin embargo, somos de la opinión que la capacidad jurídica (denominada como **capacidad de goce**<sup>86</sup> en el C.C.) no solo se limita a la titularidad de derechos u obligaciones, ya que la gama de situaciones jurídicas es mucho mayor (poderes, potestades, facultades, expectativas, sujeciones, cargas, etc.), en tal sentido creemos que la capacidad de goce refiere a **la aptitud de ser titular de situaciones jurídicas subjetivas, la cual es inmanente al ser humano desde que se verifica su propia existencia.**

Por otro lado, la capacidad de actuar o de obrar<sup>87</sup> **es entendida como la aptitud reconocida a un sujeto determinado para realizar válidamente manifestaciones de voluntad dirigidas a modificar la propia situación jurídica.** En la legislación nacional, no estamos sino frente a la conocida **capacidad de ejercicio**<sup>88</sup>; es decir, es la aptitud para ejercitar por uno mismo determinadas situaciones jurídicas, en otros términos, refiere a la aptitud de producir efectos jurídicos mediante la celebración de negocios jurídicos; esta capacidad está condicionada a una serie de causas que podrían modificarla (el transcurso del tiempo -la edad-, por ejemplo).

<sup>84</sup> En principio, para efectos obligatorios, basta la capacidad jurídica o de goce, pues el efecto jurídico siempre se producirá en aquel que tiene dicha capacidad, ya que la falta de capacidad de actuar o de ejercicio se suplirá con la representación legal.

<sup>85</sup> TRIMARCHI, Pietro. Op. cit. p. 65. En el mismo sentido se ha afirmado que “La capacidad jurídica o capacidad de derecho es la aptitud de ser titular de derechos y deberes: es la misma personalidad en su actuación receptiva: *ius capiendi*” (Traducción libre tomada de TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de Derecho Civil. Traducción de la decimoquinta edición italiana, con notas y concordancias de Luis Martínez-Calcerrada. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967. p. 85).

<sup>86</sup> Código Civil Peruano. Artículo 3.- “Toda persona tiene el goce de los derechos civiles, salvo las excepciones establecidas por ley”.

<sup>87</sup> TRABUCCHI, Alberto. Op. cit. pp. 85-86. Del mismo modo debe tenerse en consideración que “La capacidad de obrar es la capacidad de disponer de los propios derechos y de asumir deberes mediante manifestaciones de voluntad” (TRIMARCHI. Op. cit. p. 69)

<sup>88</sup> Código Civil peruano. Artículo 42.- “Tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44”.

Dentro de la capacidad de ejercicio es que aparecen las patologías referidas a la incapacidad absoluta e incapacidad relativa, normada por los artículos 43<sup>89</sup> y 44<sup>90</sup> de nuestro C.C. que a la postre podrían determinar la ineficacia funcional (nulidad en el primer supuesto y anulabilidad en el segundo) del negocio jurídico celebrado.

Respecto a la **capacidad natural**<sup>91</sup>, denominada también como capacidad de discernimiento, es preciso indicar que es la aptitud cognitiva y volitiva que tiene un determinado sujeto de los actos o negocios que está realizando, esto es, la “parte” goza de capacidad natural cuando tiene la idoneidad de conocer y querer la actividad que vaya a desarrollar, al tener esta efectos jurídicos que, directa o indirectamente, afecten su esfera jurídica.

En función a lo señalado, debe indicarse que esta capacidad no encuentra un reconocimiento autónomo<sup>92</sup> como requisito de los sujetos, menos aún sistemático en nuestra normativa nacional<sup>93</sup>, a diferencia de los otros dos supuestos; sin embargo, lo mencionamos en la medida que representa un importante criterio doctrinario a tener en cuenta al momento de determinar

<sup>89</sup> Código Civil peruano. Artículo 43.- “Son absolutamente incapaces:

4. Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.
5. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.
6. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegosmudos que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable.”

<sup>90</sup> Código Civil peruano. Artículo 44.- “Son relativamente incapaces:

9. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.
10. Los retardados mentales.
11. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.
12. Los pródigos.
13. Los que incurrn en mala gestión.
14. Los ebrios habituales.
15. Los toxicómanos.
16. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”.

<sup>91</sup> TRIMARCHI. Op. cit. pp. 70-71. También, FERRI, Luigi. “Los sujetos del contrato”. En: *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Presentación, notas y edición al cuidado de Rómulo Morales Hervias y Leysser L. León. Primera edición en castellano de la segunda edición italiana (1982). Lima: Grijley, 2004. p. 200

<sup>92</sup> Así la lectura del inciso 2 del artículo 43 nos lleva a concluir que la falta de discernimiento es un supuesto de incapacidad absoluta y por ende la capacidad natural estaría subsumida en la capacidad de ejercicio, pero otras normas, como el artículo 1358 del C.C., negarían esta tesis.

<sup>93</sup> Código Civil peruano. Artículo 748.- “No pueden ser desheredados los incapaces menores de edad, ni los mayores que por cualquier causa se encuentren **privados de discernimiento**. Estas personas tampoco pueden ser excluidas de la herencia por indignidad”

Código Civil peruano. Artículo 1358.- “Los incapaces **no privados de discernimiento** pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria”

los casos en los cuales se presenten vicios en la voluntad del sujeto participante del negocio.

En segundo lugar, es requisito del presupuesto bajo estudio, la **determinabilidad**; es decir, la “parte” de un negocio debe estar plenamente determinado o, por lo menos, ser susceptible de serlo en función a parámetros recogidos por el mismo negocio.

Aquí es importante diferenciar claramente entre las categorías de “sujetos determinados” y “sujetos determinables”; en el primer supuesto, la “parte” debe estar plenamente identificada en sus cualidades y características propias (nombre y Documento Nacional de Identidad, en el caso de una persona natural o razón –denominación social- y Registro Único de Contribuyente en el caso de una persona jurídica, por ejemplo); en el segundo supuesto, en algún momento la identificación de la “parte” fue indeterminado, pero luego, a través de mecanismos indicados en el reglamento negocial o en la ley, se determina plenamente.

Este requisito tampoco está recogido de manera expresa en el C.C., pero lo mencionamos, ya que se desprende a través de la interpretación de alguna de sus normas<sup>94</sup>, sobre todo por la incidencia que tiene su no verificación en plano funcional del negocio jurídico (ante la indeterminabilidad del sujeto se gatillaría un supuesto de anulabilidad<sup>95</sup>).

En conclusión, si los sujetos que conforman la “parte” del negocio gozan de la capacidad de goce, natural (capacidad para diferenciar entre un resultado positivo y otro negativo) y de ejercicio respectivas, además están correctamente determinados o es posible de serlo y cuentan con la legitimación respectiva (a nivel funcional antes que estructural), habremos

---

<sup>94</sup> Código Civil peruano. Artículo 202.- “El error es esencial: (...)”

5. Cuando recae sobre las **cualidades personales de la otra parte**, siempre que aquellas hayan sido determinantes de la voluntad. (...)” (las negritas son nuestras).

<sup>95</sup> Código Civil peruano. Artículo 221.- “El acto jurídico es anulable: (...)”

2. Por vicio resultante de **error**, dolo, violencia o intimidación. (...)” (las negritas son nuestras).

constituido correctamente este presupuesto, a menos, claro está, que la ley determine requisitos especiales para su configuración<sup>96</sup>.

## C.2. Determinabilidad y posibilidad del objeto.

Al cambiar nuestra concepción de objeto, tendrá que variar necesariamente, si queremos ser coherentes, las cualidades de validez, y su respectivo contenido, que debe cumplir el mismo; así, desde nuestra perspectiva, son dos dichos requisitos: la determinabilidad y la posibilidad<sup>97</sup>.

En primer lugar, la **determinabilidad** puede estar referida, por un lado a la total individualización del objeto en cuanto a su cantidad y calidad (entiéndase estos requisitos aplicables tanto a los supuestos de bienes, como servicios y abstenciones) o; por el otro lado, a la posibilidad de que, posteriormente, a la celebración del negocio, se pueda determinar las características del objeto.

Normalmente, el objeto es determinado por la(s) parte(s); sin embargo, existen situaciones en las cuales, por acuerdo de las partes o por disposición de la ley, la determinación del objeto es dejada a un tercero-arbitrador<sup>98</sup>.

Este tercero arbitrador podrá realizar la determinación del objeto; a través, de las siguientes modalidades: (i) el “arbitrio de equidad”, en el cual el tercero seguirá un criterio de razonabilidad promedio; es decir, el de una persona razonable en una situación normal; o (ii) el “mero arbitrio”, en el cual el tercero, recurre a su ‘leal saber y entender’, lo cual no tiene porque coincidir con la razonabilidad promedio o socialmente reconocida.

---

<sup>96</sup> Un claro ejemplo de un **requisito especial** del presupuesto ‘parte’ lo encontramos en el contrato de Leasing o Arrendamiento Financiero, regulado por el Decreto Legislativo 299, en el cual la parte arrendadora debe estar compuesta por un sujeto que se encuentre registrado en el Sistema Financiero.

<sup>97</sup> En la judicatura nacional se ha advertido que: “No puede interpretarse el inciso 3° del artículo 219° del Código Civil, sobre nulidad del acto jurídico restringiéndola al supuesto de la existencia física del bien, cuando a lo que se refiere es al objeto del acto jurídico, es decir a su contenido, el cual no puede ser física o jurídicamente imposible” (Casación N° 1728 – 97 Lima. Diario El Peruano del 07 – 07 – 98. Pág. 1411)

<sup>98</sup> Debe de precisarse la diferencia existente entre árbitro, arbitrador y mandatario. El árbitro es aquel sujeto que desempeña la función arbitral reconocida, en el Perú, constitucionalmente. El arbitrador será aquel que complementará el contenido del negocio en ayuda de las partes. El mandatario es una de las partes del contrato de mandato, el cual puede ser con representación o sin representación.

En segundo lugar, la **posibilidad** del objeto refiere a las cualidades que este tiene para producir el resultado satisfactorio. Esta posibilidad tiene que ser tanto concreta (física) como abstracta (jurídica).

Así, el objeto será físicamente posible, en tanto reúna las condiciones materiales necesarias para el cumplimiento del resultado esperado por los sujetos que intervienen en el negocio jurídico<sup>99</sup>; es decir, si un bien no existe (y no tiene la posibilidad de existir) materialmente en el plano fáctico al momento de la celebración del negocio, entonces estaremos ante un supuesto de imposibilidad física; estamos ante un supuesto de imposibilidad, que genera la nulidad del negocio jurídico, siempre que esta sea objetiva, absoluta y del tipo originaria.

Por su parte, la posibilidad jurídica, como requisito del objeto, ha enfrentado una serie de cuestionamientos frente a la postura que sostiene al bien (y no la relación jurídica o prestación) como objeto del negocio jurídico, y es que, con gran congruencia se ha afirmado que no cabe hablar de “bienes imposibles jurídicamente”, sin caer en una abierta contradicción en términos.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva la posibilidad jurídica del objeto (entendido como el bien en su sentido más amplio) sí es requisito de validez del mismo, reconocido expresamente por la normatividad civil nacional, y debe entenderse referido a la protección jurídica del objeto<sup>100</sup>, previa y necesaria, para que el resultado valorado por los sujetos pueda ser cumplido en la práctica. Asimismo, se sostiene que la posibilidad de libre negociabilidad o intercambio económico<sup>101</sup> de un bien hace alusión en última instancia a la posibilidad jurídica del objeto<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit. p. 869

<sup>100</sup> Puede causar extrañeza el que nos refiramos, indirectamente, a la noción de “tutela jurídica objetiva” (en ‘contraposición’ a la tutela jurídica subjetiva), toda vez de que si el Derecho, se dice, está para regular la vida en relación (función relacional del Derecho) no cabría hablar de la existencia de mecanismos de tutela de entes que no son sujetos o no representan una situación jurídica subjetiva. Sin embargo, somos de la opinión (con cargo a desarrollar nuestra posición en otro artículo), que es perfectamente posible estructurar “situaciones jurídicas objetivas” sobre la base de la constatación de la función ordenadora del Derecho (tan función como lo es la relacional) y en consecuencia hablar de mecanismos de tutela jurídica sustancial objetiva.

<sup>101</sup> Si se presta la suficiente atención, se podrá advertir que en este punto se identifica la noción de “posibilidad jurídica del objeto” con la de “patrimonialidad de la utilidad de la relación jurídica obligatoria”, para un mayor detalle explicativo sobre esta última noción, revisar los trabajos de por FORNO, Hugo. Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación. En: *Advocatus* No. 10. 2004 y FERNANDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto”. En: *Themis*. Revista de Derecho. Publicación editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Segunda época. Número 27. Lima. Perú. 1994

Un comentario adicional merece el tema de la licitud. Desde nuestra perspectiva, la licitud, que se encuentra regulada en el artículo V del Título Preliminar del C.C.<sup>103</sup>, no es un requisito del objeto del negocio jurídico, ya que, ontológicamente, la licitud está referida a conductas o actos de comportamiento<sup>104</sup> y no al bien (en su sentido amplio, como lo hemos indicado).

De lo evaluado diremos finalmente que el objeto del negocio jurídico es aquel medio idóneo para satisfacer las necesidades de la partes o partes (lo cual difiere, no nos cansaremos de advertirlo, de la noción que el C.C. asume respecto al objeto como relación jurídica), dentro del marco de cooperación humana, que supone el negocio jurídico y que debe contar con las cualidades de determinabilidad y posibilidad (según el C.C. los requisitos aplicables serían, con un sentido diverso, la determinabilidad, la posibilidad y la licitud).

### **C.3. Realizabilidad, seriedad y licitud de la causa.**

La realizabilidad de la causa refiere a la verificación de que el negocio jurídico, simplemente, funcione. Ello determina que ante el incumplimiento de este requisito, al ubicarnos dentro del plano funcional del negocio, se genere un supuesto de ineficacia y no de invalidez; muestra de ellos es la figura conocida como “frustración de la causa”.

La seriedad de la causa está relacionada con un juicio de relevancia respecto de la misma y no respecto a un juicio de protección<sup>105</sup>; en otros

<sup>102</sup> En la judicatura nacional se ha advertido que: “Se hace una interpretación errónea del inciso 3 del artículo 219° del Código Civil, si se considera que la venta que hizo quien había transferido el mismo bien a otra persona, es un acto físico o jurídicamente imposible, pues se estaría confundiendo el objeto del contrato con el acto jurídico, y en este caso el objeto es la transferencia en venta de un bien que se halla entre el comercio de los hombres, como es un lote de terreno, que no tiene la connotación de ese dispositivo” (Casación N° 27 – 98 Lima. Diario El Peruano del 22 – 01 – 99. Pág. 2524)

<sup>103</sup> Código Civil peruano. Artículo V Título Preliminar.- “Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres”

<sup>104</sup> Por ello consideramos que el requisito de la licitud es aplicable a un doble nivel en los actos de cooperación humana: (i) en el plano estructural, el análisis de la licitud debe realizarse sobre la causa del negocio jurídico; y, (ii) en el plano funcional, es plenamente aplicable a la prestación, que es un elemento de la relación jurídica obligatoria.

<sup>105</sup> BATISTA FERRI, Giovanni. “Ancora in tema di meritevolezza dell’interesse”. En: *Saggi di diritto civile*. pp. 429-430. Citado por MORALES HERVIAS, Rómulo. Estudios sobre Teoría general del contrato. Lima: Editora Jurídica Griñley, 2006. p. 282.

términos, la causa debe estar presente en el negocio y caracterizada por su sensatez, de tal manera si nos encontramos ante una vinculación basada en finalidades concretas hechas “en juego”, el negocio jurídico sería nulo, al incumplirse un requisito de validez que afecta la estructura misma del negocio.

Finalmente, la licitud (que es el único requisito que el legislador nacional ha reconocido expresamente a la causa, al hablar de un fin lícito<sup>106</sup>) refiere a la protección legal de la finalidad; es decir, a la juridicidad del interés concreto exteriorizado del sujeto, aquí se aprecia que nos referimos a un juicio de protección. Por ende, como hemos indicado, no debe ser contrario a la ley, al orden público y a las buenas costumbres<sup>107</sup>.

#### C.4. La formalidad.

Conforme lo hemos indicado, al desarrollar los elementos del negocio jurídico, la formalidad refiere a la exigencia normativa (pública) de la observancia de un modo especial de exteriorización de la voluntad interna. Ésta se impone por razones de seguridad jurídica dinámica, así, por ejemplo, si un sujeto desea que otro actúe a su nombre e interés, mediante un negocio de apoderamiento, y además disponga de bienes que son de su propiedad deberá celebrar dicho negocio utilizando la forma escritural pública. La ausencia de este requisito determinará la nulidad del mismo, conforme a la sanción impuesta por el sistema jurídico (que se sustenta en la protección especial de determinadas situaciones jurídicas de interés social).

<sup>106</sup> Código Civil Peruano. Artículo 140.- “El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere: (...)

3. **Fin lícito (...)** (las negritas son nuestras)

<sup>107</sup> Respecto al tema es importante tener presente la noción de licitud que nuestra Corte Suprema considera. Así podemos apreciarla en las siguientes Casaciones: “El acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito. Esta norma hace alusión a la finalidad del acto jurídico, la misma que exige que sea lícito, pues éste no puede servir de instrumento para realizar efectos antisociales, por ende, el legislador quiso aludir a la finalidad del acto como repercusión social y económica del negocio celebrado” (Casación N° 1011 – 97 Lima. Diario El Peruano 26 – 11 – 98. Pág. 2121). “Deberá interpretarse el fin ilícito también como finalidad del acto jurídico contra las buenas costumbres, lo que, en todo caso, corresponderá calificar al Juez. La invocación del fin ilícito del acto jurídico resulta suficiente para sancionarlo con nulidad” (Casación N° 2988 – 99 Lima. Diario El Peruano 17 – 09 – 00. Pág. 6293). “Hay que convenir que es ilícito todo aquello contrario a las normas legales imperativas (ius cogens), especialmente aquellas que tipifican un ilícito penal, y que, para determinar si se produce ese fin, será necesario examinar la causal del contrato, el motivo común a las partes contratantes, las condiciones que lo delimitan y su objeto” (Casación N° 2988 – 99 Lima. Diario El Peruano 17 – 09 – 00. Pág. 6293).

### C.5. Voluntad sin vicios y estructurada.

La manifestación de voluntad (en su sentido amplio), para que estemos ante un elemento válidamente construido y no genere la ineficacia estructural del negocio jurídico debe cumplir dos requisitos: (i) formación de la voluntad libre de vicios y (ii) adecuación al procedimiento, determinado por la ley o por las partes, para la estructuración de la manifestación.

Respecto al primer requisito, formación de voluntad libre de vicios, afirmamos que la voluntad declarada del sujeto debe ser plena; es decir, carecer de defectos en su construcción y eficacia, en ese sentido la voluntad que será objeto de declaración no deberá estar afectada por los denominados “**vicios de la voluntad**”<sup>108</sup>, a saber: error, dolo, violencia e intimidación; el error (falsa representación de la realidad), el dolo (intención de engañar o inducir a un equívoco en la formación de la voluntad conjunta), violencia (ejercicio de una fuerza física o psicológica con el propósito de reducir o eliminar la resistencia de un sujeto e imponerle una voluntad diversa a la suya) y la intimidación (coacción o amenaza, cierta e inminente, de afectación con el propósito de imponer una voluntad).

Para nuestro Código Civil, conforme al artículo 221, se incurriría en un supuesto de anulabilidad<sup>109</sup> (ineficacia estructural). Por ende, los sujetos involucrados podrían subsanar dicha anomalía mediante un acto de confirmación. No obstante, creemos que la violencia y la intimidación no son supuestos subsanables (vía confirmación) al existir un caso de privación de la libertad del sujeto la que, desde nuestro punto de vista, es esencial para la formación de un negocio jurídico.

---

<sup>108</sup> Para un desarrollo sobre estos temas, en particular, revisar BIGLIAZZI GERI, Lina y otros. Op. cit. pp. 810-865, PIETROBON, Vittorino. El error en la doctrina del negocio jurídico. Traducción y extensas anotaciones y concordancias al Derecho Español por Mariano Alonso Pérez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1971. pp. 425-492, CORSARO, Luigi. La violencia en el Derecho civil italiano. Traducción de Leysser L. León del título original: voz “Violenza (diritto civile)”. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. XXXII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994.; y desde una perspectiva voluntarista del tema, a nivel nacional, ver el trabajo de LEÓN, Leysser L. “Apuntes sobre el papel de la voluntad en los negocios jurídicos (con especial referencia a los contratos). En: *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Selección, traducción y notas de Leysser L. León. Segunda edición. Lima: Ara editores, 2004. pp. 877-936

<sup>109</sup> Código Civil peruano. Artículo 221.- “El acto jurídico es anulable: (...) 2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación. (...)”

En cuanto al segundo requisito, adecuación al procedimiento para la estructuración de la manifestación de voluntad, está referido a aquellos supuestos en los cuales, las partes (a través de su reglamento negocial normativo) o el Estado (a través de dispositivos legales preestablecidos) determinan los mecanismos exactos y determinados; a través de los cuales, se debe realizar el procedimiento de la formación de la conducta expresiva negocial<sup>110</sup>, y en consecuencia, cualquier particular que quiera exteriorizar su voluntad referido al negocio en concreto, tendrá que adecuarse a dicho procedimiento, de lo contrario se estructuraría un supuesto de ausencia de manifestación de voluntad, lo que determine la nulidad<sup>111</sup> del negocio jurídico.

**Finalmente, en nuestro caso: el primer negocio es plenamente válido, ya que se configuran todos y cada uno de los elementos, presupuesto y requisitos del contrato de depósito (se debe precisar, que, de manera intencional no se han abordado los supuestos de ineficacia sobrevenida del negocio, ni los de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones). El segundo negocio, ha sido celebrado por un sujeto capaz, pero carente de legitimidad (dado que no es propietario del bien, y en consecuencia ineficaz frente a Julio), sin que ello obste a que el negocio produzca efectos frente a Carlos, debido a que se presume su buena fe (salvo que se demuestre lo contrario), esto último ex artículo 948 del C.C.<sup>112</sup>**

---

<sup>110</sup> Esto resulta de especial aplicación, por ejemplo, en los supuestos contrataciones y adquisiciones con el Estado, en sus diversas modalidades; o en los supuesto de redes contractuales complejas (fideicomisos, franquicias, arrendamientos, edición, etc.)

<sup>111</sup> Código Civil peruano. Artículo 219.- “El acto jurídico es nulo:  
1. Cuando falta manifestación de voluntad del agente. (...)”

<sup>112</sup> Código Civil peruano. Artículo 948.- “Quien de buena fe y como propietario recibe de otro la posesión de una cosa mueble, adquiere el dominio, aunque el enajenante de la posesión carezca de facultad para hacerlo. Se exceptúan de esta regla los bienes perdidos y los adquiridos con infracción de la ley penal”

### TEMA 3: INEFICACIA DEL NEGOCIO JURIDICO

Tal como lo hemos indicado, al inicio del presente artículo, un problema frecuente del litigante es la labor demostrativa de la invalidez del negocio jurídico. Así, a continuación, propondremos algunas ideas respecto a los negocios inválidos con el propósito de coadyuvar a la solución de algunos impases en la resolución de controversias. Para tal fin efectuaremos nuestro análisis teniendo en cuenta las causales expuestas en el Código Civil sobre nulidad<sup>113</sup> y anulabilidad del negocio jurídico (acto jurídico).

En primer lugar debemos indicar que la invalidez es una categoría que se encuentra inmersa en la “INEFICACIA DEL NEGOCIO JURÍDICO”. Así, la ineficacia (género) refiere a la inoperatividad del negocio jurídico, es decir, cuando éste no produce efectos por existir una causa estructural o funcional que determina tal consecuencia.

Así, la norma jurídica privada negocial no produce las consecuencias jurídicas valoradas cuando existen problemas en sus presupuestos, elementos o requisitos. De este modo, la causa invocada puede implicar un defecto estructural insubsanable (por imperio de la voluntad de los involucrados) o subsanable (mediante la confirmación). En el primero de los escenarios nos encontramos ante un supuesto de NULIDAD y en el segundo de los casos, es un supuesto de ANULABILIDAD.

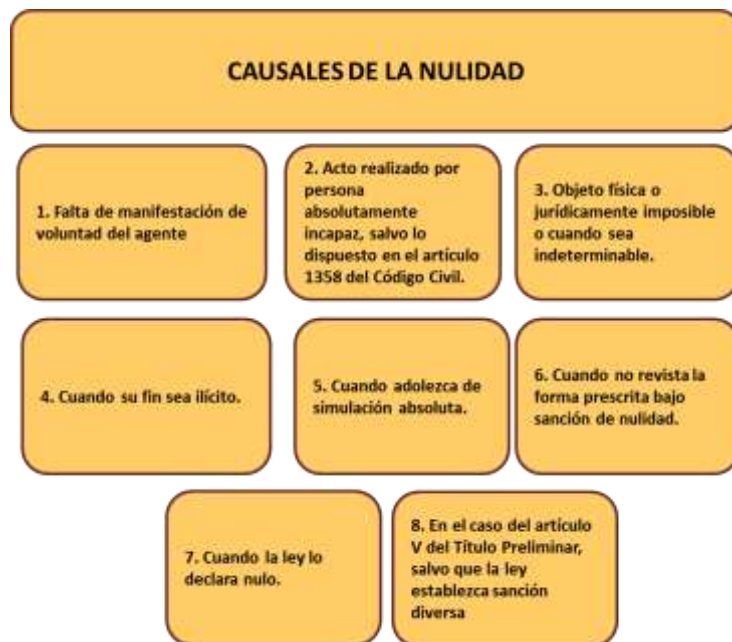
Cabe desarrollar las diferencias esenciales entre éstas dos situaciones anómalas del negocio jurídico para luego exponer algunas ideas sobre las causas que la determinan.

---

<sup>113</sup> Una Doctrina autorizada (Ver: Rómulo Morales Hervías. “Material del Programa de Formación de Aspirantes (PROFA) del módulo de Derecho Civil”) considera que en el Perú también existe la categoría de inexistencia aplicable a tres supuestos: la ausencia de las partes, del objeto y de la causa. Ello se sustenta en lo dispuesto por el numeral 7 del artículo 219 del Código Civil, dado que dicho dispositivo legal considera que para invocar la nulidad del negocio jurídico tiene éste que estar expresamente regulado en la ley. Nosotros discrepamos con ello puesto que el numeral 1 del artículo 219 del Código Civil considera que hay nulidad por ausencia de manifestación de voluntad o cuando el objeto es indeterminable. Por ende, éstos refieren a un caso de invalidez y no de inexistencia.

NULIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO	ANULABILIDAD DEL NEGOCIO JURÍDICO
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Afecta un interés público.</li> <li>• Implica un defecto esencial en la estructura del negocio (presupuestos, elementos o requisitos).</li> <li>• Se sustenta en las causales previstas de modo literal en el artículo 219 del Código Civil pero también puede ser tácita (virtual).</li> <li>• No cabe la confirmación pero si la conversión (por propia postulación de la norma jurídica).</li> <li>• La legitimidad para obrar activa recae en cualquier afectado e incluso el Ministerio Público.</li> <li>• La sentencia es declarativa.</li> <li>• Prescribe a los diez años.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Afecta un interés privado.</li> <li>• Implica un defecto esencial en la estructura del negocio aunque subsanable o remediable.</li> <li>• Se sustenta en las causales previstas de modo literal en el artículo 221 del Código Civil. No cabe la aplicación de una causa virtual o aparente.</li> <li>• Cabe la confirmación del negocio jurídico siempre que se realice con las mismas formalidades del negocio jurídico subsanado.</li> <li>• La legitimidad para obrar activa sólo recae en el perjudicado, conforme al contenido del negocio.</li> <li>• La sentencia es constitutiva.</li> <li>• Prescribe a los dos años.</li> </ul>

A continuación detallaremos cada una de las causales de nulidad y anulabilidad poniendo énfasis en la actividad probatoria de las partes.

**A. NULIDAD:****1. Falta de manifestación de voluntad del agente.**

Conforme al Código Civil peruano es nulo el acto jurídico cuando hay una falta de manifestación de voluntad de agente<sup>114</sup>, es decir, cuando no existe ni manifestación de voluntad expresa ni manifestación tácita de quien se le atribuye la celebración de un negocio jurídico. En este caso, la labor demostrativa, dependiendo quién tiene el dominio de la prueba, se efectuará del siguiente modo:

Si la prueba es de dominio del demandante, éste tiene la carga de acreditar que el negocio que se le atribuye no ha sido suscrito por él, así por ejemplo, si se ha exhibido un documento que aparentemente él ha elaborado y firmado, tendrá que ofrecer como medio probatorio una pericia grafotécnica que determine que la letra y firma que yacen en el documento no son suyas; de ser el caso, que sí es su firma pero ésta fue signada en un papel en blanco (descuido frecuente en el que se incurre en nuestro país)

<sup>114</sup> Conforme a HORSTER (citado por Morales Hervias, op.cit) la declaración de voluntad implica la unión de tres voluntades: la voluntad de acción, la voluntad de declaración y la voluntad de reglamento de intereses. La voluntad de acción implica el querer y conocer del actor respecto a lo que hace. La voluntad de declaración existe cuando hay conciencia de que el comportamiento o manifestación expuesta significan una declaración. Finalmente, hay voluntad de reglamento de intereses cuando la voluntad está dirigida a la celebración de un acto de autonomía privada mediante la reglamentación de intereses.

deberá ofrecer una pericia con el propósito de acreditar la antigüedad del documento (mediante el uso del carbono catorce) y la autenticidad del mismo.

Si la prueba es dominio del demandado, el demandante puede solicitar al demandado la exhibición del documento que “aparentemente” firmó y en el que, se afirma, yacen las normas del contrato suscrito.

Suele, además, indicarse que el presente supuesto de nulidad también refiere a la existencia de violencia o intimidación, así como a los negocios sin seria intención de contratar. Respecto a la acreditación de la violencia debemos indicar que hay que demostrar su existencia y el efecto determinante de ésta (la suscripción no deseada de un documento negocial); así, la acreditación de la violencia requerirá de la respectiva certificación del médico legista (por las lesiones sufridas) o de un galeno autorizado (aunque esta prueba podría ser cuestionada) y el efecto o acreditación de la conexidad entre esta agresión y la suscripción del documento podrá ser demostrado ofreciendo una declaración de parte y testimoniales. En el caso de la intimidación, será necesario un informe psicológico que acredite la existencia de temores o miedos que conllevaron a la suscripción del negocio no deseado.

Finalmente debemos puntualizar que, para nuestro Código Civil, la violencia y la intimidación son causas de anulabilidad.

## **2. Acto realizado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358 del Código Civil.**

Conforme a los artículos 42 y 43 del Código Civil peruano, el negocio jurídico debe celebrarse por persona capaz, siendo nulo el negocio suscrito por persona absolutamente incapaz. Las causas de incapacidad absoluta son: a) ser menor de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por ley (en el presente caso, la labor demostrativa, relativa a la edad, no es necesaria dado que el juez deberá acceder al sistema interconectado de RENIEC para acreditar la edad del sujeto, así mismo, la partida de nacimiento (documento público) no es necesario que sea ofrecido en el proceso dada la naturaleza de éste y del hecho acreditado. No obstante, si se afirma la existencia de un acto permitido por la ley para que un menor de dieciséis años celebre, bastará con acudir al artículo 1358 del Código Civil que refiere

a los “actos de la vida cotidiana” y apelar a una interpretación judicial al respecto.

Respecto a las causales del numeral segundo y tercero, bastará ofrecer un examen psiquiátrico (para los privados de discernimiento) o médico (para acreditar que el sujeto es sordomudo, ciegosordo o ciegomudo) salvo que en la documentación obrante en RENIEC se indique tal situación. Ahora bien, el Código Civil ha introducido un hecho adicional que debe ser considerado: “que no puedan expresar su voluntad de manera indubitable”. Al respecto, creemos conveniente que el demandante ofrezca como medio demostrativo la aplicación de un informe pericial respecto a la capacidad comunicativa del incapaz o, de ser posible, que el juez se entreviste con tal sujeto con el propósito de verificar si éste es capaz de comunicarse por sí sólo de modo indubitable.

### **3. Objeto física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.**

Tal como lo habíamos advertido en el estudio preliminar, el objeto es el bien que reporta una utilidad al sujeto que lo valora, por lo que la imposibilidad (originaria) física<sup>115</sup> o jurídica, así como su indeterminación, deben ser acreditados:

- a) Cuando refiere a la imposibilidad física, mediante documentos, pericia (cuando sea indispensable una opinión técnica) o una inspección judicial (cuando se requiera que el juez se constituya en el lugar y aprecie la imposibilidad material del bien) salvo que sea un hecho o suceso notorio o evidente (que un ser humano sea contratado para volar por sus propios medios; ello es imposible y no necesita de prueba alguna dado su evidencia).
- b) Cuando refiere a una imposibilidad jurídica, con el simple señalamiento de la norma jurídica dado que no es necesario demostrar la existencia de un dispositivo legal.

---

<sup>115</sup> Conforme a NAVARRETA (cita de MORALES HERVIAS, op.cit) la posibilidad física refiere a la obtención de un bien que pueda materialmente existir o que exista sucesivamente o una utilidad derivada de un comportamiento programático en concreto realizable. Mientras que la posibilidad jurídica refiere al caso en que a priori particulares tipos de acto de autonomía privada no toleran tener determinados objetos. Por ejemplo: no puedo hipotecar un bien mueble.

c) La indeterminación: con documentos (como el propio documento negocial en el que yace la falta de determinación del objeto).

#### **4. Cuando su fin sea ilícito.**

Tal como se había indicado en la primera parte del presente artículo, el fin refiere a la causa y ésta al propósito práctico individual perseguido con el negocio jurídico. La ilicitud alude a la contravención de la ley, el orden público y las buenas costumbres.

Desde nuestro punto de vista, bastará con la exhibición del documento (en caso en éste se perciba el propósito perseguido por los sujetos) o con la declaración de parte (en el que se cuestione al demandado para que responda cuál fue el propósito perseguido) para que se contraste con la norma jurídica (que no debe acreditarse sino sólo invocarse) y se demuestre que existe una incompatibilidad o ilicitud.

#### **5. Cuando adolezca de simulación<sup>116</sup> absoluta.**

En el presente supuesto deberá exhibirse el documento (en el que yace el “aparente negocio jurídico”) y acreditarse que la situación descrita no existe. Para tal fin, podrá solicitarse la inspección judicial para que aprecie personalmente los hechos (por ejemplo, visualice que el bien nunca fue vendido y que el demandante habita el bien como propietario conforme a ley; o que nunca fue adquirido el bien que se describe en el contrato ni pagado precio alguno), la exhibición de otros documentos que acrediten la realidad de los hechos o la toma de declaraciones (de parte o testimoniales) por la que se cuestione la existencia de los sucesos acaecidos y se acredite que estos no ocurrieron.

---

<sup>116</sup> Hay simulación cuando existe un acuerdo entre las partes (acuerdo simulatorio) con el propósito de engañar (inducir a error) a terceros.

## 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

En el presente caso, es suficiente la exhibición del documento con el propósito de acreditar que éste no ha cumplido con la formalidad requerida.

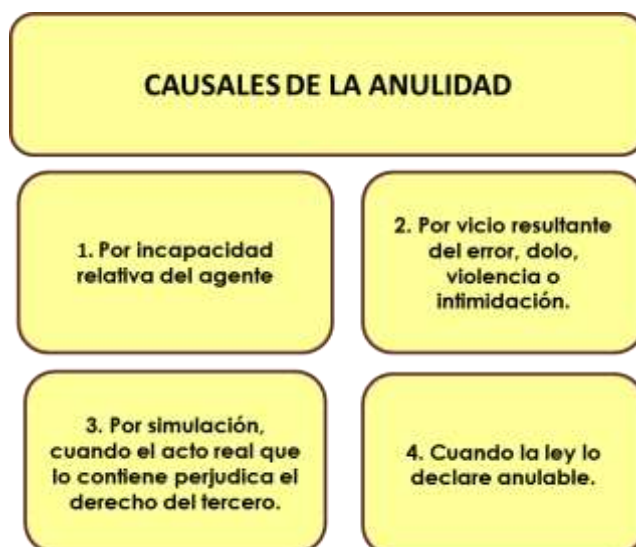
## 7. Cuando la ley lo declara nulo.

En el presente supuesto, no es necesaria la acreditación o labor demostrativa respecto a la causa de invalidez, en tanto refiere a la existencia de una norma jurídica que declara nulo el negocio celebrado por lo que sólo será necesario ofrecer como medio demostrativo la exhibición del documento (en el que yace el negocio jurídico) para que el juez constate si éste es nulo por mandato de la ley.

## 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Tal como sucede en el supuesto anterior, sólo será suficiente la exhibición del documento negocial para que el juez constate si éste es contrario a una norma que interesa al orden público o a las buenas costumbres.

### B. ANULABILIDAD:



## **1. Por incapacidad relativa del agente.**

Del mismo modo como lo hemos indicado en el comentario al supuesto de nulidad por incapacidad absoluta del agente, en el presente caso bastaría con remitirnos a lo dispuesto en los artículos 42 y 44 del Código Civil peruano. Así, el demandante tendrá que acreditar mediante pruebas psicológicas que el sujeto sufre de retardo mental que le impide celebrar negocios jurídicos; así mismo, mediante pruebas psiquiátricas deberá acreditar la existencia del deterioro mental que le impide expresar libremente su voluntad (aunque en este último aspecto, tendrá que acreditarse si el sujeto puede o no comunicarse con libertad, no es suficiente la prueba del deterioro; en lo que concierne al pródigo y al mal gestor será necesaria una prueba psicológica; y respecto a los ebrios habituales y los toxicómanos será importante la prueba médica y psicológica del sujeto.

Es importante señalar que la incapacidad del sujeto es objeto de un proceso de interdicto por lo que podría afirmarse que la labor probatoria, en estos casos, sería suficiente (y necesario) con la exhibición de la sentencia que resuelve declarar la incapacidad del sujeto y el nombramiento de un representante legal; por lo que la ausencia de esta resolución implicaría que el sujeto es plenamente capaz y por lo tanto el negocio es válido. Desde nuestro punto de vista, ello no es exacto puesto que la incapacidad puede ser evidente y afectar la celebración de un negocio jurídico sin que haya existido un proceso de interdicto previo.

## **2. Por vicio resultante del error, dolo, violencia o intimidación.**

La causa de anulabilidad por vicio de voluntad se acredita dependiendo cuál causa es invocada. Así, si se invoca el error tendrá que acreditarse que éste es esencial (se sustenta en la norma jurídica), es cognoscible (no pudo evitarse en situaciones similares y con la normal diligencia) y es determinante de la voluntad (que conociéndose la realidad no se hubiese celebrado el negocio). Si se invoca el dolo, además de lo anterior debe acreditarse el acto de engaño o la omisión necesaria para evitar que el sujeto incurra en error. En el caso de la violencia y la intimidación nos remitimos a lo antes expuesto (ver punto uno sobre nulidad; ausencia de manifestación de voluntad).

### **3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho del tercero.**

La presente causa de anulación no es clara dada la pésima redacción del supuesto normativo. Tal como es de nuestro conocimiento, la simulación relativa es aquel supuesto en el que se aparenta la celebración de un determinado negocio jurídico (negocio aparente o simulante) cuando en realidad existe otro (negocio real o disimulado). En este caso, consideramos que el negocio simulante no existe y el disimulado, será válido siempre que cumpla con los presupuestos, elementos y requisitos del negocio. Por tal razón, no entendemos por qué el Código Civil considera a la simulación relativa como un supuesto de anulabilidad. Primero, no resulta claro cuál es el negocio anulable dado que (aparentemente) refiere al negocio simulante (dice: “el acto real que lo contiene”; por lo que el continente es el “negocio aparente”) no obstante, hemos señalado, que este negocio no existe. Segundo, si refiere al acto disimulado y este perjudica el derecho de tercero entonces es nulo dada su ilicitud, por lo que tampoco justifica la anulabilidad.

### **4. Cuando la ley lo declare anulable.**

Respecto a la causa señalada, será suficiente invocar la norma dado que no es necesario probar la existencia de un supuesto normativo. El juez tendrá que constatar la existencia de un supuesto de invalidez tras la revisión de su contenido y el mandato normativo.

Finalmente, cabe la siguiente pregunta: ¿Qué diferencia la invalidez con la ineficacia funcional?

Para dar respuesta a esta pregunta elaboraremos un cuadro comparativo y luego presentaremos cada una de las pretensiones de ineficacia en otro cuadro.

INEFICACIA ESTRUCTURAL	INEFICACIA FUNCIONAL
Refiere a los problemas existentes en el contenido del negocio jurídico, sea en sus presupuestos, elementos o requisitos.	Refiere a problemas existentes en el funcionamiento del negocio, es decir, en su operatividad por una causal diversa a la estructura negocial.

#### TIPOS DE INEFICACIA FUNCIONAL

<b>RESCISIÓN</b>	Es aquella que se produce por problemas de funcionamiento al momento de la celebración del negocio jurídico. Tenemos a la lesión, a la compraventa de bien ajeno como propio y la compraventa de un bien por extensión o cabida cuando la diferencia es mayor a la décima parte.
<b>RESOLUCIÓN</b>	Es aquella que se produce por una causal sobreviniente que afecta al funcionamiento del negocio. Puede ser: a) Por incumplimiento; b) Por imposibilidad y c) Por frustración.  Tipos de Resolución: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Resolución por cláusula.</li> <li>• Resolución por incumplimiento.</li> <li>• Resolución de pleno derecho.</li> </ul>

<b>REVOCACIÓN</b>	Cuando se deja sin efecto una designación unilateral o un efecto jurídico nacido de actos unilaterales.
<b>RETRACTO</b>	Cuando al existir un derecho de preferencia, se afecta el derecho del preferido al ofrecerse el bien a un tercero. En dicho caso, cabe el retracto para que el acto de disposición del bien no se aplique contra el preferido, sustituyendo éste al tercero adquirente.
<b>REVERSIÓN</b>	Cuando el negocio jurídico es unilateral y gratuito; en cuyo caso se pueden imponer cargos o modos y al no cumplirse éstos entonces el bien debe ser devuelto.
<b>INOPONIBILIDAD</b>	Cuando el negocio jurídico no puede producir efectos contra el acreedor accionante al existir actos de disposición “no autorizados” que perjudican el cobro del crédito (fraude).
<b>CADUCIDAD</b>	Transcurso del tiempo que extingue el derecho surgido; o suceso que determina la ineficacia del contrato.

**TEMA 4: LA INEFICACIA DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN EXCLUSIVA (POR UNO DE LOS CÓNYUGES) DE LOS BIENES SOCIALES. A PROPÓSITO DEL OCTAVO PLENO CASATORIO CIVIL.****1. Antecedentes.**

El 22 de diciembre del año 2015 se realizó la audiencia pública del VIII Pleno Casatorio Civil. El tema que se analizó por los jueces supremos en lo civil fue el siguiente: el acto jurídico por el que uno de los cónyuges dispone de bienes de la sociedad de gananciales sin la intervención del otro, ¿es un acto jurídico nulo, anulable o ineficaz? En otras palabras, se dilucidaron los alcances del artículo 315 del Código Civil.

La Corte Suprema ha venido asumiendo dos posiciones al respecto: (i) que se tratan de actos jurídicos nulos, mientras que en otros casos se concluye que son (ii) actos jurídicos ineficaces. Se cita como ejemplos de esta contradicción las casaciones N°s 111-2006-Lambayeque, 336-2006-Lima, 2535-2003-Lima, 2893-2013-Lima y la 835-2014-Lima.

Al no existir criterios de interpretación uniformes ni consenso respecto sobre el particular, la Corte Suprema decidió convocar a este octavo pleno para uniformizar criterios sobre el particular. El caso en particular que fue materia de resolución es la Casación N° 3006-2015-Junín (nulidad de acto jurídico).

Cabe señalar que a mediados de octubre, en el IV Pleno Jurisdiccional Civil 2015 realizado en la ciudad de Arequipa, los jueces superiores de todo el país, por mayoría, opinaron que debía considerarse como nulo el acto de disposición de un bien de la sociedad de gananciales (bien social) por uno de los cónyuges sin intervención del otro. No obstante, la votación fue muy ajustada: 49 votos a favor contra 45 que opinaban que dicho acto debía ser ineficaz.

## 2. LOS CRITERIOS DE LOS AMICUS CURIAE

Para la realización de la Audiencia Pública con ocasión del Octavo Pleno Casatorio Civil se convocó a cinco especialistas, quienes expusieron sus puntos de vista e ilustraron a los jueces supremos sobre el particular.

Los *amicus curiae* fueron los destacados profesores Gastón Fernández Cruz, Álex Plácido Vilcachagua, Enrique Varsi Rospigliosi, Rómulo Morales Hervias y Giovanni Priori Posada.

El primer *amicus curiae* en intervenir fue Gastón Fernández Cruz, quien sostuvo que la sanción correspondiente a la disposición unilateral realizada por un cónyuge sobre los bienes de la sociedad conyugal debe ser la ineficacia en sentido estricto, toda vez que –afirmó– lo que se cuestiona en este tipo de actos es la falta del presupuesto de legitimidad. Asimismo el mencionado especialista analizó los dos casos que se desprenden del artículo 315 del Código Civil: cuando el cónyuge actúa en nombre ajeno (exceso y ausencia de poder de representación), para lo cual el remedio consideró debía ser lo establecido en el artículo 161 (ineficacia); y cuando el cónyuge se arroga la titularidad del bien (compra de bien ajeno), supuesto en el cual el remedio será lo previsto en los artículos 1539 y 1540 (rescisión-ineficacia).

El segundo *amicus curiae* en exponer fue Álex Plácido Vilcachagua, quien se pronunció a favor de la nulidad de todo tipo de acto de disposición que realice un cónyuge sin el consentimiento de su pareja. Aseguró que en estos casos estamos frente a la nulidad de acto jurídico por falta de manifestación de voluntad. Precisó que la sanción al artículo 315 no puede ser la anulabilidad, porque ello debería haber sido estipulado expresamente por el ordenamiento jurídico.

El tercer *amicus curiae* en presentar su posición fue Enrique Varsi Rospigliosi, quien afirmó que la sanción jurídica a lo dispuesto por el artículo 315 del Código Civil es la ineficacia suspendida. Esto quiere decir que, ante la disposición unilateral de un bien social, existiría la posibilidad de que se confirme dicho acto y sea subsanado por las partes, lo que permitirá reducir los costos de transacción. Pero –advirtió el profesor Varsi– en los casos de colusión de uno de los cónyuges con un tercero deberá aplicarse la sanción de nulidad por presentarse en este caso un fin ilícito. En conclusión, se deberá analizar caso por caso para encontrar el remedio correcto, señaló.

Posteriormente, el cuarto *amicus curiae* fue Rómulo Morales Hervías, quien consideró que dentro del primer párrafo del artículo 315 se recoge una legitimidad directa (participación de ambos cónyuges) y una legitimidad indirecta (posibilidad de representación). Afirmó que la falta de esa legitimidad podrá originar la ineficacia del acto de disposición. Concluyó señalando que estos actos de disposición unilateral de los bienes sociales serán válidos y eficaces para el cónyuge que dispuso del bien y para el tercero, pero serán pasibles de ratificación por el otro cónyuge; en caso contrario, podrá solicitar la inoponibilidad vía judicial.

Finalmente, el quinto *amicus curiae* fue Giovanni Priori Posada, quien afirmó que la sanción a lo dispuesto por el artículo 315 del Código Civil es la ineficacia por falta de legitimación. Asimismo señaló que una solución procesal que podrían asumir los jueces, frente a los casos ya planteados de nulidad de acto jurídico, sería la reconducción de la pretensión como un supuesto de excepción al principio de congruencia. Por lo tanto, consideró que el juez jugará un rol importante al analizar caso por caso los supuestos planteados.

Para nosotros los actos de disposición realizados por uno de los cónyuges de modo exclusivo es ineficaz (inoponible) frente al cónyuge que no participó en su celebración. De este modo consideramos que existe un supuesto de ilegitimidad asimilable a la ausencia de representación que en el artículo 161 del Código Civil determina la “ineficacia para con quien es el representado o supuesto representado del acto de disposición realizado por quien dice tener la representación o carece de esta”.



## RESUMEN

1. El Negocio Jurídico es una norma jurídica privada que es el resultado de la autonomía privada (en ejercicio de sus libertades: a) de vinculación y b) de creación normativa).
2. Los presupuestos del Negocio Jurídico son: a) Sujetos y b) Objetos.
3. Los elementos del Negocio Jurídico son: a) La manifestación de voluntad; b) La causa y c) La forma.
4. Los requisitos del Negocio Jurídico son: a) El agente capaz; b) El Objeto física y jurídicamente posible; c) El fin lícito; d) La forma solemne y e) La voluntad sin vicios.
5. Cuando se dispone de un bien social o ganancial por uno de los cónyuges de modo exclusivo no hay un problema de construcción del Negocio Jurídico puesto que este es plenamente válido siendo un escenario de ilegitimidad.
6. Existe ilegitimidad cuando un sujeto actúa careciendo de la representación de otro o cuando la representación es insuficiente o defectuosa. En este caso el cónyuge, quien actúa de modo exclusivo, carece de legitimidad siendo el contrato celebrado inoponible.



## AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Qué es un Negocio Jurídico?
2. ¿Cuáles son los presupuestos, elementos y requisitos del Negocio Jurídico?
3. ¿Qué es eficacia y validez del Negocio Jurídico?
4. ¿Cuáles son los tipos de ineficacia del Negocio Jurídico existentes?
5. ¿Qué subtipos de invalidez conoce? Diferencie la nulidad y la anulabilidad del Negocio Jurídico.
6. ¿Qué subtipos de ineficacia funcional conoce? Precise cuáles son.
7. ¿Cuándo se consolida la voluntad de la sociedad conyugal? ¿Es necesaria la participación de ambos cónyuges?



## LECTURAS PROPUESTAS

### Lectura Obligatoria:

- **GONZALES BARRON, GUNTHER.** “Venta por un solo cónyuge del bien social y otras hipótesis similares: propuestas de solución”

### Lectura Complementaria:

- **TANTALEAN ODAR, Reynaldo.** “La legitimación negocial y la tolerancia de la nulidad comentarios a la Casación N°1382-2007-LIMA”

(Disponible en el anexo de lecturas).



## CASOS SUGERIDOS

- Caso N° 1: Octavo Pleno Casatorio Civil (**Disponible en el aula virtual**)
- Caso N° 2: Casación N°336-2006-Lima
- Caso N° 3: Casación N°835-2014-Lima

**Caso N° 2: CAS. N° 336-2006-LIMA.  
NULIDAD DE ACTO JURÍDICO.**

**Lima, veintiocho de agosto de dos mil seis. La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la causa vista en audiencia pública de la fecha emite la siguiente sentencia;**

**MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandante Luzmila Montes Gamarra, contra la sentencia de vista de fojas quinientos dieciocho, su fecha seis de junio del dos mil cinco; que declara Nula la apelada de fojas doscientos cuarenticinco, fechada el seis de diciembre del dos mil, que declaraba Fundada la demandada, en los seguidos por Luzmila Montes Germina contra el Banco Continental y otros sobre nulidad de actos jurídico y otro;

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** La Corte mediante resolución de fecha ocho de mayo del año en curso, ha estimado Procedente el recurso por las causales de: i) inaplicación de los artículos ciento cuarenta inciso primero, doscientos diecinueve inciso primero, trescientos quince y dos mil doce del Código Civil; y, ii) aplicación Indevida del artículo dos mil catorce del mismo Código; expresando la recurrente como fundamentos: i) Inaplicación: que en la sentencia de vista no se ha tenido en cuenta los artículos ciento cuarenta inciso primero, doscientos diecinueve inciso primero, trescientos quince y dos mil doce del Código sustantivo, puesto que en la constitución de la hipoteca no ha intervenido la sociedad conyugal la cual para gravar sus bienes requiere de la intervención de ambos, lo que no ha ocurrido en autos, ya que no ha intervenido la actora; que la información de que la fábrica sobre el terreno sub júdice es de propiedad de la sociedad conyugal ya constaba de la misma declaratoria inscrita cuatro años antes de la hipoteca, no modificando esta situación el hecho de que con posterioridad a la hipoteca se inscriba una aclaración expresa sobre el estado civil; ii) Aplicación indebida: que la Sala Revisora ha aplicado indebidamente el artículo dos mil catorce del Código Civil, dado que el principio de fe pública registral no opera cuando las causas de nulidad constan del mismo registro; y esto se presente en el presente caso desde que en la misma Ficha del Inmueble sub júdice aparece inscrita no solo la

fábrica a nombre de la actora y del codemandado, sino también un Contrato de Mutuo con Garantía Hipotecaria del treinta de junio de mil novecientos ochentiséis otorgada a la actora y el codemandado, que sirvió precisamente para construir la casa; así como la correspondiente cancelación del mutuo levantamiento de hipoteca;

**CONSIDERANDO:**

**Primero.-**

Que, este Supremo Tribunal en reiterada y uniforme jurisprudencia ha establecido que, de acuerdo a la Ley y a la doctrina, la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales es la de un patrimonio autónomo e indivisible que goza de garantía institucional, integrado por un universo de bienes, en el que no existen cuotas ideales las cuales son propias al Instituto jurídico de copropiedad o condominio;

**Segundo.-**

Que, en efecto, los bienes gananciales o sociales son aquellos que adquieren los cónyuges a título común, lucrativo u oneroso; durante la vigencia del matrimonio, de conformidad con los artículos trescientos diez y trescientos once del Código Civil y tiene fin cuando el régimen de sociedad de gananciales fenece, de acuerdo a los artículos trescientos diecinueve y trescientos veintitrés del mismo Código; distinguiéndose de la copropiedad, en tanto esta se define como el dominio de un bien tenido en común por varios sujetos, quienes son titulares de cuotas ideales en igual proporción respecto del bien;

**Tercero.-**

Que, en ese orden, de acuerdo al artículo trescientos diez, in fine, del citado Código, tienen también la calidad de bienes sociales los edificios construidos a costa del caudal social en suelo propio de uno de los cónyuges, abonándose a este el valor del suelo al momento del reembolso;

**Cuarto.-**

Que, en tal virtud, para disponer bienes sociales o gravarlos, se requiere la intervención del marido y la mujer, salvo que uno de ellos dé poder al otro para ese efecto, de acuerdo el artículo trescientos quince del Código Civil, por lo que están prohibidos los actos de disposición unilateral de bienes inmuebles o los bienes muebles registrables sin intervención de ambos cónyuges; de modo

tal que si, contraviniendo dicha norma, se practica actos de disposición de bienes sociales por uno solo de los cónyuges se incurra en la causal de nulidad absoluta de acto jurídico prevista en el artículo doscientos diecinueve inciso primero del Código Civil, por falta de manifestación de voluntad de los titulares del dominio del bien y por ser contrario a las leyes que Interesan el orden público según artículo V del Título Preliminar del Código Civil;

#### **Quinto.-**

Que, ahora bien, además del derecho de familia, nuestro Código Civil ha contemplado también en su Libro IX, el Derecho Registral, el mismo que descansa en el principio de la fe pública registral la cual responde a la necesidad de asegurar el tráfico patrimonial, cuyo objeto consiste en proteger las adquisiciones que por negocio jurídico efectúen terceros adquirentes y que se hayan confiados en el contenido del registro; para ello, la ley reputa exacto y suficiente el contenido de los asientos registrales, vale decir, la Ley ha preferido la seguridad jurídica que produce el efecto erga omnes de las inscripciones registrales; de tal modo que el contenido y alcance de las normas registrales deben ser armonizadas con las disposiciones del derecho de familia;

#### **Sexto.-**

Que, entonces, continuando con el fundamento de la fe pública registral, se tiene que, en consonancia con dicho propósito, se contempla, entre otros, los principios de publicidad y legitimación; recogidos en los artículos dos mil doce y dos mil trece del Código Sustantivo, en cuyas virtudes se presume de modo jure et de jure que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones, y de modo juris tantum que dicho contenido se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez;

#### **Sétimo.-**

Que, otro de los pilares del derecho registral es la buena fe con que actúa el usuario de los Registros Públicos; es así que el artículo dos mil catorce del Código Civil; que regula el principio de Buena Fe Pública Registral, establece claramente que 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; dispositivo que concluye señalando que “La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del

registro”; lo que significa que la presunción de buena fe del tercero adquirente puede ser quebrada acreditando el interesado que el referido tercero, pese a lo que informaba el Registro, conocía por otros medios, que dicha información era inexacta y perjudicaba un futuro acto jurídico;

#### **Octavo.-**

Que, en tal virtud, armonizando ahora las disposiciones de Derecho de familia y registrales precitadas se concluye: i) que aun cuando el terreno o la fábrica o ambos hayan sido de propiedad de una sociedad conyugal sien los Registros Públicos aparece inscrito solo a nombre de uno de los cónyuges con estado civil de soltero, el adquirente de algún derecho respecto del referido bien o bienes de parte de la referida persona, conserva su derecho una vez que inscriba este así se anule, rescinda o resuelva el del otorgante, lo que significa que con mayor razón el título del adquirente no puede ser objeto de nulidad ni de cualquier declaración de Ineficacia; ii) que la precitada conservación de derechos del adquirente desaparece si se acredita, ya sea por la misma información que aparece en los Registros o cualquier otro medio válido, que dicho adquirente tomó conocimiento o se encontró en la aptitud de conocer sobre el real estado civil del otorgante y de la naturaleza del bien o bienes que aparecen a su nombre, haciéndose acreedor el título del tercero de la declaración de nulidad y en la extensión que corresponda conforme a los artículos doscientos diecinueve y doscientos veinticuatro del Código Civil;

#### **Noveno.-**

Que, como puede apreciarse, definido el marco interpretativo y aplicativo de las normas pertinentes, el tema se traslada el escenario fáctico; el mismo que es ajeno al presente recurso de casación no solo porque dicho punto no es materia de este especial medio impugnatorio dado los fines asignados al mismo por el artículo trescientos ochenticuatro del Código Procesal Civil, sino también porque la sentencia de vista no resuelve el fondo de la pretensión sino que consiste en una resolución nulificante, que ordena a su vez que el a quo dicte nueva sentencia a fin de que determine cuestiones fácticas relacionadas a la construcción del inmueble y su aclaratoria registral; por tanto; no se configuran los errores jurídicos denunciados; debiendo desestimarse el recurso, de conformidad con el artículo trescientos noventa y siete del Código Procesal Civil; estando a las consideraciones que preceden; declararon: **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto a fojas quinientos treinticinco por Luzmila Montes Gamarra, en consecuencia **NO CASARON** la resolución de vista de fojas

quinientos dieciocho, su fecha seis de junio del dos mil cinco; **CONDENARON** a la recurrente al pago de las costas y costos del recurso, así como a la multa de dos Unidades de Referencia Procesal; ORDENARON la publicación de la presente resolución en el diario oficial El Peruano; en los seguidos por Luzmila Montes Gamarra con el Banco Continental y otros sobre Nulidad de Acto Jurídico y otro; y los devolvieron. SS. ROMÁN SANTISTEBAN, TICONA POSTIGO, CARRIÓN LUGO, PALOMINO GARCÍA, MIRANDA CANALES.



## PREGUNTAS SOBRE EL CASO Nº 2

**CAS. Nº 336-2006-LIMA.**

**NULIDAD DE ACTO JURÍDICO.**

Evalúe las casaciones presentadas y establezca cuál es su posición al respecto de acuerdo a lo leído en la presente Unidad.

**CASO Nº 3: CASACIÓN Nº 835-2014****LIMA NORTE**

Fecha de emisión: 13 de abril de 2015

**Extracto:**

**DÉCIMO CUARTO.-** (...) estando a lo señalado y teniendo en cuenta que el mencionado vendedor se encontraba casado con la demandante desde el diecisiete de setiembre de mil novecientos setenta, conforme se verifica del certificado de matrimonio de fojas tres, el acto jurídico cuestionado devienen en nulo, por la falta de intervención de la demandante en su celebración, pues el citado bien inmueble pertenece a la sociedad conyugal conformada por la demandante (...) y el co-demandado (...), es decir, se trataba de un bien social que solo podía ser enajenado con la intervención de ambos cónyuges; por lo tanto, al no haberse celebrado el contrato privado de compraventa de fecha dieciséis de mayo de dos mil con la intervención de ambos cónyuges, conforme lo dispone el artículo 315 de Código Civil, dicho acto jurídico es nulo.

**DÉCIMO OCTAVO.-** (...) ha quedado acreditado en autos que tanto el esposo de la demandante (...) como la Cooperativa de Vivienda (...), han actuado de mala fe al celebrar los dos actos materia de nulidad, pues ambas partes tenían pleno conocimiento que el bien inmueble sub litis materia de transferencia, era de propiedad de los cónyuges (...), es decir se trataba de un social que no podía ser transferido sin la participación de esta última (...).



### PREGUNTAS SOBRE EL CASO Nº 3

**CAS. Nº 336-2006-LIMA.**

**Nulidad de acto jurídico.**

Evalúe las casaciones presentadas y establezca cuál es su posición al respecto de acuerdo a lo leído en la presente Unidad.

## UNIDAD II



**LA APLICACIÓN DE LOS ELEMENTOS DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA DETERMINACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL A PROPÓSITO DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL.**

## PRESENTACIÓN

La presente unidad desarrolla el concepto, función y elementos de la Responsabilidad Civil para determinar el alcance de esta y el contenido adecuado de un resarcimiento. Así, y partiendo de esta base, se procederá al estudio del tema central: si la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil tiene naturaleza resarcitoria y si le resultan aplicables los elementos de la Responsabilidad Civil.

El tema es sumamente interesante porque en la judicatura nacional existen posiciones disímiles que, por un lado, sustentan que la indemnización es un resarcimiento y por lo tanto le resultan plenamente aplicables los elementos de la Responsabilidad Civil y, por otro lado, aquella que sostiene que la indemnización es una obligación legal diversa al resarcimiento por lo que sólo le serán aplicables algunas reglas de la Responsabilidad Civil.



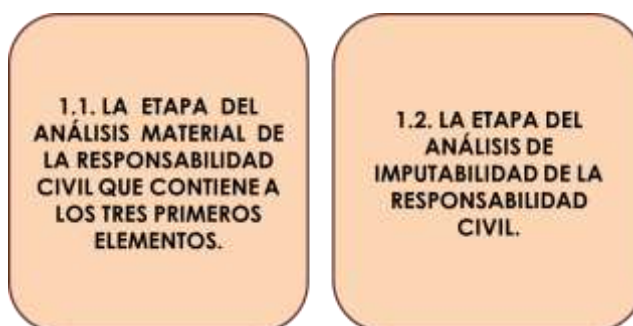
### PREGUNTAS GUIA

1. ¿Cuál es la naturaleza de la “indemnización” prevista en el artículo 345-A del Código Civil peruano?
2. ¿Son aplicables los elementos de la Responsabilidad Civil para indemnizar los daños previstos en el artículo 345-A del Código Civil peruano?
3. ¿Debe el Juez ordenar el pago de una indemnización en un proceso de divorcio por separación de hecho a pesar de no haber sido invocada por las partes?

**TEMA 1: ESTUDIO DEL MÉTODO DE ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL****1. Introducción:**

El método de análisis de la Responsabilidad Civil permite ordenar el tratamiento de los hechos involucrados a una consecuencia dañosa con el propósito de identificar cuál es la causa del daño y quién debe asumir las consecuencias resarcitorias del mismo a fin de lograr las funciones de la Responsabilidad Civil.

Para ello, se toma en consideración una serie de criterios que se desenvuelven a lo largo de dos momentos o etapas:

**1.1. La etapa del análisis material de la Responsabilidad Civil que contiene a los tres primeros elementos:**

a) El Comportamiento dañoso que está conformada por el conjunto de conductas contrarias a los elementos extrínsecos e intrínsecos del ordenamiento jurídico, donde encontraremos a las conductas que generan supuestos de Responsabilidad Civil, como son: el comportamiento ilícito, el comportamiento abusivo, el comportamiento excesivo y el comportamiento nocivo.

b) La consecuencia dañosa o el daño que es concebido como el menoscabo o detrimento al interés jurídicamente tutelado de los particulares que se desenvuelven sobre la base de los principios orientadores de una "convivencia pacífica", y;

c) La Relación Causal que es entendida como el nexo que existe entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. A efectos de precisar cuál es el hecho determinante del daño se han postulado una serie de teorías de Relación Causal que nos proporcionan criterios teóricos para cumplir con el presente objetivo, así tenemos: a la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa preponderante, la teoría de la causa próxima la teoría de la causa adecuada y la teoría de la conditio sine qua non.

### **1.2.) La etapa del análisis de imputabilidad de la Responsabilidad Civil.**

En esta etapa desarrollamos el estudio del cuarto y último elemento de la Responsabilidad Civil, que corresponde a:

d) Los Criterios de Imputación de la Responsabilidad que como se ha indicado en la primera Unidad constituyen los justificados teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable.

<b>ANÁLISIS MATERIAL DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL</b>	<b>ANÁLISIS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• COMPORTAMIENTO DAÑOSO.</li> <li>• CONSECUENCIA DAÑOSA.</li> <li>• RELACIÓN CAUSAL.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.</li> </ul>

## 2. ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL:

Iniciaremos este estudio del análisis de la Responsabilidad Civil con el desarrollo del primero de sus elementos:

### 2.1. Comportamiento dañoso:

El comportamiento dañoso refiere a aquellos supuestos (clásicamente "conductas humanas") que implican la violación de los elementos intrínsecos o funcionales y/o extrínsecos del ordenamiento jurídico.

#### 2.1.1. Teorías de antijuridicidad:



Durante largo tiempo se ha asimilado el comportamiento dañoso a la antijuridicidad, no obstante ello hoy ha sido rechazado considerándose que hay supuestos no antijurídicos que generan responsabilidad civil y además, un comportamiento dañoso es “jurídico” puesto que es valorado por el ordenamiento jurídico pero de modo negativo (sanción).

No obstante, siguiendo una teoría de antijuridicidad se han desarrollado distintos enfoques teóricos:

#### **a) La teoría de la Antijuridicidad Formal.-**

Esta teoría postula que el concepto de antijuridicidad se refiere al "comportamiento ilícito", el que es concebido como aquel comportamiento humano contrario a la ley. Como apreciamos, la idea de la "ilicitud" se desarrolla dentro de un enfoque típico, por lo tanto, un comportamiento es ilícito en la medida que la "ley" así lo haya establecido. Surge, por ende, una suerte de equiparación entre la "ilicitud civil" y la "ilicitud penal".

#### **b) La teoría de la Antijuridicidad Material.-**

La presente postula, al igual que la anterior, que la antijuridicidad se refiere a un supuesto de "ilicitud", pero precisa que este concepto tiene como marco uno más amplio que el de la ley, por ello, establece que un comportamiento es ilícito en la medida que sea contrario a "la ley, al orden público y a las buenas costumbres".

#### **c) La teoría de la Antijuridicidad Subjetiva.-**

Esta teoría responde a una apreciación de la antijuridicidad desde una perspectiva "subjetiva", esto es, tomando en cuenta las particularidades del comportamiento humano. Así se postula como punto de partida el estudio de los comportamientos "culposos o dolosos" de los sujetos.

**d) La teoría de la Antijuridicidad Objetiva.-**

A diferencia de la teoría precedente, la antijuridicidad es vista como un supuesto concreto u objetivo, que implica el análisis de las afectaciones intrínsecas o extrínsecas del ordenamiento jurídico, sin tener en consideración las particularidades del actuar del sujeto.

*Desde nuestro punto de vista consideramos óptimo adoptar la noción de comportamiento dañoso o en su defecto una teoría de Antijuridicidad Objetiva, estableciendo asimismo que la "ilicitud" no responde a un supuesto "típico", que se encuadraría a la norma, sino que tiene un contexto mucho más amplio conformado por el orden público y las buenas costumbres.*

**2.1.2. Tipos de comportamientos dañosos:****a) El comportamiento ilícito.-**

Históricamente en el Derecho Romano, dentro de los alcances de la LEX AQUILIA, se estableció que un delito o un cuasidelito respondía a un hecho ilícito el que podía ser "doloso" (en el primero de los casos) o "culposo" (en el segundo. Es por ello que el Sistema Francés, conocido como "Clásico" (recogiendo como fuente los postulados "romanistas") establece que el "Hecho Ilícito" es el hecho antijurídico por excelencia que determinará la existencia o no de un supuesto "indemnizatorio".

Dentro de esta perspectiva, siguiendo la construcción del acto jurídico, el comportamiento ilícito es definido como el hecho jurídico humano y voluntario contrario a la ley (normas imperativas y prohibitivas), al orden público y a las buenas costumbres, conceptos explicados anteriormente a propósito de la JURIDICIDAD de los intereses en la Relación Jurídica.

Esta percepción del "comportamiento ilícito" está íntimamente vinculada con la noción de culpa, la que es vista dentro de una perspectiva clásica no como un factor atributivo de responsabilidad sino como el elemento seleccionador de los daños a indemnizar. Tal como se ha establecido, este enfoque a variado en la perspectiva contemporánea de la Responsabilidad civil donde se considera a

la "JURIDICIDAD" como el requisito orientador de los supuestos indemnizatorios, relegándose a la "culpa" al análisis de imputabilidad como uno de los varios factores atributivos de responsabilidad existentes.

### **a.1) Teorías sobre la naturaleza del comportamiento ilícito.-**

Respecto a los comportamientos ilícitos se han desarrollado dos teorías, teniendo como base el análisis del comportamiento del sujeto: la primera es la teoría de la ILICITUD SUBJETIVA y la segunda es la teoría de la ILICITUD OBJETIVA.

***Según la teoría de la ILICITUD SUBJETIVA el comportamiento ilícito es definido como "aquel comportamiento humano doloso o culposo contrario a las disposiciones del ordenamiento jurídico".***

Esta teoría realiza un estudio de los aspectos intrínsecos del actuar humano estableciendo que nos encontramos ante un "comportamiento ilícito" cuando el sujeto a quien se le considere "causante de un daño" actúe de forma voluntaria ya sea negligentemente (actuar culposo) o intencionalmente (actuar doloso). De acuerdo a cierto sector doctrinal la presente teoría es asumida por el Código Civil Peruano en su artículo 1969 posición de la cual discrepamos en la medida que consideramos a dicho artículo como una cláusula general de responsabilidad no recogiendo, por ende, "comportamiento ilícito" alguno. La presente teoría sufre de dos deficiencias: en primer lugar: el negar la posibilidad de verificar un supuesto indemnizatorio por daños devenidos de hechos naturales y en segundo lugar: la referencia a una "supuesta graduación de la culpa".

***Según la Teoría de la ILICITUD OBJETIVA el comportamiento ilícito es "un comportamiento humano contrario a las disposiciones del ordenamiento jurídico".***

La presente Teoría abandona el análisis de los aspectos intrínsecos del actuar humano centrando su atención en los resultados de dicha conducta. Si bien no hace referencia a una "graduación de la culpa" aún considera que no es posible referirse a un supuesto de responsabilidad cuando el daño sea producto de hechos naturales.

En la actualidad se está investigando en torno a la posibilidad de considerar a los hechos de la naturaleza como generadores de Responsabilidad Civil, llegándose a establecer que dentro de un contexto de "actividades riesgosas" dichos hechos pueden generar supuestos indemnizatorios. Así cierto sector de la Doctrina establece que los daños producidos por hechos de la naturaleza, cuando estamos en una "actividad ultrarriesgosa", deben ser cubiertos por aquel que desempeña dicha actividad al no existir en estos casos "ruptura del nexo causal"(como lo veremos más adelante), así mismo los sujetos que permiten dicha actividad deben asumir los "costos" que genera la misma a partir de un criterio de "difusión social del riesgo".

De otro lado, debemos resaltar un tema que en Doctrina se encuentra muy bien delimitado: "la diferencia entre la ilicitud civil y la ilicitud penal".

Según se establece en la Teoría General de la Responsabilidad Civil la "**ilicitud civil**" a diferencia de la "**ilicitud Penal**" es de índole particular, siendo esta última más compleja. Es por ello que la valoración que el Juez realiza del caso concreto, en uno u otro caso, es diferente puesto que el lícito civil al afectar un interés particular va a generar un supuesto indemnizatorio que se manifiesta en una prestación económica que el responsable debe asumir, mientras que el lícito Penal, dado que se afectan interés no sólo particulares sino generales (de no alteración de la Tranquilidad Pública mediante la afectación de bienes jurídicos), genera una sanción, la que puede ser pecuniaria (multa) o personal (pena privativa de libertad o limitativa de derechos).

Asimismo es óptimo señalar que por efecto de la diferencia antes descrita el lícito Civil no sólo va a ser considerado como aquel hecho contrario a la ley sino también como aquel contrario al orden público y a las buenas costumbres llegando así a concluir que "los hechos ilícitos son ATÍPICOS" y por ello no requieren de estar recogidos en un supuesto normativo determinado.

## b) El Comportamiento Abusivo.-

Según cierto sector de la Doctrina el enfoque de la Responsabilidad Civil gira en torno a los "hechos ilícitos". Consideramos que esta visión sufre de "miopía" puesto que existen otros hechos que también generan supuestos de responsabilidad civil sin necesidad de ser catalogados como ilícitos. Dentro de estos hechos tenemos al "**comportamiento Abusivo**".

Sobre el comportamiento abusivo se han desarrollado una serie de discusiones teóricas, las que han intentado precisar los criterios que los analistas de la Responsabilidad Civil deben tener en cuenta para establecer cuándo estamos ante un hecho de dicha naturaleza.

Antes de desarrollar algunos aspectos de dichas discusiones teóricas debemos realizar un estudio introductorio respecto del Hecho Abusivo.

Tal como lo hemos estudiado en los cursos introductorios de Derecho las normas que se desenvuelven dentro del ordenamiento jurídico tienen una función que cumplir la que es delimitada por el propio legislador. Muchas de estas normas confieren "derechos" a los particulares, cuyo ejercicio debe estar enmarcado en los límites de su: "funcionalidad".

En el desarrollo de estos derechos observamos que el titular puede tener dos actitudes anormales:

### **b.1) Que se exceda de los límites de la funcionalidad del derecho, lo que implica un "ir más allá" que dará lugar a perjuicios a otro particular.**

Por ejemplo: " en virtud del Código Civil el propietario de un determinado bien tiene un derecho subjetivo que le otorga una serie de facultades y poderes: de usar (ius utendi), disfrutar (ius fruendi), disponer (ius disponendi) y reivindicar (ius vindicandi) dicho bien. Pensemos por un momento que dicho propietario, en ejercicio del derecho antes descrito, decide elaborar una bomba que le permita destruir su casa. Una vez que realiza dicha conducta alega que al tener un derecho sobre su bien inmueble, puede hacer con este lo que quiera, como es destruirlo usando un explosivo".

Nos preguntamos: ¿es válido este argumento? Según lo indica el artículo 923 del Código Civil la propiedad debe ser usada de acuerdo a la armonía social (por ende la función que le reconoce el ordenamiento jurídico es el ser un instrumento para la convivencia pacífica persiguiendo una adecuada asignación de los bienes) de ahí que el Estado impone a los particulares (que tienen un derecho subjetivo) que hagan un uso efectivo de los poderes y facultades que se le confieren en virtud de ese derecho, para así mantener el flujo en el tráfico de bienes que impulsará el desarrollo económico y permitirá una gradual eliminación del problema de vivienda en el país.

Si el propietario utiliza el bien excediéndose de la función reconocida por el ordenamiento jurídico ocasionando con ello perjuicios a terceros, estaríamos ante un supuesto de "abuso del derecho" que en la medida que ha generado resultados dañosos da lugar a la obligación de indemnizarlos.

**b.2) Otros supuestos que algunos consideran como "abuso de derecho" es cuando existe un ejercicio anti-funcional del derecho, esto es, un ejercicio del derecho observando una función que es antitética frente a la función que el legislador le ha conferido al mismo.**

Por ejemplo (recordemos el caso Cantuta): "Estando el Perú en un "estado de emergencia" producto del terrorismo la población es testigo de una serie de actos excesivos de las fuerzas armadas, entre ellos, el de un grupo de militares que bajo sospechas de la existencia de una cúpula terrorista con centro de operaciones en la "Universidad Guzmán Valle" (La Cantuta), ingresa a los dormitorios de la universidad "deteniendo" a un grupo de estudiantes que son llevados a un lugar inhóspito dándosele muerte.

¿Estamos en este caso ante un abuso del derecho?

No. Consideramos que estamos ante un abuso de poder o de autoridad, puesto que no existe derecho alguno a detener y menos a desaparecer personas. Así, en el presente caso, la frontera existente entre el comportamiento ilícito y el abuso de poder es muy sutil produciéndose graves confusiones. Lo que sí negamos categóricamente es la posibilidad de argumentar la existencia de un "derecho" que podrían aducir los militares a "detener" justificando ello en el mandato constitucional de la Constitución Política de 1993 que establece "la posibilidad de detener" por parte de las fuerzas armadas y policiales en dos supuestos:

" Primero: en fragante delito; y  
Segundo : orden motivada del Juez ".

En ambas quien detiene debe poner al detenido a disposición del juez a las 24 horas o a los 15 días de la detención dependiendo si es o no un detenido por terrorismo o narcotráfico.

La confusión histórica de las Fuerzas Militares (argumentando que pueden detener en cualquier momento siempre que pongan al detenido a disposición del juez a las 24 horas) se debió a una redacción dudosa de la Constitución de 1979 (la que establecía: **En todo caso** el detenido debe ser puesto a disposición del Juez a las 24 horas o 15 días....). Esta pésima interpretación no es procedente hoy al haber sido subsanado el defecto de redacción en la Constitución de 1993 eliminado del artículo pertinente la frase "en todo caso" aunque en la práctica aún se siguen desarrollando dichas detenciones.

En el presente caso del "ejercicio" antifuncional de un derecho nos encontramos, de acuerdo a nuestra óptica, ante un COMPORTAMIENTO ILÍCITO (entiéndase "hecho antijurídico" en sentido estricto) y no ante un abuso del derecho.

El hecho abusivo, tal como lo indicamos en un inicio, ha sido objeto de una serie de discusiones teóricas, las que han postulado diversas posiciones en torno a su naturaleza. Para algunos autores el Abuso del Derecho es un Hecho lícito puesto que el hacer un ejercicio del Derecho contrario a su función o excediéndose de su función implica un actuar dentro de un "NO-DERECHO", es así que DE TRAZEGNIES<sup>117</sup> nos indica en su texto "la Responsabilidad Civil Extracontractual" lo siguiente:

---

<sup>117</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO (2001). La Responsabilidad Extracontractual. PUCP.

**" Podría decirse que, en estos casos de "ejercicio irregular de un derecho", las personas mencionadas simplemente no tienen derecho para causar ese daño; porque el ejercicio de un derecho tiene que ser siempre regular, ya que en caso contrario deja de ser derecho. Ni la extralimitación (realizando actos que son parte del derecho de que se goza) ni el abuso del propio derecho (art. II del Título Preliminar) son ya derecho. Es por ello que discrepamos con la Tesis que plantea que el abuso del derecho es un acto lícito, pero abusivo: el abuso del derecho ya no es derecho. Los derechos deben ser usados en armonía con el interés social. Por consiguiente todo uso del derecho que no respeta el interés social es un uso "irregular" y consiguientemente ilícito".**

Desde nuestro punto de vista el Abuso del Derecho es un hecho que consiste en el ejercicio de un derecho de forma excesiva esto es yendo más allá de los límites conferidos por el ordenamiento jurídico, lo que no significa desnaturalización de la función conferida por el legislador.

El Abuso del Derecho se encuentra recogido en nuestro Código Civil en el artículo II del Título Preliminar el que nos establece:

**" La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".**

Cuando el Código Civil nos hace referencia a "las medidas cautelares apropiadas" (tema que corresponde al Código Procesal Civil, lo que revela una grave falta de sistemática normativa en el legislador del Código Civil) se remite al artículo 685 del Código Procesal Civil que nos señala:

**"Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el juez dictar las medidas indispensables (medidas innovativas) para evitar la consumación de un perjuicio irreparable".**

### c) El Comportamiento Excesivo.-

Para muchos autores el hecho excesivo no debe ser regulado de forma independiente al hecho abusivo dado que ambos responden a una lógica idéntica.

Según lo establece la Doctrina, el hecho excesivo implica el comportamiento de un sujeto quien ante dos o más vías posibles de ser utilizadas para tutelar sus derechos utiliza aquella que resulta más perjudicial para los terceros.

Grafiquemos lo indicado con un ejemplo:

**"Un sujeto que es lesionado levemente por otro, con ánimo de venganza, acude ante un abogado para que "hunda a dicho sujeto" pidiéndole que haga uso de la vía más perjudicial. Como bien sabemos existen dos vías en este sentido ( para tutelar mi interés conculcado: lesiones) una es la vía penal, que para muchos es la más gravosa dado que se discute en torno a la privación de la libertad del sujeto, y la otra vía es la Civil para efectos de una indemnización. El abogado contagiado por la sed de venganza de su cliente lleva el caso a una vía penal donde también solicita la "reparación civil pertinente".**

Si bien el ordenamiento jurídico reconoce ambas vías para la tutela de la víctima (aunque en la práctica así no parezca) no permite que un sujeto se valga de ellas para ocasionar un perjuicio mayor del "daño necesario" que se ocasionará en un proceso. Este caso nos busca describir un supuesto de "hecho excesivo" que, volviendo a recalcar, es materia de discusión frente al "hecho abusivo".

Como vemos el sujeto se vale de un derecho para ocasionar perjuicios a terceros a partir de un ejercicio extralimitado o antifuncional del mismo. Es por ello que consideramos que el Hecho Excesivo es una especie de Hecho

Abusivo, remitiendo el estudio del mismo a lo señalado a propósito del Hecho Abusivo.

#### **d) Los comportamientos nocivos.-**

Son aquellos hechos que tienen inmerso en su esencia la posibilidad de ocasionar un perjuicio o detrimento al interés de un sujeto en la medida que sean ejercitados. Estos hechos si bien son tolerados por el ordenamiento jurídico generan daños "no deseados" que deben ser indemnizados.

El artículo 959 del Código Civil peruano recoge un supuesto de "estado de necesidad" que de acuerdo a nuestro desarrollo será considerado un "hecho nocivo", debiendo por ende el sujeto indemnizar por los daños ocasionados al conjurar un peligro.

A propósito de este efecto resarcitorio la Doctrina ha desarrollado dos teorías que tienen por finalidad justificar el porqué de la indemnización.

La primera de ellas es la Teoría del Enriquecimiento Injusto o Indebido. Esta teoría establece que al haberse perjudicado el interés de un sujeto totalmente ajeno a una situación "peligrosa", a fin de favorecer los intereses de quien conjura el peligro, debe indemnizársele puesto que lo contrario constituiría un enriquecimiento indebido.

La segunda de ellas es la Teoría de la Expropiación que postula un razonamiento análogo al de la Expropiación de bienes. En virtud de esta el Estado puede expropiar determinados bienes por razón de interés o seguridad nacional, siempre que entregue un "justiprecio" suficiente al expropiado en virtud de haber sido privado del "poder jurídico" que asumía sobre su bien. Con la misma lógica (puesto que también estamos refiriéndonos a un interés "superior" o de mayor valor en detrimento de un interés de "menor valor") el ordenamiento jurídico debe conferir una indemnización al sujeto "ajeno" que se perjudicó con la destrucción o pérdida de uno de sus bienes.

Consideramos que debe indemnizarse al sujeto perjudicado puesto que a diferencia de los supuestos antes estudiados éste no ejecuta una "agresión" ilegítima, así como de otro lado no existe un derecho (conferido por el ordenamiento jurídico) de dañar.

**COMPORTAMIENTOS DAÑOSOS**

- **COMPORTAMIENTO ILÍCITO:** aquella conducta contraria a la ley, el orden público y a las buenas costumbres.
- **COMPORTAMIENTO ABUSIVO:** aquella conducta que afecta los aspectos intrínsecos de una situación jurídica de derecho o de deber (en cuyo caso es un abuso de poder).
- **COMPORTAMIENTO EXCESIVO:** cuando existiendo dos conductas o más para actuar válidamente en el Derecho se utiliza aquella más gravosa o atentatoria a los intereses de una de las partes. Es un tipo de abuso de derecho.
- **COMPORTAMIENTO NOCIVO:** implica un actuar permitido por la ley pero no deseado lo que conlleva intrínsecamente un daño que debe ser resarcido.

**2.1.3. Los supuestos de IRRESPONSABILIDAD O CONDUCTAS NO REPROCHABLES:**

Estos hechos son conocidos también como "Supuestos de IRRESPONSABILIDAD", es decir, aquellos que no generan una "obligación de indemnizar los daños ocasionados".

Antes de iniciar el estudio de estos hechos es óptimo efectuar la diferencia existente entre un supuesto de irresponsabilidad y uno de exoneración de responsabilidad. Para ello vamos a utilizar de forma análoga la diferencia que los tributaristas esbozan en torno a la inafectación y a la exoneración tributaria. La **inafectación** es "aquel supuesto en el que un hecho determinado no se encuentra en la Hipótesis de Incidencia Tributaria de una norma tributaria que constituye un tributo y por ende el sujeto que realice tal hecho no está obligado al pago del mismo, puesto que no existe tal Tributo respecto a dicho hecho". Por

otro lado respecto de la Exoneración Tributaria señala que es aquel supuesto en el que el hecho se encuentra dentro de la Hipótesis de Incidencia Tributaria de una norma tributaria, debiendo por ende el sujeto pagar el correspondiente Tributo, pero por efecto de una Política Fiscal éste no se pagará por un lapso de tiempo determinado.

***Los supuestos de Irresponsabilidad son aquellos en los que el hecho realizado no se encuentra dentro de la "fatispecie" o "supuesto de hecho" de una norma que establece una "obligación de indemnizar", no debiendo por ello, en ningún caso, el sujeto asumir el costo económico del perjuicio ocasionado. Por otro lado la exoneración de la responsabilidad se refiere a aquel supuesto en el que el hecho realizado se encuentra en el supuesto de hecho de una norma que establece una obligación de indemnizar, asumiendo por ende el sujeto que realizó dicho hecho el costo económico del daño ocasionado, pero por efecto de una Política Estatal el responsable no deberá efectivizar el pago de la correspondiente indemnización.***

Así mismo debemos diferenciar los supuestos en estudio por su ubicación en el análisis de la Responsabilidad, encontrándose el estudio de los supuestos de "irresponsabilidad" en el análisis material de la responsabilidad (ya sea a nivel del daño o de los hechos generadores de responsabilidad) mientras que el estudio de los supuestos de "exoneración" lo realizamos una vez cubierto el análisis de "imputabilidad" de la responsabilidad civil.

Habiéndose aclarado lo referente a la diferencia existente entre un supuesto de irresponsabilidad y uno de exoneración de responsabilidad, pasemos a detallar la teoría y práctica desarrollada en torno a los hechos dañosos justificados.

Entre estos hechos tenemos según el artículo 1971 del Código Civil Peruano a:

a. El ejercicio regular de un derecho

b. La legítima defensa de la propia persona o de otra o en salvaguarda de un bien propio ajeno.

c. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en un estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado.."

#### **a) El ejercicio regular de un derecho.-**

En el Código Civil de 1936 el presente supuesto se encontraba regulado en el numeral 1 del artículo 1137 el que establecía que:

**" No son actos ilícitos:**

##### **1.- Los practicados en el ejercicio regular de un derecho".**

Fue necesaria la inclusión del inciso primero del artículo 1137 para poder excluir de responsabilidad a los supuestos "no culposos", dado que el artículo 1136 del Código Civil de 1936 no hacía referencia directa a la idea de la culpa como factor atributivo de responsabilidad.

Posteriormente nuestro Código Civil de 1984, de carácter eminentemente "subjetivista", establece textualmente en el artículo 1969 que:

**"Aquel que por dolo o culpa cause un daño a otro está obligado a indemnizarlo".**

Por ende, según lo establece este autor, en nuestro actual contexto normativo es innecesario hacer referencia al ejercicio regular de un Derecho puesto que al constituir un supuesto "no culposo" es suficiente con lo establecido en el artículo 1969, en virtud del cual si el sujeto prueba que no ha actuado de forma culposa no formará parte de "la relación jurídica obligatoria de indemnizar", no requiriendo probar que actuó en ejercicio regular de un derecho.

Compartimos parcialmente la opinión de este eminente jurista peruano, puesto que consideramos "menos costoso" para el sujeto, quien es demandado a soportar el peso económico de la prestación indemnizatoria, probar un hecho "objetivo" que es el actuar dentro de los límites de un derecho que probar el actuar "no culposo", que lo llevará al terreno de la "subjetividad".

Por otro lado algunos autores consideran que el numeral primero del artículo 1971 del Código Civil de 1984 no es aplicable a los supuestos del artículo 1970 puesto que este último no se refiere a un supuesto culposo, estableciendo que para estos supuestos es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1972 del mismo cuerpo de leyes.

Discrepamos abiertamente con esta posición dado que consideramos que el artículo 1971, en la medida que recoge un supuesto de irresponsabilidad, es aplicable a todo supuesto, ya sea el del artículo 1969 o el del artículo 1970 del Código Civil.

Concluido con este estudio histórico consideramos que un primer tema a desarrollar en el análisis de este primer numeral es el concerniente al concepto de "derecho" que el legislador utiliza. Ante ello surge la interrogante: ¿ El legislador se refiere a un "derecho" que el ordenamiento jurídico confiere a los particulares o a un "derecho" que puede ser otorgado por un particular?

Por ejemplo:

**"Las autoridades militares y policiales, como lo hemos visto anteriormente, tienen el "derecho a detener" reconocido por la Constitución, es por ello que ante cualquier "daño" ocasionado en una detención "regular" la autoridad no indemnizará en virtud del numeral primero del artículo 1971 del Código Civil"**

¿Igual derecho podrá alegar un vigilante particular?

Pensemos en las detenciones que los vigilantes particulares realizan en virtud de un contrato de prestación de servicios de "vigilancia y seguridad". En este caso consideramos que no se podrá alegar el ejercicio regular de un derecho dado que, según lo establece la Doctrina, éste derecho deberá ser conferido por la Ley, es decir, por el ordenamiento jurídico. Si optáremos por un criterio "in contrario sensu" podríamos encontrarnos ante una norma "irracional" dado que los efectos perjudiciales o menoscabos a intereses jurídicamente tutelados ("costos") serían más elevados que las posibles indemnizaciones a satisfacer ("beneficios") puesto que resultaría sencillo alegar en un proceso indemnizatorio la existencia de un contrato privado de "vigilancia y seguridad" a efectos de no indemnizar, al existir un supuesto de irresponsabilidad: El ejercicio regular de un derecho.

Finalmente, respecto a lo que concebimos como "derecho" en el presente literal, debemos indicar que algunos autores consideran que el legislador en el presente supuesto se refiere al ejercicio regular de "un deber", fundamentando su posición en que los ejemplos esbozados por la Doctrina sobre el tema tienen como excusa para el sujeto (agente material de los daños) el encontrarse en una situación de deber; tal es el caso del "policía que al detener a un delincuente le ocasiona lesiones", en el presente caso el policía no realiza tal detención por el hecho de tener un derecho reconocido por el ordenamiento jurídico, sino que debe actuar porque tiene un deber de velar por la tranquilidad ciudadana y por ello de prevenir y reprimir el crimen. Aunque no somos partícipes de esta posición consideramos lógica tal apreciación.

Un segundo tema a desarrollar es el vinculado al análisis del término "regular" en el presente numeral.

El término regular según lo establece el GRAN DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO OCEANO hace referencia a:

**"...adj. Ajustado y conforme a regla, ley o norma establecida..."por lo regular": modo adv. Común.."**

Como podemos observar el término "regular" puede tener dos acepciones:

- 1) Habitual, común.

2) Ejercicio dentro de ciertos límites, dentro de una función.

Desde nuestro punto de vista consideramos que el legislador está adoptando la segunda acepción del término "regular", por ende nos vamos a referir, tal como lo hemos indicado anteriormente, al "ejercicio del derecho conferido por el ordenamiento jurídico dentro de los límites establecidos por el legislador".

### **b) La legítima defensa.-**

Debemos señalar en primer lugar que el Código Civil Peruano regula a la legítima defensa de forma deficiente dado que no establece con propiedad los requisitos que deben observarse para poder determinar cuando estamos ante un caso referido a esta figura. Ante este problema de vacío legislativo debemos acudir a una "integración jurídica" a fin de aplicar de forma análoga la regulación que sobre este tema realiza el Código Penal sin olvidar que los supuestos de éste Código son más gravosos que los del Derecho Civil.

El artículo 20 de la parte general del Código Penal Peruano de 1991 desarrolla lo referente a los supuestos de irresponsabilidad penal, dentro de los que encontramos a la "legítima defensa".

Este artículo establece determinados requisitos que deben ser cumplidos a efectos de alegar una legítima defensa.

Estos requisitos son los siguientes:

#### **b.1) Agresión ilegítima o amenaza de agresión.-**

El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua establece que la "agresión" es un acto contrario al derecho de otro. Desde nuestro punto de vista la "agresión" va a ser concebida como "el ejercicio de una fuerza destinada a reducir o eliminar nuestra resistencia habitual".

Esta agresión debe ser "ilegítima", esto es, debe carecer de una "causa" que la justifique, lo que en otros términos busca referirse a la ausencia de "provocación" por parte del sujeto que se considere "víctima".

Cuando se desarrolla lo concerniente a la "agresión", también consideramos que el legislador busca hacer referencia a la "amenaza de agresión" que según

lo establece la Doctrina debe ser "actual y de inminente realización", esto es, que la agresión se verifique en un espacio de tiempo cercano (por ejemplo: no es amenaza cuando un sujeto dice a otro "tú tienes 17 años y cuando tengas 56 te voy a golpear") y que exista certeza en su posterior ejecución (por ejemplo no se podría considerar amenaza que un sujeto quien por alguna circunstancia perdió los miembros superiores le diga a otro: "te voy a golpear").

Ambos casos: tanto la agresión ilegítima como la amenaza pueden ser recogidos en un sólo término: "Violencia" entendida como "la fuerza que un sujeto despliega para reducir el ámbito de resistencia de otro sujeto (vis compulsiva) o para eliminar su resistencia (vis absoluta)", encontrando entre sus tipos a: la violencia física, psicológica y la intimidación.

## **b.2) Necesidad racional del medio empleado para evitarla o repelerla.-**

En este segundo requisito surge una discusión respecto al uso del medio empleado y el contexto en el que se desenvuelve la conducta.

Postulemos un ejemplo: "Un sujeto A es acorralado en un callejón por un ladrón quien lo amenaza con inyectarle sangre infectada con SIDA; sin más que pensar el sujeto A dispara contra el ladrón hiriéndolo gravemente. En las investigaciones realizadas se determina que "la jeringa no tenía líquido alguno, sino que simplemente el sujeto la había pintado de color rojo para hacerla parecer que tenía por contenido sangre infectada de SIDA".

Surge ante este ejemplo una interrogante: ¿Hay legítima defensa?

Para responder a esta interrogante es óptimo referirnos en primer término al concepto "defensa".

La defensa es aquella fuerza desplegada por un sujeto mediante la que persigue evitar los efectos nocivos de otra que se dirige contra "su persona" o sobre "sus bienes", incluyéndose de acuerdo a nuestro Código también la persona y bienes de "terceros" 8lo que busca incentivar la solidaridad humana. Esta defensa puede ser por vía de Derecho o por vía de hecho. La vía de Derecho implica el uso de los mecanismos conferidos por el ordenamiento jurídico para tutelar los derechos que éste consagra, por ejemplo: llamar a la

policía para que capture a un ladrón, denunciar criminalmente a quien ha efectuado una apropiación ilícita en perjuicio de nuestro patrimonio, demandar civilmente la reivindicación de la propiedad, etc. Mientras que la vía de hecho, que según algunos autores como DE TRAZEGNIES son remedios extraordinarios y de emergencia ante la imposibilidad de que el orden jurídico pueda ayudar en esas circunstancias concretas, puede consistir en una contestación física ante un acto que afecta mi persona o mis bienes.

Esta defensa debe ser "justificada" dentro del contexto en el que se despliega, es decir, debe ser "racional", puesto que si el sujeto hace uso de una contra-fuerza que escapa a la reacción habitual de los sujetos en dichas circunstancias esta constituirá una "agresión" mas no un supuesto de "legítima" defensa.

Es importante por ello tener presente, en el análisis material de la Responsabilidad Civil, el contexto en el que se desenvuelven las conductas a fin de llegar a conclusiones precisas y justas.

En el ejemplo postulado si realizamos un análisis ex-post de los hechos y de los medios empleados sin considerar el contexto en el que se desenvuelve la conducta podríamos llegar a una conclusión deficiente puesto que sería "irreal".

Preguntémonos: ¿Quién en su sano juicio se pondría a analizar en un caso similar si el contenido de la jeringa es sangre y más aún si ésta está infectada con SIDA?

Consideramos que el juez debe tener en cuenta en el análisis del caso en concreto el contexto en el que se desenvuelven las conductas, pero siempre teniendo presente ciertos parámetros a fin de evitar que los particulares en todas sus conductas dañosas aleguen "que su actuar está justificado por el contexto", lo que nos llevaría al plano de la "subjetividad" dado que serían éstos quienes lo determinen.

De otro lado es apropiado realizar una evaluación de la conducta del sujeto a partir de los rasgos de su personalidad (si bien nosotros somos partícipes del análisis de la responsabilidad desde el punto de vista del acreedor "contractual" o "extra-contractual" no podemos negar que los supuestos de irresponsabilidad se analizan desde la óptica del agente del daño) porque por ejemplo: "no es igual un contexto de un sujeto que siempre ha sido víctima de robos que el de un sujeto que nunca fue sujeto pasivo de un robo; El primero tendrá una gran

desconfianza que lo llevará a reaccionar violentamente ante un robo mientras que el segundo actuará de forma más confiada”.

### **b.3) Falta de provocación de quien padece el daño.-**

La provocación del sujeto "víctima de la agresión o amenaza" eliminará la posibilidad de encontrarnos ante una "legítima defensa" dado que la conducta intencional de la supuesta "víctima" implicará un "ataque" el cual es repelido con la conducta del supuesto "atacante". La provocación dependerá mucho del estado de ánimo de estos así como de otros factores del contexto, es así que podemos ver casos donde los particulares reaccionan de distinta forma. Con ello llegaríamos a sostener que la provocación no debe ser apreciada de forma independiente a la reacción del sujeto provocado, quedando finalmente a criterio del juez el considerar si existe o no tal provocación.

***ATENCIÓN: “Hay un supuesto de legítima defensa cuando existe una agresión ilegítima, la falta de provocación de quien padece el daño y proporcionalidad y racionalidad del medio empleado para repeler la agresión”.***

### **C) El estado de necesidad.-**

El artículo 1971 del Código Civil Peruano en su numeral tercero recoge el supuesto del "estado de necesidad" considerándolo como un "hecho dañoso justificado o supuesto de irresponsabilidad”.

Para determinar si nos encontramos ante un "estado de necesidad" el Código Civil exige la verificación de los siguientes requisitos:

- La ocurrencia de un peligro inminente.

- La realización de una conducta que no exceda lo indispensable para conjurar dicho peligro y;
- Una notoria diferencia entre el bien salvado y el bien sacrificado.

Antes de iniciar el estudio de estos requisitos intentemos un esbozo del concepto de "estado de necesidad".

De manera preliminar el estado de necesidad va a consistir en "aquella conducta que un sujeto desarrolla valiéndose de un medio "proporcional" o racional a las circunstancias, mediante la que persigue conjurar un determinado peligro (el que puede ocasionarle un daño a su interés jurídicamente tutelado), produciendo con ello la destrucción o pérdida de un bien de tercero, el que debe ser de menor valor que el primero"

La pregunta que surge en este momento del estudio es: ¿deben ser indemnizados o no estos daños?

Tal como ha sido señalado al inicio del estudio del presente numeral, el Código Civil considera que los daños ocasionados en "estado de necesidad" no serán indemnizados ya que se han producido como resultado de "hechos dañosos justificados" los que constituyen supuestos de "irresponsabilidad", pero realizando un análisis sistemático del mismo cuerpo de leyes concluimos que en el artículo 959 se ha desarrollado un supuesto de "estado de necesidad que genera una indemnización". Este artículo establece lo siguiente:

**" El 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".**

Realizando el análisis del presente artículo encontramos que aquellos requisitos que permiten la verificación de un "estado de necesidad" son: a) un peligro inminente que busca ser conjurado ("peligro actual o inminente a las propiedades vecinas"); b) la utilización de un medio proporcional a las circunstancias ("servicios provisorios"); y c) el daño o menoscabo del bien o de los bienes de terceros (de menor valor para salvar el bien o los bienes de aquel sujeto quien actúa en estado de necesidad (de mayor valor.

El punto o elemento discrepante, en torno a lo regulado en el artículo 1971 del C.C, lo constituye la consecuencia de la presente construcción normativa, la que impone al sujeto que Ocasionó los daños una "obligación de indemnizarlos".

Esta contradicción entre las normas de nuestro Código Civil, nos lleva a concluir que el "estado de necesidad no es un hecho dañoso justificado", puesto que de serlo "nunca" daría lugar a un efecto indemnizatorio. Por ello es nuestra labor establecer a qué tipo de "hecho generador de Responsabilidad Civil" corresponde su estudio.

En Doctrina se ha postulado la existencia de hechos denominados "nocivos" que responden a la lógica del caso antes señalado, siendo éstos materia del punto que a continuación desarrollaremos.

***“...Existe un estado de necesidad cuando hay un peligro inminente que busca ser evitado; proporcionalidad del medio empleado para repeler la agresión y la agresión propiamente dicha y un bien sacrificado de menor valor que el bien salvado”.***

## **2.2. El Daño o consecuencia dañosa.-**

El segundo elemento a analizar para efectos de determina si estamos ante un supuesto de Responsabilidad Civil es el "daño", que proviene del latín "demere" que significa "menguar", que es entendido como "el detrimento" o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado por el ordenamiento jurídico (que en un primer momento corresponde al Interés Jurídico General de "no verse dañado por la conducta de otro sujeto", tornándose luego en un interés específico de la víctima.

Este menoscabo a un interés jurídicamente tutelado se va a manifestar en una afectación a la esfera personal y/o patrimonial de un sujeto en virtud de un hecho antijurídico o no antijurídico (según lo hemos establecido en el estudio del anterior elemento.

***Así podemos postular una diferencia entre lo que entendemos por "bien jurídico" y lo que se concibe como "interés jurídico". Siendo "bien jurídico" el objeto de satisfacción (cosas, bienes inmateriales, cuerpo, salud, integridad física, entre otros) e "interés jurídico" es un poder de actuar, reconocido por la ley, hacia el objeto de satisfacción.***

A partir de estas ideas consideramos que la naturaleza del daño está determinada no por la naturaleza de los bienes afectados sino por aquella que corresponde al interés conculcado. Por ejemplo: "Un sujeto x de forma intencional destruye el vehículo de otro sujeto el que había pertenecido anteriormente a sus ascendientes. Si bien es cierto el vehículo pertenece a la esfera patrimonial del sujeto perjudicado, no es cierto que el daño que se ha ocasionado sólo sea un daño "patrimonial", puesto que también se ha ocasionado al sujeto un "daño moral", puesto que el vehículo tenía un valor sentimental para el propietario al haber pertenecido a sus ascendientes".

Una vez precisados estos conceptos desarrollemos y delimitemos aquello que contiene cada una de las esferas antes citadas: la esfera personal y la patrimonial.

- a) La esfera personal de un sujeto comprende un doble aspecto: el biológico que se refiere al soma del sujeto (el que comprende tanto su estructura anatómica así como su esfera psicológica) y el social vinculado al conjunto de interrelaciones establecidas entre los particulares que persigue su desarrollo en tanto "ser social".
- b) Por otra parte en la esfera patrimonial comprendemos al conjunto de bienes ciertos que forman parte del patrimonio del sujeto en un tiempo determinado, debiéndose entender como "bien" a "todo aquello que tiene la cualidad de satisfacer una necesidad".

La utilización del concepto "daño patrimonial" busca subsanar las deficiencias que surgen con el uso (por parte de la Teoría Clásica de la Responsabilidad Civil) del término "detrimento material", dado que en este último sólo se incluyen a los "bienes tangibles" dejando de lado a otros bienes como los "derechos" que son bienes intangibles que forman parte también del patrimonio. Para graficar lo

expuesto veamos el caso de la destrucción de una letra de cambio por un sujeto, en este caso observamos que la indemnización no sólo busca reparar el perjuicio producido por la pérdida del "documento" que representa al Título valor sino también del derecho "incorporado" en el mismo.

Este daño al que hacemos referencia debe cumplir con determinados requisitos a efectos de ser indemnizado:

### 2.2.1. Certeza.-

Todo daño a efecto de ser indemnizado debe ser "cierto" esto implica, tal como lo establecen autores como el español ACUÑA ANZORENA, que quien alegue haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia tal como lo exige el artículo 424 del Código Procesal Civil al hacer referencia a los "fundamentos de hecho, de derecho y a los medios probatorios".

El análisis de la certeza del daño discurre en dos sentidos: uno referido a la **certeza fáctica** y otro vinculado con el estudio de la **certeza lógica**.

Entendemos por "certeza fáctica" a la constatación material que el analista realiza de los hechos vinculados a un resultado dañoso, así como la observación de las características del "perjuicio" a efectos de realizar una determinación preliminar de los daños a ser indemnizados.

En nuestro país son las autoridades policiales quienes realizan el primer estudio de los hechos vinculados a un resultado dañoso, formando lo que se conoce como "atestado policial" (que es el resultado de las investigaciones efectuadas por los agentes policiales quienes se han apoyado en las conclusiones extraídas de las pericias realizadas, de la evaluación de las pruebas materiales, de la información prestada en los testimonios de los sujetos intervinientes en los hechos que generaron los daños así como de los testigos, entre otros.

Es oportuno señalar, como idea final en torno a la certeza fáctica, que el presente "atestado policial" nos será útil como material orientador y por ello debemos valorarlo como un documento que postula presunciones de responsabilidad no siendo determinante en nuestro análisis.

De otro lado cuando nos referimos a una "certeza lógica" estamos ante una primera aproximación al análisis de la "relación causal". Aplicando así el criterio lógico y necesario de la Teoría de la Causa Adecuada, recogida en el artículo 1985 del Código Civil de 1984, delimitamos aquellos daños que son "relevantes" para un posterior análisis, dejando de lado todo supuesto que no resulte una consecuencia "general y regular" de los hechos desarrollados.

En el estudio de la certeza del daño se nos presentan dos daños que ponen en tela de juicio los criterios antes enunciados mereciendo ser analizados de forma particular.

Estos daños son: el daño eventual o hipotético y la pérdida de la chance.

- **El daño eventual o hipotético:** Es aquel supuesto dañoso o menoscabo que no guarda conexión lógica con el hecho que se considera como generador del mismo, en otros términos, es aquel resultado dañoso que no guarda conexión lógica con el hecho antijurídico o no antijurídico que se analiza no considerándose por ende consecuencia necesaria del mismo. Es el caso de "aquel caballo de carrera favorito para ganar una importante carrera ("La gran clásica") y que durante su transporte al Hipódromo sufre un accidente que trae como consecuencia que se le amputen ambas patas delanteras. El propietario del caballo demanda el pago de una indemnización de un millón de dólares por el daño patrimonial (al caballo) y por el premio que su caballo iba a ganar".

Si bien es cierto el caballo era favorito para ganar la Gran Clásica no tenemos plena certeza de la verificación de dicho resultado, quedando en el ámbito de la especulación. Tal como lo hemos señalado en puntos anteriores debe existir una conexión lógica entre el hecho generador del daño y el menoscabo experimentado en el interés del sujeto, siguiendo los criterios de "regularidad y necesidad, por ello, no consideramos materia de indemnización el daño producido por la pérdida del premio.

- **La "pérdida de la chance o de la oportunidad"** es aquel daño que consiste en la frustración de una esperanza, en la pérdida de una oportunidad, de una probabilidad.

El elemento de certeza parte del razonamiento que "de no haber mediado" la ocurrencia del evento dañoso el damnificado habría mantenido la esperanza en el futuro, que le permitiría obtener una ganancia o evitar una pérdida patrimonial.

Por otra parte, el elemento incertidumbre se refiere a que de no haberse producido tal evento dañoso y mantenido la chance u oportunidad no se tenía certeza de que la ganancia se habría obtenido o la pérdida se habría evitado.

Desde nuestro punto de vista consideramos indemnizable la pérdida de la oportunidad puesto que existe "certeza" en el egreso de dicha chance de nuestra esfera patrimonial cumpliéndose así con la "certeza fáctica y lógica del daño".

### **2.2.2. Afectación personal del daño.-**

Como analizaremos en un punto posterior de nuestro trabajo (específicamente en el estudio de la Relación Causal) en todo supuesto indemnizatorio se verifica la existencia de una relación entre el sujeto responsable y la víctima, siendo esta última la llamada a solicitar el pago de la indemnización respectiva al haberse perjudicado su interés.

La presente idea se complementa con la exigencia establecida en el artículo 424 del Código Procesal Civil de identificar al sujeto demandante y demandado, debiéndose precisar que en la medida que no hemos agotado el análisis de imputabilidad de la Responsabilidad Civil se considerará a estos como "presuntos" intervinientes en el supuesto dañoso.

Como lo hemos indicado al iniciar el estudio del presente elemento, el daño se va a concebir como el menoscabo a un interés (diferenciándolo con el bien jurídico que es concretamente afectado), por ende, la víctima no necesariamente va a ser "el sujeto" que es afectado de forma concreta sino también aquel cuyo interés se ve perjudicado, así por ejemplo : "un sujeto es atropellado perdiendo las extremidades inferiores. Este sujeto antes del accidente era chofer de una empresa, percibiendo un ingreso suficiente para cubrir sus necesidades y las de sus hijos (quienes aún dependían

económicamente de él. Con el presente accidente no sólo es víctima el sujeto quien fue atropellado, sino también los hijos quienes no podrán continuar estudiando ni cubrir sus necesidades puesto que la remuneración de su padre era lo único que les proporcionaba ingresos".

### 2.2.3. Que el daño sea injusto.-

Hacemos referencia con este requisito a que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras un daño cuya realización no sea "justificada" por el ordenamiento jurídico. (Debemos remitirnos a lo desarrollado a propósito de los hechos dañosos justificados)

Cubiertos estos cuatro requisitos podemos establecer que el daño ocasionado al interés de un sujeto (el que puede ser determinado o indeterminado) puede ser pasible de una prestación indemnizatoria.

Una vez corroborada la existencia de un daño indemnizable el analista de la Responsabilidad Civil debe establecer de forma preliminar el **contenido** y la **valoración** (aestimatio) del daño según lo exige el artículo 424 del Código Procesal Civil:

**"Artículo 424o.- REQUISITOS DE LA DEMANDA.- La demanda se presenta por escrito y contendrá: ...**

**5. El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide;**

**6. Los hechos en que se funde el petitorio, expuestos enumeradamente en forma precisa, con orden y claridad;**

**7. La fundamentación jurídica del petitorio;**

**8. El monto del petitorio, salvo que no pudiera establecerse..."**

El contenido del daño o elemento "intrínseco" es aquel que esta conformado por la afectación al interés jurídicamente tutelado, teniendo una vinculación muy cercana con el requisito de "certeza" del daño antes estudiado.

Por su parte, la "valoración del daño", medida del daño o elemento extrínseco es aquel vinculado con el monto indemnizatorio, esto es, con aquel valor que el sujeto víctima ha considerado representa el menoscabo ocasionado a su interés.

**REQUISITOS PARA QUE SE AMPARE UNA  
CONSECUENCIA DAÑOSA**

- **El daño debe ser cierto, es decir, debe estar acreditada su existencia, contenido y cuantificación (de ser posible).**
- **El daño debe ser subsistente, es decir, no debe haber sido resarcido con anterioridad.**
- **El daño debe afectar un interés específico.**

#### **2.2.4. Tipos de consecuencias dañosas:**

**I.-Daño Subjetivo.-** Que es aquel que afecta el plano de subjetividad de la persona. Consideramos oportuno resaltar que el autor sólo hace alusión al concepto "persona", que puede ser natural o jurídica, aunque pone especial énfasis en la persona natural puesto que se refiere a daños psicosomáticos y a la libertad que son esferas propias de ésta, así establece:

**"El daño subjetivo es el que agravia o afecta al ser humano mismo..."**

La presente referencia resulta limitada, puesto que también existen en el "ordenamiento jurídico" otros sujetos de derecho diversos a la "persona" como son: el concebido y la denominada "persona jurídica irregular", que también pueden ser pasibles de daños a ser indemnizados. Debemos indicar que el autor reconoce la presente limitación señalando en una nota a pie de página lo siguiente:

**" La denominación "daño subjetivo", por su amplitud, comprende no sólo el daño a la persona natural sino también el inferido al concebido. No obstante, la expresión "daño a la persona" se ha impuesto en la doctrina sin que exista ninguna dificultad teórica**

**para incluir el daño causado al concebido. Por ello usamos indistintamente ambas expresiones. "**

Si bien es posible indemnizar los daños ocasionados al concebido, consideramos que no resulta óptimo desde el punto de vista "técnico" el incluirlo dentro del "daño subjetivo" (tal como lo define FERNANDEZ SESSAREGO) puesto que el autor lo equipara al "daño a la persona" y como es de nuestro conocimiento el concebido no es "persona" hasta su nacimiento.

Dentro del daño subjetivo tenemos al:



a) **Daño psicosomático.**- Aquel que recae en la esfera psicológica y/o somática del sujeto, que son aquellas que determinan la "salud" del mismo. Debe señalarse que la Doctrina concibe a la "Salud" como un estado de equilibrio "psicosomático" en un espacio temporal determinado.

Este puede consistir a su vez en un:

- **Daño biológico.**- Constituido por la lesión, considerada en si misma, inferida a la persona víctima del daño. Por ejemplo: una pierna quebrada por un golpe; y/o en un

- **Daño a la salud.**- Constituido por el conjunto de repercusiones que el daño biológico produce en la salud del sujeto. Por ejemplo: Producto de la lesión surge un tumor que genera la amputación del miembro.

**b) Daño a la libertad.**- Que es el daño que afecta el proyecto de vida, esto es, aquel daño que recae sobre la persona del sujeto que le impide realizar su actividad habitual que es aquella que efectuaba para proveerse los bienes indispensables para su sustento así como en la que estaban plasmadas aquellas metas que le permitirían su realización personal. Por ejemplo: un futbolista que sufre una amputación de un pie; un pianista que le cortan la mano, etc.

Según FERNANDEZ SESSAREGO la libertad si bien es una puede tener dos instancias. La primera, que es de carácter subjetiva, supone el instante de la íntima decisión de la persona en cuanto a un determinado proyecto de vida, mientras que la segunda es fenoménica. Es decir, se refiere a la efectiva realización del proyecto.

**II.-Daño Objetivo.**- Que es aquel que afecta la esfera patrimonial del sujeto, es decir, aquel que incide sobre los objetos que integran su patrimonio. En este daño tenemos a:

**a) El Daño emergente.**- Aquel que genera el egreso de un bien del patrimonio de la víctima. Por ejemplo: Un sujeto "x" incendia el vehículo de un sujeto "y". Esta conducta va a generar que el bien "automóvil" salga del patrimonio de "y".

**b) El lucro cesante.**- Aquel que genera que la víctima deje de percibir por efecto del daño un determinado bien, es decir, que por efectos del daño no ha ingresado un determinado bien en el patrimonio de la víctima.

### ¿Qué sucede con el daño moral?

Entendemos al daño moral como aquel que afecta la esfera sentimental y/o de honorabilidad de un sujeto. Este daño ha sido desarrollado en la Doctrina Clásica teniendo en consideración dos subtipos de daños:

**a) El Daño moral subjetivo.-** Que es aquel conocido como el "pretium doloris" o "precio del dolor", donde se lesiona la esfera interna del sujeto, esto es, el plano de los sentimientos y/o de la autoestima del sujeto no trascendiendo el daño al plano externo de la productividad ( o del desarrollo conductual del sujeto). En este caso tenemos por ejemplo a: los daños generados por los insultos.

La indemnización de este daño moral se realizará a partir de una "estimación" buscando cumplir con ello una función CONSOLATORIA dado que no podrá verificarse la "satisfacción" del interés dañado puesto que no es posible su determinación.

En este caso hacemos referencia a una FUNCION CONSOLATORIA dado que se considera que el ser humano tiene la capacidad natural de controlar sus emociones, pudiendo mitigar sus penas a partir de "distracciones", es así que se establece que mediante la indemnización se está "comprando dolor por distracción" (PRETIUM DOLORIS O PRECIO DEL DOLOR ).

**b) El daño moral objetivo.-** Que es aquel que no se limita a un menoscabo en la esfera interna del sujeto (en los sentimientos o afectos del sujeto) puesto que los efectos del daño trascienden a la esfera de productividad, es decir, va a afectarse la actividad que el sujeto realizaba, el desarrollo normal de su vida, etc.

En este caso la indemnización no sólo deberá cubrir el daño a la esfera interna del sujeto sino también aquellas repercusiones en la conducta del sujeto (la Doctrina considera que estas generan un daño patrimonial indirecto).

Consideramos que con el presente caso se puede estar disfrazando una suerte de "daño social" que la doctrina no ha desarrollado.

Cuando nos referimos a "daño social" queremos hacer referencia al aspecto "social de la vida humana". La vida, según se establece en la Doctrina actual, es una unidad "bio-psico-social" (ver capítulo primero) por ende tiene tres niveles. En el presente estudio nos referimos al tercer nivel: "la vida social", esto es, "el desarrollo de la vida humana (del ser humano) a partir de sus vinculaciones con terceros". En muchos daños que los particulares sufren vemos que este nivel es afectado (el de la vida social) no solicitándose indemnización alguna por la falta de desarrollo doctrinario que genera un desconocimiento en los particulares y en los jueces. Consideramos que debe realizarse un estudio independiente de este supuesto para poder evitar caer en salidas "facilistas" de adecuar casos nuevos a "supuestos antiguos".

### **2.3. La Relación causal.-**

El tercer elemento de análisis de la Responsabilidad Civil (perteneciente al análisis material) es la relación causal, elemento fundamental y que no ha sido desarrollado a profundidad en muchos textos de Doctrina nacional.

La "relación causal" es entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. Esta relación causal nos permitirá establecer entre una serie de hechos susceptibles de ser considerados hechos determinantes del daño cuál es aquel que ocasionó el detrimento así como entre una serie de daños susceptibles de ser indemnizados cuáles merecerán ser reparados. Ello lo precisaremos haciendo uso del "criterio" adoptado por la teoría sobre la Relación Causal asumida por nuestro Código Civil de 1984.

A fin de determinar cuál es la teoría asumida por nuestra legislación consideramos apropiado realizar un estudio previo de las teorías sobre la Relación Causal desarrolladas en la Doctrina.

#### **2.3.1 Teorías.-**

De acuerdo a ISIDORO GOLDENBERG (33), tenemos dos grandes grupos de teorías: las teorías individualizadoras y las teorías generalizadoras.

**a) Teorías individualizadoras.-**

Son aquellas que persiguen individualizar entre un conjunto de hechos posibles de ser considerados determinantes del daño cuál es aquel que lo generó. Dentro de estas teorías tenemos a la teoría de la causa eficiente, la teoría de la causa preponderante, la teoría de la causa próxima y la teoría de la causa adecuada.

**a.1 Teoría de la causa eficiente.-**

Reconoce un "criterio de eficiencia" (causa efficiens) a partir de un análisis "cualitativo" de los hechos intervinientes en el resultado dañoso (Qualitatentheorie). La presente teoría tiene presente la "eficacia" de los supuestos fácticos, lo que implica considerar su calidad intrínseca en el proceso causal según el curso normal de los sucesos.

Entre los seguidores de esta teoría tenemos a los autores Alemanes MAYER, KOHLER, entre otros. KOHLER a fin de explicar la presente Teoría postula el siguiente ejemplo: " cuando se siembra una semilla es evidente que para que el fruto se produzca son necesarias, al margen de la acción de la siembra una serie de condiciones como es el caso de una tierra fértil (apropiada para la siembra), luz solar y la intervención humana del jardinero. Pero ¿Cuál de todas estas condiciones es suficientemente eficiente para generar el resultado? Como sabemos existen plantas que crecen en tierras no consideradas fértiles (más aún tenemos algunas que crecen en cemento), de otro lado hay plantas que no requieren la luz solar para su florecimiento como es el caso de los helechos y finalmente no es necesaria la intervención humana en el crecimiento de las plantas. Lo que no podemos negar es que es indispensable para la existencia de una planta: la semilla, tal como se requiere para la existencia de un ser humano de un espermatozoide y de un óvulo que sea fecundado por éste. Así consideramos que la semilla es aquella condición que tiene en sí misma la cualidad de producir el resultado: planta. Volvemos a recalcar: ¿Por qué esto es así? porque la siembra de la semilla es una condición que tiene en sí la fuerza determinante de la calidad de la consecuencia, en tanto que los otros antecedentes no influyen sobre esta calidad, sino que de ellos depende solamente que la consecuencia se produzca".

KOHLER nos hace referencia a la existencia de dos condiciones para efectos de la determinación del hecho determinante del daño.

- a) Las condiciones DINAMICAS.- que son aquellas que intervienen en la producción del daño facilitando su resultado.
- b) Las condiciones ESTATICAS.- que son aquellas que para STOPPATO serían consideradas "ocasiones" dado que son neutras, esto es, no facilitan ni impiden la realización del resultado.

De estas dos condiciones, las primeras (al intervenir de forma directa en la producción del resultado) serán consideradas relevantes, encontrado entre aquellas la que sería considerada "hecho determinante del daño". Ilustremos con un ejemplo lo expuesto: " en la producción de un incendio Juan ha proporcionado a Pedro los fósforos y éste ha incendiado un objeto. ¿Cuál es la causa más eficiente (activa)?"

Consideramos (a la luz de esta teoría) que la conducta de Pedro. Porque los fósforos en sí mismos tienen la cualidad de generar el resultado fuego, siendo el prenderlos una condición que simplemente interviene en la consecución de la consecuencia.

### **a.2 Teoría de la causa preponderante.-**

Esta teoría toma un criterio "cuantitativo" para establecer cuál es el hecho determinante del daño, estableciéndose que será tal aquel que en mayor medida haya contribuido a la producción del resultado dañoso, según lo indica VON BIRKEMEYER. En otros términos la presente Teoría (también conocida como "Teoría de la preponderancia" o "prevalencia causal") estima que debe reputarse como causa a aquella condición que rompe el equilibrio entre los factores favorables y adversos a la producción del daño, es decir, será considerado causa a aquel acto que por su mayor peso o gravitación imprima la dirección decisiva para el efecto operado. Grafiquemos la presente teoría con el ejemplo del "piromaniaco":

"Juan entrega a Pedro veinte cajas de fósforos mientras que Pedro entrega los fósforos con un vaso de "querosene" a Luis "el piromaniaco" que decide incendiar la casa de Miguel. ¿Quién aportó más en la realización del resultado? Si partimos del criterio de la preponderancia parece que el responsable, aunque parezca ilógico, sería Juan porque aportó más: 20 cajas de fósforos".

Se ha criticado a estas teorías por ser arbitrarias en la designación de sus criterios así como por carecer de rigor científico (al no reconocer un método teórico determinado) como lo señala GOLDENBERG:

**"En efecto, la imposibilidad de escindir materialmente un resultado, de suyo indivisible para atribuir a una condición perse un poder causal decisivo, hace caer dichas construcciones teóricas en un empirismo que las despoja de todo rigor científico".**

### a.3 La teoría de la causa próxima.-

Esta teoría es asumida por el denominado (según la Teoría Clásica de la Responsabilidad Civil) Sistema de Responsabilidad Civil "contractual" (Inejecución de Obligaciones) en el artículo 1321 del Código Civil.

La presente Teoría establece un criterio de "temporalidad", por el que se considera que es "causa" del resultado dañoso aquel hecho más próximo a su verificación. Tuvo la presente teoría su origen en Inglaterra con el filósofo Francis Bacon a partir del desarrollo de lo que denominó "**proximate cause**" (causa inmediata) a partir de la que se juzgaran las acciones de los sujetos.

Consideramos que en un Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual no podría ser tomada esta teoría porque podríamos llegar a resultados absurdos, como por ejemplo:

"Juan, Luis, Pedro y Miguel deciden matar a Marcos, ante ello Juan hace un hueco en el jardín de un parque (por donde siempre camina Marcos), Luis coloca estacas en su fondo, Pedro cubre el hueco con pasto y Miguel llama a Marcos para que pase por el hueco. Marcos pasa y muere clavado en las estacas. ¿ Quién es

el responsable? según esta teoría quien está más próximo al daño: Miguel. Esta solución es equívoca porque son tan responsables Juan, Luis, Pedro y Miguel".

A fin de concluir el estudio de las denominadas "Teorías Individualizadoras" resta realizar el estudio de la Teoría de la causa adecuada la que desarrollaremos posteriormente.

Desarrollemos primero lo concerniente a la teoría generalizadora.

## **b) Teoría Generalizadora.-**

A diferencia de las teorías individualizadoras que persiguen determinar entre un conjunto de hechos aquel hecho que consideran determinante del daño, esta Teoría considera que pueden existir muchas causas vinculadas a un mismo resultado dañoso.

### **b.1) Teoría de la conditio sine qua non.-**

Esta teoría parte de la premisa que para determinar la causa de un hecho dañoso debemos tener presente el análisis de toda la cadena causal y no sólo de un segmento de ésta. Para ello debemos efectuar la siguiente pregunta (a fin de determinar la participación del suceso en la cadena causal) "sí es que no se hubiese producido tal hecho el resultado no se hubiese realizado", si la respuesta es afirmativa concluiremos que ese hecho es importante y por ende es una "**causa sin la cual no** se hubiera producido el daño".

Consideramos que esta teoría puede llevarnos a absurdos tales como el graficado en el siguiente caso: "una mujer "x" arroja una maceta a su marido "y". Ante ello surge la siguiente interrogante: ¿Quiénes serían responsables del resultado dañoso de acuerdo al criterio recogido por esta Teoría? Según esta teoría serían responsables: Quien hizo la maceta, porque de no haberla hecho la mujer no hubiera podido tener dicha maceta para ocasionar el daño; los padres de la mujer porque de no haberla procreado no se hubiese producido el daño, etc.; Así podemos llegar hasta una Responsabilidad Divina: porque de no haberse creado el mundo no habrían víctimas.

### 2.3.2 Causalidad Adecuada.-

La Teoría de la Causalidad Adecuada, asumida por el Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual en el artículo 1985 de nuestro Código Civil de 1984, postula un criterio de "razonabilidad" y "probabilidad" para la realización del análisis de las condiciones. Para efectuar el presente análisis debe realizarse una apreciación de los hechos a partir de la "regularidad de su ocurrencia", es decir, conforme con lo que acostumbra suceder en la vida misma. En otros términos, se realiza un análisis de la acción (entiéndase "condición") teniendo ésta que ser idónea para producir el efecto en circunstancias generales, es por ello que no puede ser utilizado el criterio de la causalidad adecuada en el estudio de "efectos anormales o particulares".

El método de análisis de la teoría de la "causa adecuada" es denominado "método de la prógnosis póstuma" que es aquel consistente en determinar ex post facto la posibilidad de un resultado en función de las condiciones precedentes. En este método de análisis se realiza un estudio de las condiciones intervinientes a partir de un proceso de "**abstracción y generalización**" que dará relevancia a una de éstas elevándola a la categoría de "causa del evento", es decir, a ser considerada "condición adecuada".

El método antes señalado se desenvuelve en dos etapas o saberes:

a) El saber ontológico

b) El saber nomológico.

#### a) La etapa del saber ontológico.-

En la etapa del saber ontológico se realiza un proceso de selección entre los diversos hechos intervinientes (los cuales pueden ser hechos condicionantes, ocasionales o irrelevantes) vinculados al daño a efecto de discernir entre ellos cuáles merecen ser retenidos en el estudio del caso concreto.

Existe en Doctrina una discusión en torno al criterio a utilizar para determinar la adecuación entre el obrar del agente y el efecto dañoso. Según el autor alemán Von KRIES el "saber ontológico" está referido a los factores reales existentes al tiempo de realizarse la acción que son conocidas por el sujeto, ilustrando el autor esta etapa mediante el ejemplo de un sujeto que tira una piedra al aire siendo el "conocimiento ontológico" el hecho de que la piedra ha sido arrojada y caerá. Por otro lado RUMELIN va a sostener que este proceso de selección de las condiciones debe comprender todas las condiciones existentes en la realidad que pueden resultar relevantes en el análisis del caso aun cuando no hayan sido conocidas por el agente, comprendiendo inclusive "aquellas circunstancias de hecho sabidas a posteriori". Para THON el diagnóstico debe hacerse teniendo en cuenta lo que era conocible no para un individuo dado, sino para el hombre común medio. Finalmente GRISPIGNI establece que en el proceso de selección del saber ontológico debe el juez considerar lo que el agente realmente conocía, aunque dicho saber fuera superior al del hombre corriente.

Consideramos que en el saber ontológico se deben tomar en consideración aquellas condiciones dinámicas, que facilitan la realización del evento, descartando así a las condiciones estáticas que son circunstancias accidentales que no tienen implicancia en la producción del daño. Este proceso de selección debe ser "en abstracto" esto es con prescindencia de lo efectivamente sucedido, atendiendo a lo que usualmente ocurre. Por ejemplo: "si un sujeto llama a otro por teléfono para hacerle una broma y le dice que su madre ha sufrido un accidente produciéndose en éste un shock nervioso que le produce la muerte"; debemos nosotros en el análisis determinar la relevancia de los hechos a partir de una abstracción, la que determinará el siguiente criterio: "con una llamada telefónica no se produce generalmente ese resultado: la muerte" por ende el hecho de llamar no es relevante.

#### **b) La etapa del saber nomológico.-**

En esta etapa es donde se realiza el proceso de "abstracción" y "generalización", refiriéndose ello, al análisis de las consecuencias que "generalmente" se verifican por la ocurrencia de determinados hechos, lo que nos llevará también a tomar en consideración las circunstancias de normalidad en que se desarrollan los acontecimientos. En esta etapa vamos a establecer entre los hechos posibles

de ocasionar un daño (determinados en la etapa del saber ontológico) cuál es el hecho determinante del mismo en términos normales o regulares.

Una vez cubiertas estas dos etapas llegaremos a determinar cuál es el hecho que generó el resultado dañoso.

Hasta el presente punto hemos desarrollado los postulados de la presente Teoría sin realizarles crítica alguna, es por ello que antes de efectuar el análisis del siguiente elemento de la responsabilidad consideramos oportuno desarrollar algunos temas relacionados a la presente Teoría que han sido objeto de observaciones. Tal como apreciamos, la aplicación de la presente Teoría ha reconocido un criterio más técnico para la determinación de la causa del daño pero en algunos casos ha generado problemas en el ámbito de la probanza.

Como se establece en el ámbito procesal "todo aquel que alegue un hecho debe probarlo", por ende es la víctima quien debe probar el daño y la relación causal. Actualmente se presentan daños (en circunstancias no analizadas con anterioridad) producto de innovaciones tecnológicas así como de la realización de nuevas actividades humanas. Ello ha conllevado nuevos retos a los estudiosos de la Responsabilidad Civil a fin de que determinen nuevas salidas para lograr una adecuada indemnización para la víctima.

#### TEORÍAS DE RELACIÓN CAUSAL APLICABLES

- **TEORÍA DE LA CAUSA EFICIENTE:** aplica un criterio de selección cualitativo.
- **TEORÍA DE LA CAUSA PREPONDERANTE:** aplica un criterio de selección cuantitativo.
- **TEORÍA DE LA CAUSA PRÓXIMA:** aplica un criterio de selección de temporalidad.
- **TEORÍA DE LA CAUSA ADECUADA:** aplica un criterio de selección lógico y necesario.

## 2.4 Criterios de imputación de la responsabilidad.-

El estudio de los criterios de imputación de la responsabilidad se desarrolla en la segunda etapa de análisis de la responsabilidad civil correspondiente a la revisión de los juicios de imputabilidad. Estos son aquellos justificativos teóricos del traspaso del peso económico del daño de la víctima al responsable, en otros términos, por qué el sujeto "x" debe ser considerado responsable y por ende indemnizar asumiendo el costo económico del daño. Estos factores atributivos de responsabilidad determinarán si es que el sujeto "presuntamente responsable" será considerado como tal, siendo los desarrollados por la Doctrina: la culpa, el riesgo, la garantía, el abuso del derecho y la equidad.

En el presente trabajo analizaremos algunos de ellos para finalmente desarrollar el factor atributivo "riesgo" que está íntimamente vinculado con el tema de la presente tesis.

### a) La culpa.-

Es el factor atributivo de responsabilidad subjetivo recogido en la "cláusula general de responsabilidad" del artículo 1969 del Código Civil Peruano, el que establece:

**" Artículo 1969o.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor".**

El presente factor atributivo se encuentra dentro de los alcances de la llicitud subjetiva, anteriormente desarrollada, por ende implica el análisis de los elementos intrínsecos de la conducta del sujeto (imprudencia).

Para determinar la "diligencia o negligencia" del sujeto debe tenerse presente un patrón objetivo de conducta o modelo social, el que servirá como parámetro. Esta tesis establece que la culpa debe ser enfocada "in abstracto", sin tomar en consideración circunstancias específicas de la personalidad del sujeto responsable.

Del estudio de los diversos modelos (especialista, estándar y descuidado) se considera pertinente utilizar el relativo al "standard" o el de las "personas promedio" (hombre razonable), siendo este el criterio más difundido, de ahí que se postule como criterio el del "buen padre de familia", que deviene en obsoleto en una sociedad moderna como la nuestra, por lo que consideramos debe ser reformulado postulándose así que el patrón a tener presente debe ser el del sujeto promedio de la actividad que estamos analizando, así por ejemplo si es un médico debemos utilizar el patrón de los médicos promedio, si es un abogado el de los abogados promedio, etc.

## **b) La garantía.-**

Este factor atributivo objetivo de responsabilidad ha sufrido en la actualidad una serie de cambios. Por un lado en la Doctrina Clásica se le había vinculado con el factor atributivo subjetivo de responsabilidad "culpa" en la medida que se buscaba siempre adecuar "todo" supuesto de responsabilidad a uno "culposo", así teníamos textos que aludían a la "culpa in vigilando", "culpa in eligendo", etc. Por otro lado la garantía fue considerada como un factor atributivo "indirecto", es decir, no implicaba un supuesto de responsabilidad "directa" sino uno de "responsabilidad indirecta" en la medida que no se consideraba al sujeto "responsable" como "causante" o interviniente en la relación causal. Finalmente se restringió la aplicación del factor atributivo "garantía" al ámbito "extracontractual" o "delictual" no pudiéndose aplicar en los supuestos de "inejecución de obligaciones".

En la medida, que entendemos a la "responsabilidad civil" como un fenómeno íntimamente relacionado con la obligación consideramos que siempre el acreedor-"víctima" espera un resultado el que es garantizado con el patrimonio del sujeto-"responsable", existiendo por ende siempre una "garantía" constituida por el deudor para respaldar el cumplimiento, es por ello que consideramos que el factor atributivo "garantía" constituye un factor de responsabilidad "directa" o por hecho propio así mismo, desde nuestro punto de vista, puede ser aplicado tanto en el "sistema de responsabilidad contractual" como en el "sistema de responsabilidad extracontractual".

Una vez precisados los alcances del presente factor atributivo de responsabilidad pasemos a explicar su aplicación dentro del Sistema de Responsabilidad Civil Extracontractual.

El presente factor atributivo se encuentra recogido en el artículo 1981 del Código Civil que establece lo siguiente:

**"Artículo 1981o.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en su cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria."**

La garantía, según lo establece el presente artículo (que de acuerdo a cierto sector doctrinal recoge el supuesto de la "responsabilidad vicaria") implica la verificación de dos requisitos: una relación de dependencia (no necesariamente laboral) del sujeto "causante" con un tercer sujeto (llamado principal) y que el daño se realice dentro del momento denominado del ejercicio del encargo.

Por efectos de la garantía el principal responderá frente a la víctima porque se está beneficiando económicamente con la conducta desplegada por su dependiente, siendo un ejemplo el caso del atropello ocasionado por un camionero de la compañía Coca Cola cuando éste realizaba el transporte de las bebidas a una bodega. En el presente caso Coca Cola responderá de forma solidaria con el chofer, quedando expedita la posibilidad que Coca Cola una vez que cumpla con el pago de la correspondiente indemnización repita frente a su trabajador por el actuar culposo de este último.

Para otro sector doctrinal la "garantía" se presenta en el caso en análisis porque el "principal" se encuentra en una mejor posición para asumir el costo económico del daño.

### **c) El criterio de imputación directo objetivo riesgo.-**

Los seres humanos tienen la posibilidad, en un plan individual, de "resistir" cualquier fuerza que se dirija contra ellos a efectos de tutelar su integridad psicosomática, mientras que en un plano "colectivo" (esto es actuando en sociedad) tienen mecanismos idóneos para poder controlar aquellas conductas o acontecimientos destinados a perturbar el normal desenvolvimiento de la "vida en sociedad". Es en este último plano donde se desenvuelve el factor

atributivo "riesgo", siendo entendido como "aquel supuesto excepcional que excede el normal grado de resistencia de los sujetos".

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".(110)

El Código Civil regula lo concerniente al riesgo en el artículo 1970 (que hemos considerado recoge una cláusula general de responsabilidad), estableciendo lo siguiente:

**"Artículo 1970o.- Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo".(33)**

### c.1 Niveles de riesgo.-

Dentro de los niveles de "riesgo" tenemos los siguientes:

**a) Riesgo normal.**- Es aquel asumido por la sociedad que produce un beneficio económico a la misma y que no implica un exceso no controlable frente a la normal resistencia de los sujetos siendo indispensables para el desenvolvimiento ágil del comercio y de la vida social en general. Es el caso de la circulación de vehículos, por ejemplo.

**b) Riesgo anormal.**- Es aquel nivel del riesgo que no implica un beneficio económico a la sociedad y cuyo costo asumido es irracional ( dado que es un supuesto no controlable). En estos casos tenemos a "los sujetos que tienen leones en su jardín como mascotas, etc".

**c) Ultrariesgo.**- Es el nivel mayor de riesgo, que no es controlable por la sociedad, teniendo un alto índice de "potencialidad" para la ocurrencia de daños. Son asumidos por la sociedad porque implican beneficios económicos a la misma, como es el caso de las "centrales atómicas", etc. Estas actividades deben ser permitidas para efectos del desarrollo social desde los distintos campos del quehacer humano, de ahí que si existiera una norma que prohibiera la

verificación de estos supuestos desincentivaría (asumiendo por ende la sociedad un costo adicional) la investigación científica y en el caso concreto, por ejemplo, la práctica de ciertas actividades necesarias para el desarrollo humano como es el caso de las actividades deportivas, etc.

### **c.2. Supuestos de ruptura de nexos causal.-**

Los supuestos de ruptura del nexo causal se encuentran regulados en el artículo 1972 del Código Civil de 1984, que establece lo siguiente:

**"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 un tercero o de la imprudencia de quien padece el daño."**

Tal como se puede apreciar de un análisis literal del artículo, el Código considera que sólo será de aplicación para los supuestos del artículo 1970 los casos de "ruptura del nexo causal", lo que a nuestro entender resulta equivocado puesto que al encontrarnos en el análisis material de la responsabilidad civil (tercer elemento: relación causal) no podemos restringir éstos a un factor atributivo de responsabilidad en especial, el que va a ser materia de un análisis posterior (análisis de imputabilidad). Así consideramos que el presente artículo debe ser aplicado tanto para los supuestos del artículo 1969 como los del artículo 1970 del Código Civil.

La ruptura del nexo causal es aquel supuesto que genera el "quiebre" del nexo existente entre el "inicialmente" considerado como hecho determinante del daño y el daño ocasionado, no significando ello la inexistencia de una relación causal, dado que lo que se ha producido es una "alteralidad" de la misma lo que implica que el "hecho determinante del daño" es otro, pudiendo ser: un caso fortuito ("acto de Dios": naturaleza), una fuerza mayor ("acto del príncipe o del hombre") (34) un hecho determinante de un tercero o "un hecho determinante de la víctima" como lo sostiene el proyecto de reforma del Código Civil del Sábado 7 de enero de 1995. Consideramos óptima esta variación dado que el tema de "imprudencia" de la víctima nos lleva a un ámbito "subjetivo" que produce un círculo vicioso en el análisis de los supuestos riesgosos puesto que el mismo discurrirá en dos campos: objetivo-subjetivo.

Debemos resaltar que la ruptura del nexo no se verificará en un supuesto "ultrariesgoso" dado que al ser el grado de "potencialidad" muy elevado no podemos "alegarla" puesto que el costo asumido por la sociedad en estos supuestos está constituido tanto por eventos ordinarios como extraordinarios como lo son, en este último caso, aquellos que generan "una ruptura del nexo casual".

Por último sería óptimo referirnos a los casos de concausa, donde no se ha verificado una "ruptura" de la relación causal sino un supuesto de "alteralidad parcial", donde serán compartidos los efectos de la indemnización por el sujeto responsable y la "víctima", según lo establece el artículo 1973 del Código Civil Peruano.

#### **d) El factor atributivo equidad y el abuso del derecho.-**

Ambos factores tienen un carácter residual en la medida que perseguirán cubrir defectos en el traslado del peso económico del daño por eventos de excepción.

El abuso del derecho es aquel factor que ingresará en defecto de la aplicación de alguno de los factores antes analizados, remitiendo el estudio del mismo a lo desarrollado en la parte correspondiente a la antijuridicidad.

Por otro lado la "equidad" ( recogida en el artículo 1977) es aquel factor atributivo que persigue, en la medida que no sea posible el pago de la indemnización por parte del representante legal del incapaz (según lo establece el artículo), la aplicación de una "indemnización" a ser cubierta por el "incapaz" a efectos de no dejar desprotegida a la víctima.

Tal como podemos apreciar el presente factor atributivo tiene como fundamento la "solidaridad social" y por ende, una perspectiva "social" de la responsabilidad civil.

## TEMA 2: ESTUDIO DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONFORME LO PREVISTO EN EL ARTICULO 345-A DEL CÓDIGO CIVIL A PROPÓSITO DEL TERCER PLENO CASATORIO CIVIL (CONTENIDO DE LA INDEMNIZACIÓN)

El pasado miércoles 15 de diciembre de 2015 se celebró el Tercer Pleno Casatorio Civil<sup>118</sup> que registra la historia judicial peruana.

### a. El Pleno

El Pleno se llevó a cabo teniendo por objeto superar las contradicciones existentes en la solución de los casos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente, en lo referido “a la naturaleza jurídica del tema indemnizatorio” previsto en el artículo 345-A del Código Civil (CC) y, además, “determinar si procede fijar la indemnización de oficio o sólo a petición de parte.”

La audiencia se llevó a cabo en la Sala de Juramentos de la Corte Suprema. La causa que fue objeto de la vista fue la 4664-2010, proveniente de Puno, y el tema materia del recurso fue la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado.

Intervinieron los señores jueces supremos titulares Almenara Bryson, quien la presidió, Ticona Postigo y De Valdivia Cano; y, los señores jueces supremos provisionales Caroajulca Bustamante, León Ramírez, Vinatea Medina, Álvarez López, Palomino García, Miranda Molina y Aranda Rodríguez, quienes son magistrados civiles integrantes de Salas Supremas Civiles.

Informó el abogado de la parte demandante, quien, lamentablemente, no aportó nada importante al debate. Luego de ello se procedió a escuchar a los *amicus curiae* siendo convocados dos especialistas en la materia controvertida, para que expusieran sus tesis académicas y aportaran luces a la discusión: los doctores Alex Plácido y Leysser León.

---

<sup>118</sup> Fue, además, el primero que se llevó a cabo bajo la nueva regulación introducida por la Ley N° 29634, publicada el 28-05-2009, norma que estableció los siguientes cambios en el desarrollo del mismo: (i) Debe ser convocado por la Sala Suprema Civil; (ii) Sólo participan los jueces supremos civiles; y, (iii) Su objeto es constituir o variar un precedente judicial

Ellos sustentaron sus respectivos puntos de vista con brillo y enjundia académica, aportando elementos de juicio cuyo detalle más adelante puntualizaremos. Luego el presidente invitó a los asistentes para que al final de la audiencia intervinieran aportando ideas, invitación que si bien no tuvo una respuesta amplia entre el público, dejó sentada una praxis que debiera ser conservada.

Ahora precisemos el alcance de la participación de cada uno de los *amicus curiae*.

### **a.1 La posición de Alex Plácido.-**

Conforme Alex Plácido se debe tener en cuenta lo siguiente: (i) Que la discrepancia en la materia alcanzaba al propio Tribunal Constitucional (TC), pues habían dos posiciones contrarias. En los procesos de amparo N° 4800-2009 y N° 5342-2009, mientras una Sala había sostenido que otorgar una indemnización que no ha sido demandada viola la congruencia procesal, la otra Sala resolvió de manera distinta. Era necesario que la Corte Suprema defina esta discrepancia; (ii) Que el Art. 4 de la Constitución y el Art. 345 del CC, regulaban la protección de la familia monoparental de origen matrimonial, pero que había que tener en cuenta que dicha protección debe ser extendida también a los hijos; (iii) Que ese mandato constitucional se impone a todos los sujetos del proceso y en todas las etapas procesales, por lo que la indemnización debe ser necesariamente considerada como un punto controvertido; (iv) La aplicación del principio de protección de la familia determina la no vulneración del principio de congruencia procesal y la correcta aplicación de la función tutelar por el órgano jurisdiccional ni apreciar si únicamente existe un expreso pedido de las partes. (v) Que la indemnización dependía del sistema de divorcio regulado por las leyes de la materia. Si estamos en un sistema de “divorcio sanción” la indemnización debe basarse en la culpa del cónyuge causante; si, por el contrario, el sistema es el de “divorcio remedio”, no se reconoce el pago de indemnización, pues, la culpa no es un elemento para sustentar la causal. Agregó que en el caso de los sistemas mixtos, cabe fijar indemnización si se funda en una causal subjetiva o, si basada en una causal objetiva (como la separación de hecho durante dos años), se aducen, además, consideraciones subjetivas; (vi) Considera que el sistema peruano es mixto, pues basta apreciar los alcances de los Arts. 333 inc. 12 del CC, la tercera disposición complementaria y transitoria de la Ley N° 27495, más los Arts. 292 y 351;

(vii) La indemnización responde a la naturaleza mixta del sistema legal de divorcio. Esta configuración legal determina que no se trate de un supuesto de responsabilidad civil, en la medida que no se determina por factores de atribución subjetivos (dolo o culpa) u objetivos (peligro o riesgo); (viii) La indemnización es una consecuencia legal de la estimación de la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, que responde a la caracterización impuesta por el Derecho de familia por la que se comprenden aspectos subjetivos y objetivos para su determinación; (ix) Para fijar la indemnización debe identificarse al cónyuge más perjudicado, quien es el que no ha dado motivo para el divorcio y sufre el menoscabo, pero debe establecerse la relación de causalidad. El pero en uno u otro caso, debe ser cierto, producido con ocasión de la separación de hecho y subsistir al tiempo de la demanda. No debe comprender conductas relacionadas a la pérdida del vínculo afectivo; (x) El daño puede ser patrimonial como personal. Este último está referido a las afectaciones causadas por los hechos que motivaron la separación conyugal y no por ella misma, pues ni ésta ni el divorcio en sí mismos pueden ser considerados como causantes de daños; (xi) La configuración legal ha limitado el daño personal al daño moral. En la configuración legal no se identifica “daño personal” con “daño a la persona”; (xii) La configuración legal determina que el daño al proyecto de vida matrimonial no tenga autonomía en sí mismo, por lo que no es compensable; en todo caso, se le debe considerar comprendido en la noción amplia de daño moral en la equidad, el principio de enriquecimiento indebido y la solidaridad conyugal. Para determinar su cuantía deberá valorarse la personalidad de la víctima y la intensidad de la afectación; (xiv) Absolviendo las preguntas del juez supremo Ticona Postigo, agregó que el Art. 345-A hace referencia a una indemnización económica y el Art. 351 al daño moral, pero que no se debe hacer uso de la tesis de indemnización por la frustración del proyecto de vida como argumento para conceder una indemnización.

## **a.2 La posición de Leysser León.-**

Por su parte, Leysser León presentó la siguiente tesis:

(i) Que el sistema peruano debiera iniciar una diferenciación clara y precisa entre “indemnización” y “resarcimiento”, pues son conceptos con diferentes alcances. En el primero no es necesario imputar responsabilidad civil ni hablar de culpable o de imputable, mientras que el segundo civil propiamente dicho, sea por un incumplimiento o por un ilícito aquiliano. Tiene por fuente exclusiva a

la ley y se estima valorizando los daños ocasionados y/o fijando el valor con criterio de equidad. En sede nacional se pueden identificar los siguientes casos de “indemnización” establecidos por ley: el valor justipreciado en las expropiaciones; la indemnización “tarifada” por despido en el campo laboral; indemnización a cargo del incapaz de discernimiento previsto en el Art. 1977 del CC.; ruptura de esponsales prevista en el Art. 240 del CC.; y, la del Art. 345-A a favor del cónyuge perjudicado en el caso de la separación de hecho; (ii) Hecho el distingo, sostuvo que el Art. 345-A del CC no regula un supuesto de responsabilidad civil porque: (a) Separarse no es fuente de responsabilidad civil en el Perú; (b) No existe un criterio de imputación señalado por la ley para este supuesto, un caso de responsabilidad civil objetiva; (c) No existen referencias a los daños materiales que resulten de la separación; y, (d) El juez tiene la alternativa de adjudicar un bien de la sociedad conyugal en lugar de la indemnización, lo cual no tiene sustento en materia de responsabilidad civil; (iii) Que el estudio de la jurisprudencia nacional demuestra que en esta materia existen graves errores, a saber: (a) Se sostiene que el Art. 345-A contempla un supuesto de responsabilidad civil; (b) Que dicho artículo es aplicable todas las veces en que se aprecie una violación de los deberes conyugales; (c) Que es un caso de responsabilidad objetiva y que por ello no se necesita comprobar la culpabilidad; y, (d) Autoriza a conceder resarcimientos, entre ellos, el del “proyecto de vida matrimonial”; (iv) Esos graves errores deben ser subsanados a partir de las siguientes comprobaciones: (a) No hay responsabilidad civil en el Perú por separarse ni por divorciarse; (b) La verdadera responsabilidad civil radica en la violación de derechos constitucionales al interior del matrimonio (daños endofamiliares); (c) La antijuridicidad no es presupuesto ni elemento de la responsabilidad civil en el Perú, a diferencia de Alemania e Italia, donde los códigos civiles la contemplan expresamente; (d) La denominada responsabilidad objetiva está referida a los casos de riesgo o de exposición al peligro regulada en el Art. 1970 CC, que no guardan ninguna relación con la vida matrimonial; y, (e) Los proyectos de vida existen, pero son irrelevantes jurídicamente. El proyecto de vida matrimonial no es resarcible, pues, por ejemplo, no puede ser cuantificado para efectos de la suscripción de un contrato de seguro y, además, propicia interpretaciones discriminatorias en su cuantificación. En definitiva, el “daño al proyecto de vida” es sólo un argumento para inflar los resarcimientos; (v) En su concepto, la indemnización prevista en la ley debe ser concedida bajo las siguientes bases: (a) El fundamento de la indemnización al cónyuge perjudicado debe ser la solidaridad familiar, no un hecho de responsabilidad civil; (b) El juez debe atender exclusivamente a un elemento objetivo, las diferencias patrimoniales

entre los ex cónyuges como resultado de la separación y divorcio, lo que viene a constituir el perjuicio; (c) Establecido el desbalance, se “indemniza” al menos favorecido, sobre la base de la equidad; y, (d) El daño moral no necesita ser probado.

## b. Aspectos destacados del Pleno

Al término del pleno se arribó a lo siguiente:

- Debe descartarse el argumento de la **“frustración del proyecto de vida”** como base de la indemnización.
- El tratamiento de la indemnización en la forma que venía siendo atendida por la jurisprudencia debía ser urgentemente revisada, pues, no se trata de un caso de responsabilidad civil.
- Quedó demostrada la importancia de cultivar la especialidad como base del sistema judicial, lo que explica que los plenos sean vistos ahora con intervención solo de los jueces supremos de la especialidad civil.

## c. La Sentencia Casatoria

La Sentencia Casatoria destaca los siguientes aspectos:

### c.1 Sobre flexibilizar principios y reglas procesales

La Corte Suprema empieza sus consideraciones afirmando que nuestra Constitución habla de un Estado Democrático y Social, en donde una de sus notas características es la promoción y protección de los sectores sociales menos favorecidos o más débiles, otorgando una especial protección a la familia.

Así el juez, en su rol de director del proceso, cuenta con una serie de herramientas a fin de emitir una decisión objetiva y materialmente justa conforme con la Constitución y las leyes. Y para ello sirve el principio de socialización, sobre todo en los procesos de familia, donde muchas veces una parte es notoriamente débil. Esto último, sumado a la influencia del derecho

material en la configuración del proceso, hace que el juez tenga un rol tuitivo en los procesos de familia, en donde el principio dispositivo se atenúa considerablemente.

A reglón seguido, la sentencia pasa a hablar de un tema delicado: la flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad en los procesos de familia. Estos principios –según la Corte Suprema– obligan al juez a pronunciarse solamente sobre los hechos y petitorio formulados por las partes en sus actos postulatorios y únicamente sobre sus pretensiones y medios de defensa que convengan a sus intereses. Sin embargo, en los procesos de familia, y particularmente en los procesos de divorcio por separación de hecho, estos principios deben aplicarse en forma flexible.

De acuerdo a la Corte Suprema, los procesos de familia encierran “conflictos tan íntimos y personales que las partes se niegan a exponer libremente, ya sea por simple pudor o por desconocimiento de que este mecanismo está precisamente destinado a tutelar su derecho a la dignidad”. Esto lo lleva a justificar que “en el proceso de divorcio por la causal de separación de hecho, la parte interesada, en cualquier estado del proceso, expresa hechos claros y concretos referidos al perjuicio que resulta de dicha separación o del divorcio en sí, el juez debe considerar esta manifestación de la voluntad como un pedido o petitorio implícito y, por consiguiente, debe ser objeto de pronunciamiento en la sentencia, garantizando desde luego a las partes el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural”. Y continúa afirmando: “Por lo demás, el pedido implícito está considerado por la doctrina como una hipótesis de flexibilización del principio”. En ese sentido, la Corte también argumenta que la flexibilización de los principios de congruencia, preclusión y eventualidad se justifica en aras de la efectivización de los derechos materiales.

Por otro lado, el pleno casatorio justifica la flexibilización de la regla de la acumulación de pretensiones, en donde el juez debe integrar el petitorio con pretensiones sobre las cuales es necesario emitir un pronunciamiento porque afectan a los hijos o al régimen patrimonial que se pretende disolver. Inclusive la acumulación puede darse aun cuando no se formulen pretensiones accesorias, “siempre y cuando estas se encuentren expresamente previstas por la ley, en cuyo caso se consideran tácitamente integradas a la demanda”, como sería el caso del divorcio por causal de separación de cuerpos.

### c.2 Sobre el divorcio por separación de hecho en nuestro ordenamiento

La Corte Suprema reconoce que tenemos un sistema mixto, que recoge el divorcio-sanción (incisos 1 al 11 del artículo 333 del Código Civil) y también el divorcio-remedio (incisos 12 y 13 del artículo 33 del Código Civil). Por su parte, la separación de hecho –regulada en el inciso 12– tiene naturaleza objetiva y subjetiva, *“porque no solo se configura con la verificación de la separación física permanente y definitiva de los cónyuges, sino por la intención deliberada de uno de ambos de no reanudar la vida en común”*.

### c.3 Naturaleza jurídica de la indemnización: Obligación legal y no responsabilidad civil.

Según la Corte Suprema, nuestro sistema jurídico ha establecido dos tipos de indemnización en los casos de divorcio (y separación de cuerpos). Para el caso del divorcio-sanción la indemnización se sustenta en la culpa del cónyuge que motiva la causal en que se funda el divorcio, en tanto que para los casos del divorcio-remedio no hay culpa de por medio (divorcio por causa no inculpatória).

Aquí es donde se ubica la indemnización o, en su caso, la adjudicación de bienes de la sociedad conyugal (consecuencias prevista por el artículo 345-A del Código Civil), que *“se debe establecer a favor del cónyuge que resulte más perjudicado con la separación de hecho, y esta indemnización debe comprender tanto el menoscabo patrimonial como el daño a la persona, en el que se comprende el daño moral”*, dado que el divorcio por la causal de separación de hecho se sustenta en causal no inculpatória (fundamento 49).

Respecto de la indemnización, la Corte Suprema señaló que para fijarla será necesario recurrir a ciertos elementos como la culpa o el dolo, a fin de identificar al cónyuge más perjudicado (fundamento 50); sin embargo, al momento de identificar la naturaleza jurídica de esta indemnización (o compensación), **se concluye que se trata de una obligación legal**, señalando algunas páginas más adelante, que la norma que la regula tiene serias deficiencias (fundamento 58). Se descarta así que se trata de una prestación de carácter alimentario (ítem 8.2.1.), reparador (8.2.2.), indemnizatorio (8.2.3.), y de responsabilidad civil extracontractual (8.2.5.).

Así, “el título que fundamenta y justifica la obligación indemnizatoria es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños, sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial” (fundamento 54), con intervención de la equidad en la fijación de la indemnización o adjudicación de bienes, que “presupone por lo menos algunos elementos de convicción del perjuicio, como las pruebas, las presunciones y los indicios, que sirvan como referentes para identificar al cónyuge más perjudicado, la magnitud del perjuicio y el quantum indemnizatorio”.

Así, la indemnización no tiene naturaleza resarcitoria, sino que se trata de una obligación legal basada en la solidaridad familiar (fundamento 57). Por ende, no requiere la concurrencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil común, sino tan solo la relación de causalidad entre el menoscabo económico (y el daño personal) con la separación de hecho y el divorcio, es decir, el daño que sea consecuencia directa que estos hechos (fundamento 59).

A continuación la Corte Suprema habla de dos juicios: el de procedibilidad y el de fundabilidad. Mediante el primero el juez debe verificar “la relación de causalidad sin que deba exigir la concurrencia del factor de atribución, puesto que se trata del divorcio remedio” (fundamento 61). No obstante, a través del segundo el juez deberá tener en cuenta “algunos aspectos de la culpa o dolo del cónyuge para determinar la magnitud de los perjuicios y graduar el monto de la indemnización a favor del cónyuge más perjudicado” (fundamento 61), pero la probanza del dolo o culpa no es un presupuesto sine qua non para favorecer a un cónyuge con una indemnización por tratarse de un divorcio remedio, pero la acreditación de estas servirá para obtener una decisión más justa (fundamento 62).

Más adelante, la sentencia del pleno afirma que “el menoscabo de la estabilidad económica debe ser constatado por el juez de las pruebas y lo actuado en el proceso; y no debe ser producto de la conducta de no de los cónyuges sino que provenga del hecho objetivo del apartamiento fáctico, o en su caso, del divorcio en sí, con prescindencia de toda forma de culpabilidad” (fundamento 65).

#### **c.4 Sistematizando la categoría del daño**

La Corte Suprema analizó la compleja figura del daño y las categorías que se han construido en torno a ese concepto. Afirmó que el daño moral está contenido dentro del daño a la persona, en cuanto lesión a un derecho, bien o interés de la persona en cuanto tal, por lo que no tiene contenido patrimonial directo aunque muchas veces tenga que cuantificarse económicamente (fundamento 71).

#### **c.5 Adjudicación de bienes de la sociedad conyugal**

La Corte Suprema recurrió a una interpretación sistemática y teleológica de las normas contenidas en los artículos 345-A y 323 del Código Civil para afirmar que el juez, al adjudicar un bien al cónyuge perjudicado (cuando así lo elija o si el juez lo considera adecuado), “deberá hacerlo con preferencia sobre la casa en que habita la familia y, en su caso, el establecimiento agrícola, artesanal, industrial o comercial de carácter familiar”. Asimismo, esta adjudicación no debe imputarse a los gananciales que la correspondan al cónyuge beneficiado, al momento de la liquidación de la sociedad (fundamento 76).

#### **c.6 Diversas reglas procesales**

Tanto la indemnización como la adjudicación podrá hacerse a pedido de parte o de oficio, según lo establece expresamente el artículo 345-A del Código Civil. Así, el demandante en el proceso de divorcio puede acumular la indemnización o la adjudicación como pretensión accesoria, en tanto que el demandado lo puede hacer vía reconvencción. Sin embargo, “después de los actos postulatorios, y en cualquier estado del proceso, las partes están habilitadas para alegar y solicitar la indemnización, siempre que se garantice a la otra parte el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural” (fundamento 77).

Pero la Corte Suprema va más allá: dice que el juez está habilitado para fijar en la sentencia, de oficio, la indemnización o adjudicación siempre que se hayan expresado hechos concretos de alguna manera y en el curso del proceso, garantizándose siempre el derecho de defensa y el derecho a la instancia plural del cónyuge perjudicado.

No obstante, es importante resaltar que “no es procedente que el juez bajo el único y simple argumento de que tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado fije a su arbitrio una indemnización o disponga la adjudicación referida, sin que haya alegado hechos configurativos de algunos perjuicios, ni exista prueba alguna en el proceso, o peor aún si existe renuncia expresa del cónyuge interesado. Si el juez no ha identificado en el proceso cuál es el cónyuge más perjudicado no está obligado a fijar una indemnización; igualmente no está obligado, si no existiera en el proceso ningún elemento probatorio, indicio o presunción sobre ello” (fundamento 80).

Esta posición asumida por la Corte Suprema resulta relevante porque de una lectura literal del artículo 345-A del Código Civil se desprende que el juez, en cualquier circunstancia, deberá imponer una indemnización. Así, “la parte interesada en principio debe solicitar el pago de una indemnización o la adjudicación, o por lo menos debe alegar hechos relativos al perjuicio sufrido” (fundamento 82).

No obstante, si el pedido de indemnización o adjudicación no ha sido formulado expresamente por ninguno de los cónyuges, el juez puede extraer de los hechos alegados un pedido o petitorio implícito. Dice la Corte Suprema: “Será suficiente, por ejemplo, que la parte interesada manifieste que a consecuencia de la separación de hecho su cónyuge se desentendió de su obligación alimentaria y que por tal razón tuvo que demandar el pago de una pensión alimentaria para ella y sus menores hijos” (fundamento 86).

Pues bien, según la sentencia las partes pueden alegar estos hechos, en principio, hasta el momento de la fijación de los puntos controvertidos, con el objeto de que el juez los incorpore dentro de la materia de discusión. Pero, a pesar de ello, es posible que las partes lo aleguen en cualquier estado del proceso, debiendo respetarse el debido proceso, inclusive con la posibilidad de ofrecer nuevas pruebas.



## RESUMEN

1. La Responsabilidad Civil es el conjunto de consecuencias jurídicas de carácter económico que asume un sujeto por encontrarse en una situación jurídica subjetiva de desventaja (deber o carga).
2. Las funciones de la Responsabilidad Civil son: a) Satisfactoria; b) De equivalencia; c) De sanción o punitiva; d) Preventiva y e) Disuasiva.
3. Los elementos de la Responsabilidad Civil son: a) Comportamiento dañoso; b) Consecuencia dañosa; c) Relación Causal y d) Criterio de Imputación.
4. La indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil no tiene naturaleza resarcitoria por lo que es una obligación legal.
5. No obstante, son aplicables para la determinación de esa indemnización algunos elementos de análisis de la Responsabilidad Civil como son: los referidos al daño y a la relación causal.



## AUTOEVALUACIÓN

1. ¿Qué es la Responsabilidad Civil?
2. ¿Cuáles son las Funciones de la Responsabilidad Civil?
3. ¿Cuáles son los elementos de análisis de la Responsabilidad Civil?
4. ¿Qué naturaleza jurídica tiene la indemnización prevista en el artículo 345 A del Código Civil?
5. ¿Qué daños son indemnizables conforme el artículo 345 A del Código Civil peruano?



## LECTURAS PROPUESTAS

### **Lectura Obligatoria:**

- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo (2001) Elementos de la responsabilidad civil: comentarios a las normas dedicadas por el Código civil a la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Grijley, 2001. Capítulo Cuarto "El Daño y la Responsabilidad Civil". (pág. 53-74)

### **Lectura Complementaria:**

- LEON HILARIO, Leysser Luiggi (2004). La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Capítulo III. Funcionalidad del "daño moral" e inutilidad del "daño a la persona" en el Código Civil peruano. (pág.181-236)



## CASOS SUGERIDOS

Caso N° 4: Tercer Pleno Casatorio Civil (**Disponible en el aula virtual**)

Caso N° 5: Casación N°5060-2011-Huaura

**CASO Nº 5: CASACION Nº5060-2011-HUAURA**

Lima, catorce de noviembre del año dos mil doce.-

**LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;** vista la causa número cinco mil sesenta – dos mil once, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia. **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes mediante escrito obrante a fojas trescientos veinte, contra la sentencia de vista emitida por la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, obrante a fojas trescientos cinco, su fecha siete de setiembre del año dos mil once, que confirma la sentencia apelada que declara infundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesta por Efraín Jaime Minaya Leyva, y fundada la reconvencción de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes, e integrando la citada sentencia, declara infundada la pretensión de indemnización por daños solicitada por la reconviniendo; revocando la misma sentencia en el extremo que omite establecer el pago de costas y costos, el cual se reforma para efectos de que el demandante pague a la demandada-reconviniendo los costos del proceso.

**FUNDAMENTOS DEL RECURSO:** Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha veinte de marzo del año dos mil doce, por las causales de infracción normativa y apartamiento inmotivado del precedente judicial previstas en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia: a) Se han infringido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, toda vez que la sentencia de vista evidencia una falta de motivación, ya que se declara infundada la pretensión de indemnización por daños y perjuicios solicitada por la reconviniendo, sin haberse valorado en forma conjunta todos los medios probatorios que sustentaban

dicha pretensión, y que el demandante había ocasionado a consecuencia del abandono. Tal es así que la sentencia de primera instancia, en el considerando décimo primero, refiere de forma arbitraria que tanto la demandante como el demandado no han acreditado el perjuicio que alguno de ellos hubiera sufrido, al no verse aportado documentación indubitable que acredite el perjuicio para alguno de ellos, lo que viola el derecho a la prueba que es un elemento indispensable para un proceso justo y regular; b) Se ha vulnerado el principio de la uniformidad de la jurisprudencia nacional, toda vez que en el Tercer Pleno Casatorio -Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez Puno-, se ha sentado un precedente vinculante sobre esta materia, habiéndose establecido que para una decisión de oficio o a instancia de parte, para efectos de la indemnización o adjudicación de bienes en el proceso, debe verificarse y establecerse las pruebas, las presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí, apreciándose alguna de las siguientes circunstancias, como: El grado de afectación emocional o psicológico que le ha ocasionado la separación de hecho, la tenencia y custodia de hecho de sus hijos cuando eran menores de edad y la dedicación al hogar. En el caso concreto, la recurrente ha visto frustrado su proyecto de vida, en cuanto a su bienestar socioeconómico y el de sus hijos, e igualmente ha sufrido daño moral, afectándose sus sentimientos como mujer y madre, habiéndose quedado a cargo del cuidado de sus tres menores hijos, atendiendo todas sus necesidades básicas. Asimismo, como cónyuge abandonada, ha tenido que demandar alimentos para ella y sus hijos, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; habiendo quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge respecto de los beneficios que produjo el matrimonio; y, **CONSIDERANDO:** PRIMERO.- Que, conforme aparece de la revisión de actuados, Efraín Jaime Minaya Leyva interpuso demanda de divorcio por la causal de separación de hecho para efectos de que se declare disuelto el vínculo matrimonial contraído con Fabiana Bibiana Portella Sifuentes el veintidós de octubre de mil novecientos ochenta y ocho ante la Municipalidad Distrital de Huaura. Sostiene que con la demandada procreó tres hijos de nombres Neida Viviana, Mercedes Jaime y Marisela Dina Minaya Portella, nacidos el uno de enero de mil novecientos ochenta y cinco, cuatro de setiembre del año mil novecientos ochenta y seis y quince de mayo del año mil novecientos ochenta y nueve, respectivamente, por lo que todos ellos son ahora mayores de edad. Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año mil novecientos noventa y nueve, en que tomó conocimiento de los actos adulterinos de aquélla, producto de los cuales

procreó al menor de iniciales F.F.V.P., nacido el día catorce de julio del año dos mil. Señala también que con la demandante han levantado una casa de material noble ubicada en la manzana S, lote Doce, calle Bellavista, en el asentamiento humano “El Carmen” - Huaura, la misma que voluntariamente se la cede a sus hijos mayores. Finalmente, manifiesta que tras la separación, conoció a quien es su actual conviviente, con quien ha procreado tres hijos, todos menores de edad, razón por la cual solicita se declare el divorcio debido a la ruptura del vínculo matrimonial. SEGUNDO.- Que, al contestar la demanda, Fabiana Bibiana Portella Sifuentes niega y contradice las afirmaciones del demandante, y formula reconvencción para que se declare el divorcio por la causal de separación de hecho y se le indemnice con la suma de treinta mil nuevos soles -S/.30,000.00- por el daño personal, moral y al proyecto de vida infringidos. Sostiene que se encuentra separada desde el año mil novecientos noventa y dos, a raíz de las desavenencias surgidas con el actor debido a las mejoras remunerativas que fueron otorgadas a éste por su empleadora, Azucarera Andahuasi, lo que dio lugar a un cambio repentino de su conducta, dedicándose a beber permanentemente y a la vida libertina, dejando a la suscrita y sus menores hijos en el más absoluto abandono moral y económico, pese a sus constantes reclamos, los cuales solo merecieron como respuesta agresiones físicas y psicológicas de su parte, llegando inclusive el actor a mantener una relación sentimental con la hermana de la propia demandada, lo que generó serios conflictos familiares. A consecuencia de ello, tuvo que irse a vivir a una invasión conocida como el asentamiento humano “El Carmen”, en donde actualmente domicilia con sus hijos, lugar donde con esfuerzo ha levantado una casa de material noble que es propia y no del actor, ya que éste los abandonó en el año mil novecientos noventa y dos. Desde la separación se ha visto obligada a mantener a sus tres hijos gracias a los trabajos realizados en la chacra, pero en el año mil novecientos noventa y nueve -es decir, varios años después de la separación- sufrió un atentado contra su libertad sexual, producto del cual quedó embarazada de su menor hijo de iniciales F.F.V.P., no habiendo mantenido en ningún momento relación amorosa ni convivencia con el padre del menor, quien solo se limitó a reconocerlo, aceptando su responsabilidad. Agrega que debido a su estado de salud y de necesidad económica se vio obligada a entablar demanda de alimentos en contra del demandante, y más recientemente una demanda de aumento de alimentos que se tramita ante el Primer Juzgado de Paz Letrado de Huaura, encontrándose el actor adeudando el pago de pensiones devengadas, además de pensiones alimenticias de los últimos cuatro meses. A ello se aúna la negativa del demandante de ayudarla

con la rehabilitación de su hijo Mercedes Jaime Minaya Portella, quien es adicto a sustancias psicoactivas y se encontraba recibiendo tratamiento terapéutico profesional en el Centro de Rehabilitación “Rompiendo Cadenas”, lo cual tuvo que dejar por falta de recursos económicos. Igualmente, refiere que viene realizando gastos por los tratamientos médicos a los que se encuentra sometida debido a su enfermedad –lumbociatalgia-, lo que acredita con los documentos médicos que adjunta, así como también debe acudir a sus hijas mayores que se encuentran cursando estudios. TERCERO.- Que, al expedir sentencia, el Juez de la causa declara infundada la demanda interpuesta por Efraín Jaime Minaya Leyva; y, fundada la reconvencción presentada por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes; en consecuencia, disuelto el vínculo matrimonial y fenecido el régimen de la sociedad de gananciales; sin pronunciamiento sobre los alimentos, tenencia y régimen de visitas de los hijos matrimoniales; por cuanto: i) Sobre la pretensión invocada por el actor, no está acreditado con documento indubitable y de fecha cierta que se encuentre al día en el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias que tiene con la demandada. En la resolución de fecha seis de octubre del año dos mil nueve expedida en el Expediente número novecientos cuarenta y uno – dos mil uno sobre aumento de alimentos, se dispone notificar a Efraín Jaime Minaya Leyva *“a fin de que cumpla con el pago de las pensiones alimenticias de los meses de mayo a octubre del año en curso [2009], bajo apercibimiento de ley en caso de incumplimiento”*, lo que hace concluir que el actor no estaba al día en el pago de sus obligaciones alimenticias al momento de interponer su demanda -cuatro de mayo del año dos mil nueve-, por lo que la misma deviene en infundada; ii) En cuanto a la reconvencción, Fabiana Bibiana Portella Sifuentes indica que se encuentra separada del accionante desde el año mil novecientos noventa y dos, versión que guarda relación con lo vertido por sus tres hijos mayores de edad en el acto de realización de la Audiencia de Pruebas, quienes afirman que sus padres se encuentran separados más de siete años, aunado a la versión del accionante quien también manifestó que se encuentra separado desde el veinte de marzo de mil novecientos noventa y dos, estableciéndose esa fecha como inició de la separación de hecho de los cónyuges; iii) Respecto de las obligaciones alimentarias, se tiene probado que la demandada inició un proceso judicial de aumento de alimentos contra el actor, signado con el Expediente número novecientos cuarenta y uno – dos mil uno, en la que se expidió sentencia declarando infundada la demanda, permaneciendo con el monto signado por alimentos del diez por ciento del haber del accionante. Del petitorio del escrito de demanda y su subsanación, no se advierte que el demandante haya solicitado el cese de la pensión alimenticia a favor de su

cónyuge, por tanto, no es posible pronunciarse al respecto en este proceso dejándose a salvo el derecho del actor para que lo haga valer en la vía correspondiente, si lo considera necesario; iv) En cuanto a la indemnización a que se refiere el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, tanto el demandante como la demandada no han acreditado el perjuicio que alguno de ellos hubiera sufrido, ya que no se ha aportado documentación indubitable que acredite el perjuicio para alguno de ellos; v) Respecto a la tenencia, régimen de visitas y alimentos de hijos procreados dentro del matrimonio, estando a que a la fecha de interposición de la demanda aquellos eran mayores de edad y que existe una sentencia firme respecto a los alimentos, carece de objeto pronunciamiento al respecto; vi) Finalmente, no resultando atendible declarar en este proceso si el bien ubicado en el asentamiento humano “El Carmen” tiene o no la calidad de bien social, las partes deberán hacer valer su derecho en la vía respectiva. CUARTO.- Que, la reconviniente apeló esta decisión únicamente en los extremos referidos a la indemnización solicitada y a la fijación de los costos del proceso. Respecto al primer extremo, refirió que la parte resolutive de la sentencia de primera instancia no se pronunció sobre su pretensión indemnizatoria, no obstante que se encuentra fijada como punto controvertido y ha sido desarrollado en la parte considerativa de la sentencia; y, respecto del segundo extremo, denunció como agravio la ausencia de motivación en la exoneración tácita de los costos del proceso a favor del demandante, lo que merecía pronunciamiento aun cuando la suscrita goza de auxilio judicial. QUINTO.- Que, elevados que fueran los actuados a la Sala Superior, éste órgano emite sentencia de vista confirmando la apelada, integrándola para que se declare infundada la pretensión sobre indemnización de daños y perjuicios, y revocando la misma sentencia en el extremo que omite establecer el pago de costas y costos, el cual se reforma para efectos de que el demandante pague a la demandada-reconviniente los costos del proceso; por cuanto: i) Si bien en la parte resolutive de la sentencia no se ha emitido pronunciamiento sobre la indemnización por daños solicitada por la demandada y reconviniente, sin embargo en la parte considerativa de la sentencia, específicamente los considerandos décimo primero y décimo sexto, la juzgadora ha emitido pronunciamiento respecto a dicho tema; por lo que conforme al artículo trescientos setenta del Código Procesal Civil, se procede a integrar la sentencia en dicho extremo, siendo innecesario declarar la nulidad de la misma, cuando la ley faculta a subsanar dicha omisión en sede de revisión; ii) Respecto a si se debió condenar al demandante al pago de los costos del proceso, cabe señalar que en el caso

de autos ha sido amparada la reconvención formulada, siendo que el demandante constituye la parte vencida en este proceso, y si bien la ley permite exonerar a la parte vencida del pago de los costos del proceso, en el caso de autos no se debe aplicar dicha exoneración, atendiendo a la calidad personal de la demandada, quien es una persona de escasos recursos económicos, que ha tenido que salir a juicio para defender en mérito a la acción judicial formulada por el demandante, lo cual le ha originado gastos de diversa índole, más aún si aquella se encuentra en una precaria situación económica, conforme se advierte del contenido del Informe Social número cero noventa y nueve – dos mil diez, obrante en el cuaderno de auxilio judicial, el cual fue otorgado precisamente atendiendo a su condición humilde y precaria. SEXTO.- Que, existiendo denuncias por apartamiento inmotivado del precedente judicial, así como por vicios *in procedendo*, corresponde verificar primero si se ha configurado o no esta última causal, pues en caso de ser estimada, se dispondría el reenvío de la causa al estadio procesal correspondiente, impidiendo que sea factible el análisis de las normas materiales en las que se sustenta o debió sustentarse la resolución recurrida. SÉTIMO.- Que, con respecto a la causal de infracción de normas procesales acápite a), el actor sostiene que la sentencia de vista no expresa los motivos por los cuales ha declarado infundada la pretensión indemnizatoria propuesta, para luego aludir a la sentencia de primera instancia cuestionando la valoración probatoria realizada por el *A quo*. En este punto, es necesario señalar que en virtud al principio de congruencia procesal, el Juez debe dictar sus resoluciones de acuerdo con el sentido y alcances de las peticiones formuladas por las partes, y en el caso de la apelación, corresponde al Superior resolver, en función a los agravios, los errores de hecho y de derecho que sirven de sustento a la pretensión impugnatoria que haya expuesto el recurrente, toda vez que los agravios detallados en el escrito de apelación constituyen la base objetiva del recurso, determinan los alcances de la impugnación y los poderes de los que goza la instancia superior para resolver el tema. OCTAVO.- Que, en el caso concreto, es claro que el recurso de apelación interpuesto por la recurrente cuestionó únicamente la falta de pronunciamiento del *Ad quem*, en la parte resolutive del fallo, sobre la pretensión indemnizatoria por el daño moral, pese a que se encontraba motivada en su parte considerativa. Si esto es así, no puede cuestionarse que la Sala Superior no se pronunciara sobre la valoración probatoria realizada por el *A quo* en la sentencia de primera instancia respecto de dicha pretensión en particular, ya que el pronunciamiento de la Sala Superior se ha circunscrito formalmente al pedido impugnatorio. Por ello, no se configura la alegada falta de motivación en la sentencia de vista, razón por la

cual este extremo del recurso debe ser desestimado. NOVENO.- Que, con respecto a la causal de apartamiento inmotivado del precedente judicial -acápito b)-, la recurrente sostiene que no se ha tenido en cuenta el precedente sobre la materia establecido en el Tercer Pleno Casatorio Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez, Puno- en el que se ha establecido que de oficio o a instancia de parte, para efectos de la indemnización o adjudicación de bienes en el proceso, el Juez debe verificar y establecer las pruebas, las presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí, apreciándose alguna de las siguientes circunstancias, como: El grado de afectación emocional o psicológico que le ha ocasionado la separación de hecho, la tenencia y custodia de los hijos cuando eran menores de edad y la dedicación al hogar. En primer lugar, conviene destacar que mediante sentencia expedida el dieciocho de marzo del año dos mil once en el Tercer Pleno Casatorio Civil, recaída en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez, Puno, en el proceso seguido por René Huaquipaco Hanco contra Catalina Ortiz Velazco sobre divorcio por la causal de separación de hecho, las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la República han establecido precedente judicial vinculante en materia de divorcio por la causal de separación de hecho, interpretando los alcances del artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, que establece que el Juez debe velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado por la separación, señalando una indemnización por daños, que incluya el daño a la persona, u ordenando la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponder. El citado precedente tiene efectos vinculantes para todos los Órganos Jurisdiccionales de la República a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”; y habiendo tenido lugar dicha publicación el día trece de mayo del año dos mil once, sus efectos resultan plenamente aplicables al presente proceso, teniendo en cuenta que la sentencia de segunda instancia data del siete de setiembre del mismo año. DÉCIMO.- Que, en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez, Puno; se estableció precedente judicial en los siguientes términos: “(...) 2. En los procesos sobre divorcio –y de separación de cuerpos– por la causal de separación de hecho, el Juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho así como la de sus hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil. En

consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalará una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona. (...) 4. Para una decisión de oficio o a instancia de parte sobre la indemnización o adjudicación de bienes, del proceso debe verificarse y establecerse las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí. El Juez apreciará, en el caso concreto, si se ha establecido algunas de las siguientes circunstancias: a) El grado de afectación emocional o psicológica; b) La tenencia y custodia de hecho de sus hijos menores de edad y la dedicación al hogar; c) Si dicho cónyuge tuvo que demandar alimentos para él y sus hijos menores de edad, ante el incumplimiento del cónyuge obligado; d) Si ha quedado en una manifiesta situación económica desventajosa y perjudicial con relación al otro cónyuge y a la situación que tenía durante el matrimonio, entre otras circunstancias relevantes". Del mismo modo, el precedente judicial vinculante precisa que: "6. (...) *La indemnización o la adjudicación de bienes tiene la naturaleza de una obligación legal, cuya finalidad es corregir un evidente desequilibrio económico e indemnizar el daño a la persona, resultante de la separación de hecho o del divorcio en sí; su fundamento no es la responsabilidad civil contractual o extracontractual sino la equidad y la solidaridad familiar*". DÉCIMO PRIMERO.- Que, en el presente caso, la Sala Superior no ha expresado las razones fundamentales por las cuales decide apartarse tácitamente del precedente judicial vinculante establecido en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez, Puno, que le impone el deber de pronunciarse, aun de oficio, sobre la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado con la separación sobre todo cuando una de las partes ha alegado expresamente, vía reconvenición, hechos configurativos del perjuicio causado y acompañado prueba para efectos de acreditarla. En tal sentido, se ha configurado la causal de apartamiento inmotivado del precedente judicial, sobre interpretación de la norma material contenida en el artículo trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, razón por la cual, de conformidad con lo dispuesto en el primer y segundo párrafos del artículo trescientos noventa y seis del Código Procesal Civil, corresponde anular la sentencia recurrida y, con efecto revocatorio, emitir la decisión sobre el fondo que corresponda al caso. DÉCIMO SEGUNDO.- Que, conforme lo ha establecido el precedente vinculante dictado en el Tercer Pleno Casatorio Civil, para nuestro sistema normativo la indemnización regulada en el artículo

trescientos cuarenta y cinco - A del Código Civil, tiene carácter de obligación legal, pues el título que la fundamenta y justifica es la misma ley y su finalidad no es resarcir daños sino corregir y equilibrar desigualdades económicas resultantes de la ruptura matrimonial. En principio, no es presupuesto *sine qua non* de la causal de separación de hecho imputar ni probar dolo o culpa en el otro cónyuge para ser favorecido con el divorcio ni con la indemnización a que se contrae la norma bajo análisis, pues está legitimado para demandar el divorcio por esta causal, tenga o no culpa –en sentido amplio– cualquiera de los cónyuges, y aun en el caso que haya mediado acuerdo de ambos cónyuges para tal ruptura. No obstante ello, puede alegarse y probarse la culpa del apartamiento fáctico de uno de los cónyuges con el objeto de que el cónyuge perjudicado obtenga una mejor indemnización. Por tanto, la culpabilidad del cónyuge no es presupuesto de esta causal de divorcio, precisamente porque no se trata del divorcio-sanción, sino del divorcio remedio; empero aquella culpabilidad puede ser invocada y probada como elemento trascendente para una decisión judicial más justa respecto de la indemnización o adjudicación preferente de bienes. DÉCIMO TERCERO.- Que, en el fundamento jurídico sesenta y tres de la sentencia recaída en la Casación número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro – dos mil diez Puno, se ha establecido lo siguiente: “Para los fines de la indemnización, resulta importante distinguir entre: a) Los perjuicios que se originaron con ocasión de la separación de hecho producida lógicamente mucho antes de la demanda, b) De los perjuicios que se produzcan desde la nueva situación jurídica creada con el divorcio mismo -sentencia constitutiva-, que tiene como referente temporal la sentencia firme emitida en dicho proceso. En el primer supuesto, la indemnización debe cubrir los perjuicios desde que el apartamiento de uno de los cónyuges resulta lesivo a la persona y a la situación económica del otro consorte más perjudicado. En consecuencia, respecto de éste, se tendrá en cuenta su afectación emocional y psicológica, la tenencia y custodia de hecho de los hijos menores de edad, si tuvo que demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria, entre otros. Es pertinente puntualizar que una cosa es la conducta culpable –culpa en sentido amplio– de uno de los cónyuges, que motiva la separación fáctica -por ejemplo el adulterio, la infidelidad, la injuria grave, la violencia física y psicológica, pero cuyos hechos no se invocan para sustentar la causal de separación de hecho- y otra cosa diferente es el hecho objetivo de la separación misma, que puede ser alegada como causal de divorcio incluso por el cónyuge que motivó la separación.” DÉCIMO CUARTO.- Que, así también, con respecto a los conceptos de daño a la persona, daño moral y proyecto de vida, ha quedado

establecido en el citado precedente judicial: “70.- En esta línea de argumentación, la aplicación del concepto de proyecto de vida –y por extensión el de proyecto de vida matrimonial– a los efectos de la indemnización en el divorcio sanción y en el divorcio remedio, resulta muy discutible, con poco desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia, como lo reconoce la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solamente por la imprecisión de su contenido y alcances sino fundamentalmente porque en muchos de sus aspectos y hechos, sobre todo en los más remotos, la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial, y en algunos otros extremos hasta carecería de aquella relación de causalidad. Además, para su cuantificación no habría una base objetiva de referencia, tampoco indicadores mensurables, puesto que el proyecto de vida se sustenta en gran parte en probabilidades; es decir, en probables realizaciones de la personalidad que tienen un fuerte grado de subjetividad y largo alcance en el tiempo (...). 71. (...) según doctrina nacional autorizada, la relación que hay entre daño a la persona y el daño moral es de género a especie. (...) El daño a la persona es la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal. Afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económico patrimonial. En consecuencia, el daño a la persona es toda lesión a sus derechos e intereses, que no tienen contenido patrimonial directo, aunque para ser indemnizado muchas veces tenga que cuantificarse económicamente. (...) Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral. Éste viene a estar configurado por las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona. En el caso que nos ocupa, estos padecimientos los sufre fundamentalmente el cónyuge más perjudicado, sin que ello obste que el otro cónyuge también pueda padecerlos en grado menor. (...) 74.- Con relación a la indemnización por daño moral, que se halla comprendido dentro del daño a la persona, debe ser fijado también con criterio equitativo pero sobre ciertos elementos de convicción, de tal forma que no puede representar un monto simbólico o irrisorio a la manera de un simple reproche a una conducta, pero tampoco la indemnización o adjudicación puede constituir un enriquecimiento injusto que signifique “un cambio de vida” para el cónyuge perjudicado o para su familia. Tampoco debe establecerse “un mínimo” o “un máximo”, sino que debe estar acorde con el caso concreto, sus circunstancias, la gravedad del daño moral, entre otros. De otro lado, también se tendrán en cuenta algunas circunstancias como la edad, estado de salud, posibilidad real de reinsertarse a un trabajo anterior del cónyuge perjudicado, la dedicación al hogar, y a los hijos menores de edad, el abandono del otro cónyuge a su consorte e hijos al

punto de haber tenido que demandar judicialmente el cumplimiento de sus obligaciones alimentarias, la duración del matrimonio y de vida en común, y aun las condiciones económicas, sociales y culturales de ambas partes". DÉCIMO QUINTO.- Que, en consecuencia, resolviendo lo conveniente respecto del extremo que es materia de casación -la reconvencción sobre indemnización por los perjuicios ocasionados producto de la separación de los cónyuges, o de los que ocasione el divorcio en sí-, este Supremo Tribunal estima que existen elementos probatorios suficientes que acreditan que la separación entre los cónyuges, y aun la declaración de divorcio en sí, ha producido un desequilibrio económico entre las partes, perjudicando más a la reconviniendo que al reconvenido, por cuanto: i) No se ha acreditado en autos que la actora hubiera desempeñado algún trabajo remunerado en actividades concretas al momento de la separación, o que hubiera seguido estudios técnicos o superiores que le hubieran permitido ejercer un oficio, trabajo, empleo o profesión para subvenir sus necesidades básicas y, sobre todo, las de sus tres hijos menores de edad. En este hecho concreto en particular, ha incidido la situación personal de la demandada, quien se dedicó exclusivamente al cuidado del hogar, por lo que no se puede desvirtuar el hecho de que aquella no pudo labrarse otras expectativas o sus deseos de superación personal, trayendo como consecuencia que, al momento de producirse la separación efectiva, no pueda procurarse su subsistencia por sí misma y tuviera que recurrir a las labores agrícolas, tal como lo refirió en su escrito de demanda, siendo que en la actualidad viene trabajando como ayudante de costura, tal como ha referido en su declaración brindada en la Audiencia de Pruebas; ii) Se toma en cuenta también que, a consecuencia de no poder solventar su propia manutención ni la de sus tres menores hijos, de los que se hizo cargo exclusivamente a consecuencia de la separación, la reconviniendo demandó en el año mil novecientos noventa y siete la prestación alimenticia a cargo del reconvenido, pretensión que fue oportunamente amparada por el Órgano Jurisdiccional, y posteriormente demandó en el año dos mil uno el aumento de la pensión alimenticia, aunque en este último proceso no hubiera obtenido sentencia favorable para sí misma, salvo en cuanto se refería a los tres menores a quienes sí se les aumentó los alimentos. iii) Se toma en cuenta que al momento de ocurrida la separación de los cónyuges -marzo de mil novecientos noventa y dos-, los hijos matrimoniales contaban aproximadamente con tres, seis y siete años de edad, por lo que dependían totalmente del cuidado de la madre al encontrarse en una edad muy vulnerable; iv) Igualmente, en cuanto a las consecuencias derivadas de este proceso, las posibilidades de la reconviniendo

de afrontar con éxito la vida de divorciada, se verán afectadas en razón de la enfermedad que padece – lumbociatalgia-, y cuyo tratamiento viene recibiendo en el Hospital Regional de Huacho, por lo que se verá obligada a afrontar los gastos para solventar su tratamiento; v) No debe perderse de vista que la reconviniendo –a diferencia del demandante– no ha vuelto a formar un nuevo hogar con tercera persona, aun cuando el reconvenido faltara a la verdad al afirmar que su esposa le fue infiel en el año mil novecientos noventa y nueve y que a consecuencia de dicha infidelidad fue que dejó el hogar conyugal, lo que finalmente desmintió en la Audiencia de Pruebas, al aceptar que se retiró voluntariamente del hogar en el año mil novecientos noventa y dos. Del mismo modo, pierde consistencia la afirmación del reconvenido en el sentido de que el hogar conyugal fuera el ubicado en el asentamiento humano “El Carmen”, Huaura, toda vez que la reconviniendo ingresó como poseionaria de un lote en el año mil novecientos noventa y dos; es decir, el mismo año en que se produjo la separación de hecho, habiéndose constatado en el Informe Social número cero noventa y nueve – dos mil diez, obrante a fojas veinticuatro del cuadernillo de Auxilio Judicial, que la vivienda es de material rústico – adobe- con piso de cemento – deteriorado- y otra parte de tierra y techo de esteras con palos. DÉCIMO SEXTO.- Que, en consecuencia, a fin de reestablecer el equilibrio económico resultante de la ruptura matrimonial, deberá fijarse un monto indemnizatorio acorde con el perjuicio que la separación y el divorcio en sí ocasiona a la reconviniendo, que incluyen el daño personal y el daño moral - no así el daño al proyecto de vida-, para lo cual se tendrá en cuenta que una de las hijas matrimoniales ya cuenta con estudios superiores, y otra aun se encontraría estudiando en la universidad, mientras el hijo matrimonial aun debe afrontar su rehabilitación por depender de sustancias psicoactivas. Asimismo, que la demandante percibe un ingreso como ayudante de costura, pero no se trata de un trabajo fijo ni estable; siendo así, este Supremo Tribunal fija con criterio de conciencia la suma cinco mil nuevos soles -S/.5,000.00- el monto por concepto de indemnización que deberá percibir la reconviniendo por los perjuicios ocasionados a consecuencia del daño personal infringido, y que incluye el daño moral. **Por lo expuesto, declararon:** FUNDADO el recurso de casación interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes mediante escrito obrante a fojas trescientos veinte; CASARON la resolución impugnada, en consecuencia, NULA la sentencia de vista obrante a fojas trescientos cinco, únicamente en el extremo que, integrando la sentencia apelada, declaró infundada la reconvenición por indemnización formulada por la demandada; y actuando en sede de instancia: REVOCARON la sentencia apelada en cuanto declara implícitamente infundada la reconvenición sobre indemnización de

daños y perjuicios, y REFORMÁNDOLA declara FUNDADA dicha pretensión, y ordena que el demandante pague a favor de la demandada la suma de cinco mil nuevos soles -S/.5,000.00- por dicho concepto; DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Efraín Jaime Minaya Leyva contra Fabiana Bibiana Portella Sifuentes y otro, sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez

Supremo.-

S.S.

TICONA POSTIGO

ARANDA RODRÍGUEZ

PONCE DE MIER

VALCÁRCEL SALDAÑA

MIRANDA MOLINA

LQF/DRO



## PREGUNTAS SOBRE EL CASO

### CASACION N°5060-2011-HUAURA

1. ¿Considera que la presente Casación determina de modo adecuado los criterios para el otorgamiento de una indemnización?
2. ¿Luego del TERCER PLENO CASATORIO CIVIL los criterios de la presente Casación cambiarían de algún modo su contenido?