

LIBRO DE PONENCIAS DEL IX
CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL

Felipe Osterling Parodi
Luis Moisset de Espanés
Fernando Vidal Ramírez
Mario Castillo Freyre
Benjamín Moisés
Andre Vasconcelos Roque
Pascual Eduardo Alferillo
Thiago Rodvalho
Guillermo Andrés Chang Hernández
Roger Vidal Ramos
Marco Carmona Brenis
Víctor C. Martínez

***Libro de Ponencias del
IXº Congreso Nacional
de Derecho Civil***

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL

MIEMBROS ORDINARIOS

Roger Vidal Ramos	Sheila Vidal Ramos
Jessica Lopez Casas	Guillermo Chang Hernández
Rocio Paredes Cueva	Marco Carmona Brenis
Christian Carrera Balta	Melch Nuñez Vera
Emely Melendres Gavilan	Augusto Garate Abad
Silvia Pareja Zarate	Thiago Rodolvalho
Emilio Balarezo Reyes	Andre Roque

MIEMBROS ASOCIADOS

Victor Cespedes Guzmán	Hector Josué Verastegui Huaynate
Eloy Alberto Calderon Villanueva	Indhira Vidal Ramos
Juan Miguel Rojas Ascon	Jose Antonio Beraún Barrantes

MIEMBROS HONORARIOS

Felipe Osterling Parodi	Gaston Fernández Cruz
Mario Castillo Freyre	Romulo Morales Hervias
Luis Moisset de Espanés	Leysser León Hilario
Fernando Vidal Ramirez	Jorge Beltrán Pacheco
Fernando de Trazgenies Granda	Maria Elena Guerra Cerrón
Enrique Varsi Rospigliosi	Alex Placido Vilcachagua

LIBRO DE PONENCIAS DEL IX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL
COORDINADOR DE LA OBRA: Roger Vidal Ramos.
Primera edición: setiembre de 2014.

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

© Copyright: INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL
Jr. Jose de la Torre 368 – Lince – Lima – Perú.
Tel: 01 4216976
ipdc@conadecivil.com – www.conadecivil.com

Impresión y Encuadernación: **GRUPO EDITORIAL LEX & JURIS**
Jr. Miguel Aljovín 203 LIMA - PERÚ
Teléf.: 4280599 / Cel.: 997693553
Correo: lex_juris@hotmail.com
ventas@grupo-lexiuris.com
Web: www.facebook.com/libreriaLexIuris

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N° 2014-.....

Tiraje: 2,000 ejemplares

Impreso en el Perú

Printed in Peru

DEDICATORIA:

*En memoria del doctor Felipe Osterling
Parodi por su destacada trayectoria académica,
profesional, política y personal, que a lo largo
de todos estos años y los venideros serán
digno ejemplo para las presentes y futuras
generaciones de abogados.*

ÍNDICE GENERAL

Mario Castillo Freyre	
Prólogo	9
Roger Vidal Ramos	
Presentación	13
Mario Castillo Freyre	
<i>El artículo que nunca quise escribir</i> <i>(A propósito del fallecimiento de Felipe Osterling)</i>	17
Luis Moisset de Espanés	
<i>Los derechos personalísimos ante el siglo XXI.</i> <i>Intimidad y genoma humano</i>	19
Fernando Vidal Ramírez	
<i>La responsabilidad civil de los directores de la sociedad anónima</i>	35
Benjamín Moisés	
<i>Teoría general de la imputación en el Derecho Civil</i>	39
Andre Vasconcelos Roque	
<i>Questões controvertidas sobre a prescrição no direito brasileiro</i>	47
Pascual Eduardo Alferillo	
<i>La evolución del Derecho de Daños en la Argentina.</i> <i>Influencia del pensamiento jurídico del Perú</i>	57
Thiago Rodovalho	
<i>O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro</i>	83

Guillermo Andrés Chang Hernández <i>Desarrollo del daño al proyecto de vida como aporte del Derecho peruano al Derecho continental</i>	115
Marco Carmona Brenis <i>La afectividad como fundamento de la paternidad social</i>	129
Víctor C. Martínez <i>La multipropiedad y su inserción en los derechos reales. Particularidades de su encuadre</i>	139
Roger Vidal Ramos <i>Derechos Reales versus Derechos Obligatorios: ¿la destrucción del área común mediante la obligación de hacer?</i>	159
Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre <i>Novación legal</i>	171

PRÓLOGO

Una vez más mi amigo, el profesor Roger Vidal Ramos, me ha pedido que redacte el prólogo del Libro de Ponencias del IX Congreso de Derecho Civil, que tuvo lugar en la heroica ciudad de Tacna en el año 2013.

Los años pasan de manera tan rápida que en el mes de septiembre del presente año tendrá lugar el X Congreso de Derecho Civil.

Me parece mentira, pues Roger tuvo la generosidad de invitarme a participar en estos eventos, casi desde el principio y, desde ese momento, en lo personal, a la par que a través de mi Estudio de Abogados, hemos venido colaborando con él año tras año, no sólo con nuestra participación en el Congreso —lo que de por sí ya es muy honroso—, sino, además, en la edición de los libros de ponencias, los mismos que forman parte de la *Biblioteca de Derecho* de mi Estudio, colección bibliográfica que publica obras de diversas áreas jurídicas, principalmente de Derecho Civil, con el único y exclusivo propósito de contribuir a la enseñanza del Derecho.

Es muy grato anunciar que próximamente vamos a incluir en la página web de mi Estudio de Abogados, todos los libros de ponencias ya publicados, en texto completo, a efectos de que puedan ser consultados por todos quienes tengan interés en ello, y que, incluso, los puedan imprimir de manera libre y gratuita.

El Congreso del año 2013, congregó a un número muy importante de profesores nacionales y extranjeros. Este libro recoge una muestra muy representativa de sus ponencias.

Así, el profesor Luis Moisset de Espanés ha escrito un trabajo titulado *Intimidad y Genoma humano. Los derechos personalísimos ante el siglo XXI*. Como se sabe, Moisset de Espanés es Presidente Honorario de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba,

Argentina y, Presidente de las Academias Iberoamericanas de Ciencias Sociales y Jurídicas, a la par que permanente y muy apreciado visitante de las Universidades de nuestro país.

El prestigioso y querido profesor Fernando Vidal Ramírez, ex Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, escribe sobre *La responsabilidad civil de los directores de la Sociedad Anónima*.

Por otra parte, el profesor Benjamín Moisés, miembro correspondiente en Tucumán de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, ha escrito sobre la *Teoría General de la Imputación en el Derecho Civil*.

Asimismo, el profesor Andre Vasconcelos Roque, ha elaborado un trabajo relativo a *Questoes controvertidas sobre a prescrição no direito brasileiro*. El autor es abogado en Río de Janeiro, Brasil, a la vez que Doctor y Magíster en Derecho Procesal por la Universidad del Estado de Río de Janeiro, así como profesor en cursos de postgrado.

El profesor Pascual Eduardo Alferillo, Académico correspondiente por San Juan en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, a la par que profesor titular efectivo en la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de San Juan, nos entrega el trabajo titulado *La evolución del Derecho de Daños en la Argentina. Influencia del pensamiento jurídico del Perú*.

De otro lado, el profesor brasileño Thiago Rodovalho desarrolla el trabajo *O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro*. Rodovalho es miembro del Instituto de Abogados de Sao Paulo, a la par que del Instituto de Derecho Privado y del Instituto de Derecho Brasileño de Derecho Procesal Civil.

Por su parte, Guillermo Andrés Chang Hernández, profesor de la Universidad Privada San Juan Bautista, escribe acerca del *Desarrollo del Daño al proyecto de vida como aporte del Derecho peruano al Derecho continental*.

Marco Carmona Brenis, profesor ordinario de la Universidad Señor de Sipán, escribe acerca de *La afectividad como fundamento de la paternidad social*.

El profesor Victor C. Martínez ha escrito en torno a *La multipropiedad y su inserción en los Derechos Reales. Particularidades de su encuadre*.

El profesor Roger Vidal Ramos, Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil, disertó en el año 2013 acerca del tema *Derechos Reales versus Derechos obligacionales: ¿la destrucción del área común mediante la obligación de hacer?*

Finalmente, esta obra contiene un artículo del profesor Felipe Osterling Parodi y de quien escribe estas páginas, titulado *La novación legal*.

Como se sabe, el doctor Osterling es importantísima figura del Derecho peruano, habiéndose desempeñado como Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Presidente de la Academia Peruana de Derecho, Ministro de Justicia y Presidente del Senado de la República.

Quiero terminar estas palabras rindiendo mi homenaje al medio jurídico peruano y, en especial, a todos aquellos estudiantes y abogados que a lo largo de estos diez Congresos de Derecho Civil, han sido fieles asistentes y participantes de tan importantes eventos, los mismos que constituyen, sin duda alguna, los de mayor relevancia y regularidad en el Derecho nacional.

Lima, julio del 2014

MARIO CASTILLO FREYRE*

* Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. www.catillofreyre.com. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio.

PRESENTACIÓN

Resulta muy emocionante y alentador recordar que hace diez años iniciamos este proyecto de institucionalizar el Congreso Nacional de Derecho Civil (Conadecivil), siendo, pues, la cuna del «Congreso estrella», la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco, claustro universitario donde se organizó el I Congreso Nacional de Derecho Civil «200 Años del Código Civil Francés y los 20 años del Código Civil peruano» del 23 al 26 de junio del 2004.

Pero, luego de tres años de organizaciones en la ciudad de Huánuco, es que impulsados por el interés de profesores, alumnos y la comunidad jurídica peruana, se logró descentralizar el Congreso en otras regiones del Perú. Es así que las siguientes organizaciones se realizaron como sigue:

En el año 2007 Cajamarca (Universidad Nacional de Cajamarca); 2008 Trujillo (Universidad Nacional de Trujillo), 2009 Arequipa (Universidad Católica San Pablo), 2010 Piura (Universidad Nacional de Piura), 2011 Chiclayo (Universidad Señor de Sipán), 2012 Huánuco (Universidad Nacional Hermilio Valdizán), 2013 Tacna (Universidad Privada de Tacna) y 2014 Arequipa (Universidad Católica San Pablo).

El esfuerzo de profesores, estudiantes, colaboradores y los miembros del Instituto Peruano de Derecho Civil se concretan hoy, en diez años de perseverancia y compromiso académico, que tienen por propósito fortalecer la importancia del aprendizaje, discrepancia y aportes de las instituciones del Código Civil peruano, el cual cumple treinta años de vigencia en el Sistema Jurídico y, sin duda, representa la segunda ley –después de la Constitución– más importante del Perú, más aun, de haber contado y seguir contando con la presencia de los más ilustres juristas que participaron del proceso de codificación del Código Civil,

como lo son los doctores Felipe Osterling Parodi, Fernando Vidal Ramírez, Jorge Avendaño Valdez, Carlos Fernández Sessarego y Fernando de Trazegnies Granda.

No podría haberse generado en el Derecho Civil peruano tantos aportes, discrepancias y opiniones en la doctrina, la jurisprudencia y en las aulas universitarias sin la participación de los doctores Mario Castillo Freyre, Gastón Fernández Cruz, Gunther Gonzales Barrón, Alfredo Bullard González, Enrique Varsi Rospigliosi, Leysser León Hilario, Rómulo Morales Hervias, Mario Reggiardo Saavedra, Freddy Escobar Rozas, Martín Mejorada, Jorge Beltrán, Alex Plácido, Daniel Ugarte, Roberto Palacios, Guillermo Chang, José Beraún, Miguel Rojas, César Guzmán-Barrón, César Cortez, Rodolfo Espinoza, Marco Carmona, entre otros, quienes nos acompañaron o acompañan anualmente en el Conadecivil.

La presencia de profesores de Argentina (resalta la visita anual e infaltable del profesor Luis Moisset de Espanés, quien podría ser el jurista extranjero que viajó más por el territorio peruano y profesando gran conocimiento de la historia, costumbres y universidades de nuestro país); Brasil, Colombia, Chile, España y Bolivia, durante estos diez años del Congreso, ponen a la palestra la importancia del Derecho Civil en diversos sistemas jurídicos de países vecinos, quienes a lo largo del proceso histórico de las codificaciones, se inspiraron e incorporaron de las instituciones de países europeos y, a la vez, sudamericanos.

Esto nos genera un próximo reto, la organización del Congreso Sudamericano de Derecho Civil, reto que será asumido por el Instituto Peruano de Derecho Civil, en los próximos dos años.

Un logro importante del Congreso, se manifiesta en la publicación del Libro de Ponencias. En esta edición 2014 del Congreso, se estará publicando el sexto volumen, siendo un lema de los asistentes «sin libro no hay Congreso y sin Congreso no hay libro».

No se puede dejar de resaltar que la participación de los alumnos en el concurso de ponencias estudiantiles, pues representa el inicio de la actividad docente de estos jóvenes investigadores, y siendo mucho más gratificante evidenciar que en su mayoría vienen ejerciendo la cátedra en sus universidades de origen, tanto en Lima como en las diferentes regiones de nuestra patria.

Finalmente, sólo nos queda expresar nuestro agradecimiento a los distinguidos expositores del Congreso –nacionales y extranjeros–, a las diferentes delegaciones estudiantiles, abogados, colaboradores y miem-

bros del Instituto Peruano de Derecho Civil, por el formidable esfuerzo en la organización y su participación en el Congreso, que año tras año representa el «Congreso estrella del Perú» y con el mismo entusiasmo y compromiso de cumplir otros diez años que, nos lleve a conmemorar el XX Conadecivil.

Lima, agosto del 2014

ROGER VIDAL RAMOS*

* Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Título de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad César Vallejo y Universidad Autónoma del Perú. Socio de Vidal, Melendres & Palomino Abogados (www.vmplegal.com) y Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil.

El artículo que nunca quise escribir* (A propósito del fallecimiento de Felipe Osterling)

Mario Castillo Freyre

Ha fallecido Felipe Osterling Parodi y creo necesario recordar con estas palabras al insigne jurista y legislador, destacado político, profesor de renombre y mejor amigo.

Pocos abogados tuvieron en el siglo XX y principios del XXI el renombre y el prestigio de Osterling. Socio de uno de los principales estudios de Lima, era reconocido por todos como un gran abogado; y de hecho lo fue, en sus más de sesenta años de actividad profesional ininterrumpida. Estos méritos llevaron a que el Colegio de Abogados de Lima lo eligiera Decano en 1994, cargo que ejerció con lustre y ponderado criterio. Asimismo, presidió la Comisión que elaboró el Código Civil de 1984, de plena vigencia en nuestros días.

Político destacadísimo. En 1980, refundó el Ministerio de Justicia en el primer gabinete del segundo gobierno de don Fernando Belaunde Terry, a quien asesoró con brillantez para que cumpliera su promesa de no dormir una noche en

* Artículo publicado en el diario *El Comercio*, sección A, página 19, el día martes 2 de septiembre de 2014, en homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi, fallecido el sábado 30 de agosto. Como todos sabemos, el doctor Osterling fue incansable promotor y asiduo participante de todos los Congresos nacionales e internacionales organizados por el Instituto Peruano de Derecho Civil. Con estas palabras, un modesto reconocimiento a tan ilustre personaje.

Palacio de Gobierno sin haber devuelto a sus legítimos propietarios los diarios confiscados por la dictadura militar seis años atrás. Sobre su gestión en el Ministerio publicó la obra testimonial “En Justicia”.

Su prestigio político se acrecentó notablemente y fue elegido senador en 1985, elección que se repitió en 1990, con la más alta votación de la alianza política que integraba su partido, el Partido Popular Cristiano, agrupación en la que desplegó toda su vida política pública de manera invariable. Condición que también tuvieron sus ideales democráticos, lo que le valió el arresto domiciliario por más de una semana luego del golpe de Fujimori en 1992 cuando ostentaba el cargo de Presidente del Senado de la República.

En la cátedra universitaria, Felipe fue formador incansable de generaciones de abogados en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Todos lo recordaremos como nuestro querido profesor de Derecho de Obligaciones, cátedra que desempeñó durante más de medio siglo, habiéndose retirado — muy a su pesar — por razones de salud, hace algunos meses. Poco después su casa de estudios lo distinguió nombrándolo Profesor Emérito.

Sus clases eran muy didácticas y entretenidas, con muy buenos ejemplos, de esos que uno como alumno nunca olvida; y es que Osterling sabía combinar muy bien los temas sustantivos con las cuestiones prácticas, ya que su vasta experiencia como abogado le hacía discernir de manera muy sencilla lo importante de lo accesorio, o sea, de aquellas disquisiciones teóricas que nunca ven la luz en la práctica profesional.

Asimismo, Felipe Osterling fue decano de la Facultad de Derecho de la PUCP a principios de los años setenta, en épocas muy difíciles para el país.

En lo personal, tuve el privilegio de haber sido su alumno en 1985 y desde 1993 nos dedicamos a escribir sobre Derecho de Obligaciones. Es así que publicamos la primera edición de nuestro tratado sobre la materia (1994-2003), el “Compendio de Derecho de las Obligaciones” (Lima, 2008 y Bogotá, 2014) y la segunda edición del tratado, la misma que fue presentada hace muy pocas semanas, en el último acto público en el que disertó Felipe. Sus obras, sin duda, seguirán dando cátedra por él.

Hablé con Felipe por última vez hace pocos días, ya encontrándose muy mal físicamente, pero conservando la plena lucidez y perspicacia de un hombre cuya inteligencia y sentido del deber y la amistad fueron signos de vida.

Felipe deja una linda familia, formada con su señora Fina Letts y cinco magníficos hijos, varios nietos y hasta bisnietos, quienes — sin duda — lo recordarán siempre, al igual que todos quienes fuimos sus alumnos y amigos.

Los derechos personalísimos ante el siglo XXI Intimidad y genoma humano

*Luis Moisset de Espanés**

1. LA INTIMIDAD Y EL PROYECTO GENOMA HUMANO

El tema elegido presenta dos aspectos de interés: por un lado, se vincula esencialmente con la defensa del derecho a la intimidad, que es uno de los derechos personalísimos; por el otro, hace referencia a la repercusión que en este derecho han tenido los descubrimientos genéticos vinculados con el genoma humano, que tiene como base los avances en el estudio de las funciones que cumple el ADN.

Hace dos décadas ninguno de nosotros sabía siquiera que existía el Proyecto Genoma Humano. Era lógico que no lo supiésemos y que ignorásemos en qué consistía, porque el Proyecto Genoma Humano se ha empezado a desarrollar en la última década del pasado siglo XX, y es uno de los planes de investigación más ambiciosos que está desarrollando la humanidad en materia técnica.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, Profesor emérito en dicha casa de estudios y profesor honorario de las Universidades de San Agustín, Católica de Santa María (Arequipa), de Lima y Unifé (Lima). Profesor visitante de las Universidades San Cristóbal de Huamanga (Ayacucho), Sergio Arboleda, y del Rosario (Bogotá). Catedrático en la Universidad Católica de Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba y Universidad Notarial Argentina. Autor de «La lesión en los actos jurídicos», «La irretroactividad de la ley», «Curso de Obligaciones» y «Publicidad Registral», entre otros.

¿En qué consiste el Proyecto Genoma Humano?

Ustedes me perdonarán que de manera introductoria haga referencia a ello, para que quienes todavía no lo conocen, sepan por qué vamos a vincularlo con los derechos personalísimos.

El Proyecto Genoma Humano se puso en marcha en los Estados Unidos de América, a instancias de James Dewey Watson, investigador que ha sido distinguido con el Premio Nobel,¹ y provocó una serie de reuniones con el propósito de investigar la influencia que la herencia genética podía tener en la transmisión de un mal que afecta a la humanidad; el cáncer, pensando que una investigación más adecuada de la conformación genética de cada ser humano podía servir a la ciencia médica para encontrar caminos de curación de este flagelo.

Ésa fue la idea inicial, pero se ha proyectado mucho más extensamente cuando se vislumbró la posibilidad de establecer la totalidad de la plantilla genética, es decir lo que vendría a ser el mapa genético de cada uno de nosotros.

¿Cómo y por qué puede llegarse a eso? Ustedes saben que las primeras investigaciones sobre la transmisión genética de la herencia provienen de las investigaciones que el abate Mendel,² aquel monje austríaco, realizó a mediados del siglo XIX, allá por 1865, estudiando en las arvejas la forma de transmitirse por herencia los colores; Mendel determinó una serie de leyes de la transmisión hereditaria de las características propias de una especie. Esos estudios dieron nacimiento a una rama de la ciencia que luego recibiría la denominación de «genética».

Recién en el siglo XX se llegó a saber que el elemento básico de transmisión por vía hereditaria de estas características, no sólo en el hombre sino en otras especies, es una partícula a la que se denomina «gen». De allí el nombre de genética, y luego el nombre de «genoma» para hablar del mapa de los genes.

Los genes están implantados en los cromosomas. Cada especie tiene una cantidad de pares de cromosomas en los que están los genes en los cuales se encuentran las características que se van a transmitir por herencia.

-
- 1 Recibió el premio Nobel de Fisiología y Medicina de 1962 por el descubrimiento de la estructura molecular en doble hélice del ácido desoxirribonucleico (ADN). Dio nacimiento al Proyecto Genoma Humano y lo dirigió desde 1988 hasta 1992, cuando renunció como protesta a la posibilidad de patentar los genes.
 - 2 Gregor Johann Mendel (1822-1884). Monje agustino, nacido en Heinzendorf, Austria (hoy Hyncice en la actual República Checa).

En la especie humana, después de alguna apreciación errónea porque inicialmente se creyó que existían 22 pares de cromosomas; es decir, 44 en total, se llegó a determinar con exactitud que eran 23 pares de cromosomas: los 22 originariamente conocidos, más el cromosoma que determina el sexo.

Hablamos de pares porque son el resultado de la transmisión que nos hacen nuestros progenitores por medio del óvulo femenino y el espermatozoide masculino; cada uno es como media célula germinal del nuevo ser. Cada una de estas partículas que han aportado padre y madre, llevan la mitad de los cromosomas que vamos a tener: 23 y 23 que unidos van a formar los 23 pares.

Pero, los cromosomas, a su vez, contienen numerosas partículas que son los genes que van a servir para determinar diferentes características, desde el color de los ojos, del cabello o de la piel, hasta la conformación física que cada uno tiene, sus características óseas y, en algunos casos, la transmisión hereditaria de malformaciones o enfermedades, que provienen de una condición genética.

Los estudios que están realizando los científicos han permitido ya caracterizar, más o menos, 4.000 dolencias que se transmiten por vía genética, entre ellas, el Síndrome de Down,³ y estos conocimientos brindan a la ciencia posibilidades de buscar caminos de curación.

Las malformaciones son de distinto tipo. A veces afectan a todo un cromosoma, como, por ejemplo, en las que se llaman trisomías, porque donde debía haber un par de cromosomas, se presentan tres y no dos.

Hay distintas trisomías detectadas en diferentes cromosomas. Ciertos síndromes, como el de Patau, por ejemplo,⁴ son el resultado de una de estas trisomías. Algunas de ellas provocan que el feto no alcance a madurar adecuadamente y fallezca; en otros casos la criatura vive y porta durante toda su vida la trisomía como una enfermedad.

En los cromosomas sexuales se dan también trisomías. Ustedes saben que en el par de cromosomas sexuales, que reciben la denominación de «X» e «Y», el sexo está determinado por la presencia del llamado cromosoma Y, que lo transmite el padre.

3 El síndrome de Down es un trastorno genético causado por la presencia de una «trisomía» en el cromosoma 21.

4 El síndrome de Patau es la consecuencia de una trisomía en el par 13. Los afectados por dicho síndrome mueren poco tiempo después de nacer, la mayoría a los 3 meses, y como mucho, llegan al año.

Cuando el nuevo ser recibe dos cromosomas «XX», la criatura es una mujer; cuando recibe una «X» y una «Y», la criatura es un varón. Las mujeres transmitirán siempre una «X»; y el varón puede transmitir la «X» o la «Y» y de allí resultará una hija si se han unido dos «XX» o un hijo, cuando la pareja de cromosomas es «XY».

Pero, a veces allí donde debía haber un par de cromosomas, aparecen tres y encontramos que se dan «XXX»; otras veces se dan dos «X» y una «Y» («XXY»), o pueden encontrarse dos «Y» y una «X» («YYX»). Algunos dicen que la presencia de dos «YY» (cromosomas masculinos), con la «X», es decir la «YYX» no otorga más virilidad, sino que, paradójicamente, parecería que puede producir ciertas tendencias eunucoides o, a veces, de homosexualidad.

Todos los días se producen nuevos descubrimientos, que son objeto de publicación en revistas científicas y que no podríamos agotar en esta exposición.

El Proyecto tuvo un gran avance cuando se llegó a determinar que los genes consisten en partículas de algo que se llama ADN, el ácido desoxirribonucleico: allí asientan los genes. El ADN es como una espiral donde están insertados los genes; cada persona en sus cromosomas lleva kilómetros y kilómetros de ADN enrolladito y en un primer momento se pensaba que el ser humano tiene aproximadamente 100.000 genes.⁵

La complejidad del organismo trae como consecuencia la presencia de esta cantidad enorme de genes. Los científicos continúan trabajando en sus laboratorios en lo que se llama la secuenciación; es decir, buscar la secuencia de tramos de las cadenas de ADN para determinar qué partículas aparecen en ellas y van así determinando los genes. El paso siguiente, además de conocer la cadena, es tratar de averiguar la función que cumple ese gen en el organismo humano.

Si ustedes leen los diarios, en las noticias que dan sobre los avances de este tipo, habrán visto que algunos científicos holandeses han logrado la implantación de un gen humano dentro del genoma vacuno. Es decir, que se puede lograr por manipulaciones de ingeniería genética tomar genes que son humanos, e implantarlos en la parte germinativa del genoma vacuno y ese gen que han implantado —según dicen las noticias— es el que gobierna la producción de la lactosa humana; de esa forma se tenía la esperanza de lograr reproductores vacunos que diesen una leche con

5 Esto es lo que se creía en la época en que por primera vez nos ocupamos de este tema; en la actualidad se ha podido determinar que son muchos menos, ya que apenas llegan a los 30.000 genes, aproximadamente.

características de la leche humana que, por ende, sería más apta para la alimentación de los niños.

No trataremos ahora los problemas que crea la manipulación genética y sí vamos a los que nos interesan en relación con la intimidad de la persona.

El conocimiento del genoma, de toda la plantilla, ha permitido avanzar de una manera que no es meramente cuantitativa, sino cualitativa en la identificación de las personas, porque resulta que cada una de las células que tenemos posee la misma plantilla genética; desde las células capilares a las de la piel, cualquiera de nuestros órganos, todos presentan la misma plantilla genética. Y si imaginan que hay combinaciones de 30.000 genes diferentes, no hay, prácticamente, dos personas que puedan tener las mismas cadenas de genes. De esa forma, si uno encuentra algunas células de un sujeto y las analiza e investiga su ADN, puede decir que son de fulano y no de mengano.

Para la identificación de las personas se ha avanzado muchísimo. Y aquí aparece uno de los problemas que luego va a tener gran repercusión. Hoy se está recurriendo con frecuencia a la investigación del ADN, por ejemplo, en los casos de violación, cuando ha quedado semen del violador. Ese semen contiene la plantilla del violador y va a permitir – si se lo analiza – decir con certeza que fulano de tal es el que cometió el ilícito.

He mencionado las violaciones, pero no sólo en esa hipótesis, sino en una multiplicidad de actos ilícitos pueden quedar elementos de la persona que los cometió que pueden servir para su identificación por medio de un análisis del ADN del material encontrado.

Hay cosas más curiosas y son laterales que no hacen al tema. He conversado con un investigador de Ceprocor sobre estos problemas, y me decía que había llegado a individualizar al autor de un delito por un genoma vegetal, porque en el lugar del crimen había quedado un jirón de tela de la ropa del delincuente y allí había una semillita que analizaron; por su genoma solamente podía provenir de determinado lugar donde se cultivaban esas plantas. El resultado identificatorio se obtuvo con ese genoma vegetal, porque también en los vegetales y en los animales hay características genéticas que facilitan la identificación. Entonces, individualizado el lugar de origen del vegetal, en donde había estado el delincuente, fue mucho más fácil llegar a conocer quién había cometido el delito, lo que pudo lograrse, no por la identificación directa de la persona, sino por otras búsquedas.

El Proyecto Genoma Humano se continúa desarrollando, principalmente, en los Estados Unidos de América, Francia, Austria y Canadá;

los alemanes son renuentes. Hay alguna razón para esta actitud, porque después de la Segunda Guerra Mundial, donde ciertos principios racistas llevaron a concepciones peligrosas, esto les hace temer a ellos las consecuencias de embarcarse en la indagación, la investigación del genoma.

Ustedes saben que los derechos personalísimos han encontrado especial desarrollo en el curso del siglo xx; y entre esos derechos personalísimos, aunque ya en el siglo xix hubiesen referencias a los derechos de la persona en las declaraciones sobre derechos humanos, hay uno que recién ahora es verdadero motivo de preocupación: la defensa de la intimidad, de ese ámbito sagrado de la persona que merece el respeto de los demás con relación a determinadas situaciones personales o de hecho, y de su actividad.

Los hechos o situaciones vinculados con la actividad de la persona no deben ser conocidos por otros: nadie debe entrometerse en nuestro ámbito de intimidad.

Esto que en el siglo xix no llamaba la atención de los juristas, pero hoy nos preocupa mucho porque no se reduce al problema del conocimiento de hechos o situaciones personales, sino que la ulterior difusión de ese conocimiento es lo que más suele afectar y ocasionar daño al titular de este derecho subjetivo y aquello que en el siglo xix se consideraba suficientemente protegido por el ordenamiento ético y por la moral; ahora se ha convertido en motivo de preocupación para el ordenamiento jurídico.

Quizás los primeros que han tomado este camino, también porque han sido los primeros a los cuales los cambios en la sociedad de masas les han ocasionado consecuencias dañosas para su intimidad, han sido los norteamericanos. La jurisprudencia norteamericana sobre el *privacy* es la que abre el camino. Luego se extiende a todos nuestros países.

Hay algún profesor español, Rafael de Mendizábal Allende, que dice que en lugar de utilizar «privacidad» que es un anglicismo que se nos ha colado de rondón, es conveniente mantener la voz castiza «intimidad», que es lo que el derecho personalísimo nos permite, con sentido individual y familiar: defender lo que está en nuestro entorno más íntimo.

En Argentina quizás uno de los primeros en difundir lo que la jurisprudencia norteamericana estaba construyendo con la denominación de *privacy*, fue un cordobés, Iván Díaz Molina, que fue profesor de Obligaciones. Díaz Molina realizó un master en EE.UU. y para ello debió hacer una investigación sobre el derecho de *privacy*, y presentar un trabajo para obtener el master.

Su trabajo fue uno de los primeros publicados en nuestro país y por eso — siempre se lo recuerda —. Cuando él regresó lo tradujo y lo publicó

en 1961 en dos números del Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba; a partir de ese momento la inquietud sobre el tema ha sido casi permanente en todos los ámbitos del país.

En Córdoba, de nuevo, el Colegio de Abogados convocó a un concurso de monografías en 1981 donde se otorgó el primer premio compartido a dos talentosas jóvenes juristas: la doctora Matilde Zavala de González⁶ y Delia Matilde Ferreyra Rubio;⁷ sus trabajos se publicaron y son los libros más completos que sobre derecho a la intimidad, específicamente, existen en la bibliografía nacional (no estoy hablando de todos los derechos personalísimos donde la obra de Cifuentes es una obra pionera).

En esos trabajos se recuerda que los problemas se presentan porque hay un cambio en la sociedad que nos lleva a la masificación, a la sociedad de masas, porque hay un avance incontrolado de los medios de publicidad que se introducen en el ámbito privado y luego lo difunden de manera que resulta dañosa para la persona humana.

Con posterioridad la informática agrega otros ingredientes, con la posibilidad de crear bancos de datos que si se ponen al alcance de todos pueden vulnerar gravemente la intimidad de la persona, a lo que puede agregarse un acentuado intervencionismo del estado, en su deseo de controlar determinadas situaciones, lo llevan también a utilizar este tipo de herramientas, vulnerando la intimidad.

Todos estos hechos, que son propios de la vida moderna y que los señala Matilde Zavala de González, en la obra que he mencionado, son los que provocan preocupación en el hombre de derecho.

Perdón, permítanme una digresión; al escuchar a la docente que me presentó en la primera oportunidad que expuse este tema, me alegró que demostrase comprender cabalmente que cuando utilizamos la palabra "hombre" nos estamos refiriendo al ser humano sin distinción de sexo; cuando hablamos del "hombre de derecho", no nos estamos referimos al varón sino a todo aquel sujeto que dedica sus esfuerzos a estudiar el derecho.

Ella lo calificó acertadamente de "hombre de derecho"; esto lo recuerdo, y lo anoté. Estoy totalmente de acuerdo; no debemos hacer, con un exceso de feminismo, esas distinciones. Nos viene de arrastre en el código del lenguaje que utilizamos la palabra "hombre", no para señalar

6 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. *Derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.

7 FERREIRA RUBIO, Delia. *El derecho a la intimidad*. Buenos Aires: Ed. Universidad, 1982.

al varón sino para designar a todo ser humano pensante e inteligente, con el alma que lo anima.

Pues bien, la necesidad de protección de la intimidad aparece primero en convenciones y declaraciones; luego se traslada de allí al campo constitucional para llegar, por último, al campo del derecho civil que es donde termina encontrando cabida la forma de proteger el derecho que a nosotros nos interesa en este momento, que es el derecho a la intimidad, cuando puede ser violado por el conocimiento inadecuado de terceros, que no debían entrometerse y especialmente por la difusión que esos terceros realicen de situaciones o hechos que deberían quedar reservados a la propia persona o al grupo familiar, que es lo que interesa proteger.

Por supuesto que esto tiene algunas limitaciones. El derecho a la intimidad no es absoluto, como ninguno de los derechos y como derecho subjetivo va a ceder cuando esté en juego la seguridad del estado, cuando se trate de proteger el ejercicio regular de otros derechos. Si se presenta un conflicto entre dos derechos tendremos que decidir qué es lo más conveniente o justo: si proteger la intimidad o proteger un interés general.

En ese terreno es donde van a presentarse los problemas vinculados con el Proyecto Genoma. ¡Ah!, no les voy a dar toda la evolución aquí. Ustedes pueden consultar con bastante provecho en una de las dos obras que mencioné, la referencia a los distintos tratados internacionales y constituciones que, a la época en que se escribieron esos libros, recogían normas sobre el derecho a la intimidad, a saber: Declaración de los Derechos del Hombre, Declaración Universal de Derechos Humanos, Convención Europea de Salvaguarda de los Derechos y Libertades del Hombre, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana de los Derechos Humanos y se menciona también las constituciones de Venezuela, Egipto, de la vieja Unión Soviética, de España, Bulgaria, Puerto Rico, Alaska, etcétera.

Lo que sí quiero traerles a colación es algo más nuevo, donde se proyecta un aspecto del derecho a la intimidad: la Declaración de La Laguna sobre los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras. Algo que, a pesar de que en nuestras Facultades de Derecho, se ha comenzado a incluir cursos sobre los derechos humanos, suele estar ausente. No he visto que en ningún punto del programa de la Facultad cordobesa se atienda a esa Declaración de La Laguna, que es de febrero de 1994. Allí, un equipo integrado por personal de la Unesco y miembros de la Fundación Cousteau —aquel célebre buceador de los fondos del mar— formularon algo que parece casi utópico, pero de las utopías debe sacar el hombre la construcción del porvenir.

Esa declaración de los derechos humanos de las generaciones futuras, incluye en su artículo 4 algo que está vinculado con el derecho a la intimidad.⁸

Reproduciremos rápidamente el encabezamiento de los artículos que se enuncian como derechos humanos de las generaciones futuras, y sólo nos detendremos en el artículo 4º que es el que presenta mayor interés.

El primero de los artículos habla del derecho a una tierra preservada, es decir que se preserven la tierra y el ambiente; el segundo, del derecho a la libertad de opción de las generaciones futuras; el tercero, del derecho a la vida y a la preservación de la especie humana, aspecto que también se relaciona con el Genoma porque no debe la ingeniería genética manipular la parte germinativa porque afectaría el patrimonio genético de la humanidad.

El artículo 4 plantea el derecho que tienen las generaciones futuras de conocer sus orígenes y su identidad. Dice textualmente:

Las generaciones futuras tienen derecho a conocer sus orígenes, su identidad y sus historias, tanto personales como colectivas, conforme a la ley y en la medida que sea compatible con el derecho a la intimidad, y de recibir información sobre los diferentes sistemas de valores para permitir la libre formación de sus voluntades.

8 A esta altura de que dictamos en Córdoba, una de las docentes pidió la palabra y desarrolló conceptos que nos parece interesante reproducir:
 ¿Me permite decir algo? Aprovecho que el doctor recién hablaba de los derechos absolutos. Nosotros enseñamos en las aulas el derecho absoluto respetado por todos, pero estudiando puntualmente el tema de la procreación humana asistida, me atrapó la problemática del derecho a procrear.
 En el debate de la ley española fue motivo de discusión entre los grupos políticos si el derecho a procrear es un derecho absoluto o es un derecho relativo que está condicionado. ¿Por qué? porque si decimos que el derecho a la procreación es absoluto se admitirá que cualquier persona puede acceder a las técnicas de procreación asistida, sea una mujer soltera, una mujer viuda, o una mujer lesbiana, porque consideran que es un derecho humano acceder a cualquier técnica en orden a obtener el hijo propio.
 Por el contrario la democracia cristiana española sostenía que el derecho a procrear es relativo y que se goza del derecho de acceder a técnicas de procreación asistida en la medida en que se encuentren dispuestos a conformar una familia, es decir en la medida que se tenga una pareja matrimonial o estable, que otorgue al hijo la garantía de desarrollarse plenamente.
 Esta postura predica que nunca los derechos son totalmente absolutos, sino en la medida que no haya la injerencia de otros en la órbita de su desarrollo. Muchas veces, a la sociedad y al ordenamiento jurídico les corresponde poner límites y ciertas condiciones. En definitiva, en España triunfó la postura de que el derecho a procrear es absoluto; por tanto la ley española acepta la procreación asistida en la mujer soltera, la procreación *postmortem* en la mujer viuda, y no se refiere a la esterilidad como requisito sine qua non para acceder a esas técnicas.

Como ustedes ven, en la Declaración de La Laguna hay una referencia expresa al derecho a la intimidad.

Antes de seguir haremos rápida mención de otros temas tratados en esa Declaración, porque son todos muy interesantes:

- Exención de toda responsabilidad individual por las acciones cometidas por las generaciones precedentes;
- Limitación de perjuicios futuros al derecho de propiedad;
- Conservación y transmisión de los bienes culturales;
- Derecho al desarrollo individual y colectivo sobre la Tierra;
- Derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado;
- Derecho de uso respecto del patrimonio común de la humanidad (lo que significa que cada generación no puede abusar ni destruir lo que es patrimonio común);
- Derecho a la paz y a ser resguardado de las consecuencias de guerras pasadas;
- Prohibición de futuras discriminaciones; (esto se vincula con nuestro tema porque los avances sobre la intimidad de la persona, por vía del conocimiento del genoma, pueden llevar a discriminaciones y para evitarlo puede ser necesario poner ciertos límites a la investigación y difusión del genoma);
- Intangibilidad de los derechos humanos de las personas pertenecientes a las generaciones futuras y puesta en práctica de los derechos humanos de las generaciones futuras. (Una bella utopía dentro de la cual no está ausente el problema de la intimidad).

El Proyecto Genoma provoca inquietud en todos los ambientes. Los propios científicos son los primeros en advertir que ellos necesitan límites para que el desarrollo del Proyecto Genoma y el conocimiento total de la plantilla genética no afecten el futuro e incluso el momento actual de la humanidad. Entonces, recurren a quienes se dedican a los problemas éticos, a los problemas religiosos, a los problemas jurídicos para buscar líneas de orientación para su actuar; líneas de orientación que muchas veces van a ser limitativas.

Están hasta un poco sobrecogidos por las posibilidades que el manejo del genoma puede abrir, con grave perjuicio para las generaciones futuras, que deben ser preservadas.

Por este motivo se realizaron primero en Valencia dos encuentros en los que se estudiaron principalmente los problemas éticos del Proyecto Genoma Humano, y luego en Bilbao un encuentro sobre Derecho y Genoma Humano.

Al encuentro de Bilbao, concurrieron solamente cuatro personas de Argentina: Aída Kemelmajer de Carlucci; Salvador Darío Vergel (que se dedica al derecho comercial de los seguros); Enrique Carlos Banchio y quien escribe estas líneas). Participamos llevando ponencias y quedamos vinculados con lo que se sigue haciendo.

Se ha creado la cátedra de Derecho y Genoma Humano en Bilbao, en la Universidad de Deusto; se comenzó con la publicación de una revista que se denomina Derecho y Genoma Humano, que aparece semestralmente y de la cual han aparecido muchos números.

En esa revista, con relación al tema que nos ocupa, encontramos numerosos trabajos; uno sobre intimidad o sobre privacidad, como le llaman otros, donde se trata de las repercusiones que el Proyecto Genoma tiene sobre esos puntos. Alguno de esos artículos es de un cordobés, ex alumno nuestro, que ahora es catedrático en España: Malem Seña; fue alumno de un curso de promoción y luego auxiliar docente en la cátedra de Filosofía cuando estaba a cargo de Ernesto Garzón Valdez. Tuvo que irse del país, en las épocas difíciles de la dictadura militar y se ha radicado en España; ahora es catedrático en Barcelona.

En el encuentro sobre Derecho y Genoma Humano realizado en Bilbao, el temario fue el siguiente: Libertad del hombre y genoma; segundo tema, Derecho a la intimidad y uso de la información genética, es decir lo que hoy es motivo de nuestra exposición; luego el legado genético y el principio de culpabilidad; la patentabilidad de los descubrimientos genéticos; los límites penales de la manipulación genética; la identificación de la persona mediante pruebas genéticas y sus implicaciones jurídicas y aquí vuelve a surgir el problema de la intimidad cuando se trata de identificación de la persona y las implicaciones del conocimiento genético en las relaciones laborales.

¿Qué sucede con la identificación de la persona con fines penales y en dónde puede o gravitar la protección de la intimidad? Recuerdo que en el Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Córdoba se realizó una reunión a la que fueron citados todos los jueces de instrucción, oportunidad en la que habló una médica investigadora del Ceprocór, sobre el problema de la recolección de muestras de ADN para la identificación de la persona, procurando interiorizar a los jueces de hasta qué grado se puede llegar con los conocimientos actuales de identificación que en ese

momento no podía ser absoluta, porque todavía no se había trazado todo el mapa del genoma humano, y no podía llegarse a su conocimiento de manera absoluta, pero que, por el estudio de ciertas cadenas principales, y los indicadores que en ella se encuentran, se logran porcentajes que van desde el noventa hasta el noventa y nueve por ciento de probabilidades de que el material recogido, estudiado por vía del ADN, indique la posibilidad de que pertenezca a determinado sujeto.

Por supuesto que cuando indica incompatibilidad el resultado puede considerarse absoluto; lo mismo que sucedía con las viejas pruebas de grupo sanguíneo. Pero ahora el grado de posibilidades de identificación es mucho mayor y cuando se haya trazado todo el plano genético se va a llegar a la casi absoluta certeza de que el material así recogido y analizado, pertenece a determinada persona.

Decimos «casi absoluta certeza» porque el problema de la clonación no es sólo un problema de ingeniería genética manipulada por el hombre; el problema de la clonación se da en la ingeniería genética de la naturaleza, en los llamados gemelos univitelinos, donde se produce la clonación de la cigota, del huevo humano que se parte en dos, y esos dos seres tienen exactamente, o casi exactamente, la misma plantilla genética, porque es la misma célula que se ha formado por la unión de los aportes de sus progenitores que se divide y sigue su camino hasta dar dos seres diferentes.

Ésa es la clonación no provocada; la clonación provocada se está haciendo en especies animales y en especies vegetales. En el ser humano se condena generalmente la clonación pero se da por vía natural — insisto — cuando se trata de los gemelos univitelinos y entonces aunque tuviésemos el conocimiento total de la plantilla genética y dijéramos «esta célula corresponde a fulano de tal», podría corresponder también a su gemelo univitelino, si lo tuviera, y no sabríamos diferenciarlo. Por eso expresamos que puede llegarse a una «casi absoluta certeza», pero no a una certeza total.

Con respecto al problema de la utilización del ADN para la identificación de personas y los ataques que puede ocasionar a la intimidad, se han tomado distintos caminos. En los Estados Unidos de América, por ejemplo, hay leyes estatales que han regulado la creación de bancos de datos genéticos que pueden ser utilizados en los casos de procesos penales; varios estados tomaron ese camino. En Europa, la opinión es totalmente contraria a esto.

Les voy a leer rápidamente unos breves datos de una recomendación, que es la Recomendación 92 de la Comisión de Bioética Médica del Consejo

de Europa, que fue llevada a ese Congreso por la directora general del Comité de Asuntos Médicos Jurídicos de Finlandia, Paula Kokkonen.

La Recomendación 92 está íntimamente vinculada con la recolección de pruebas de ADN y el derecho penal. Se refiere a la recolección de resultados del análisis de ADN con fines de identificación de un sospechoso o cualquier otra persona, dentro del marco de la investigación y el proceso por delitos penales, estableciendo una serie de principios que deben tomarse en cuenta. Uno se refiere al uso de muestras y de la información que puede derivarse de ellas; se presupone, como norma principal, que las muestras recogidas con fines de justicia penal no se utilizarán para ningún otro fin, es decir establece la protección de la intimidad.

Puede recogerse una muestra de ADN y hacerse la investigación porque está en juego el interés superior del Estado de determinar quién ha sido la persona que cometió el acto ilícito, pero no pueden utilizarse esas muestras con ningún otro fin, ya que su empleo podría, por ejemplo, servir para discriminaciones en el orden laboral o en el otorgamiento de seguros.

Establece, sin embargo, que la persona a quien se le ha recogido la muestra, tiene derecho a informarse de lo que la investigación ha dado, lo cual es lógico, ya que es el dueño de ese ADN y puede reclamar, si desea, el conocimiento de lo que es su ADN.

Por otra parte trata de las muestras recogidas de personas vivas para análisis de ADN con otros fines, como ser fines médicos, no pueden utilizarse por la justicia penal. Ustedes saben la importancia que tiene actualmente en la medicina el que se haga la investigación de ADN, porque permite determinar si en el sujeto existen genes que dan probabilidades de que aparezcan determinadas enfermedades y permite tomar medidas preventivas o comenzar con las medidas curativas de manera anticipada. Pero, insistimos, si se han tomado muestras de ADN con fines médicos, no se podrán utilizar por la justicia penal que deberá, en el caso concreto, resolver que se tome una nueva muestra y no utilizar los estudios que se han hecho con muestras anteriores, salvo que una ley nacional fijase recaudos para el empleo por la justicia penal de las muestras que se tomaron con fines distintos.

En cambio, el uso de muestras con fines estadísticos es admitido pero también respetando el derecho a la intimidad, para evitar que por ese camino se averigüe la identidad del individuo cuyas muestras sirvieron para confeccionar la estadística.

Pone sumo cuidado la Recomendación en insistir que los análisis de ADN, para mayor seguridad, deben realizarse en laboratorios

responsables, munidos de los medios técnicos adecuados para hacer un estudio serio, que garanticen además la seguridad de las instalaciones y de las sustancias bajo investigación y cuente con las garantías de seguridad suficiente para garantizar la confidencialidad absoluta respecto a la identificación de la persona.

Son recomendaciones del Consejo de Europa, todas tendientes a proteger la intimidad personal, la confidencialidad. Aunque se admite la investigación del genoma para determinar si el sujeto fue o no el autor de un acto ilícito, excluye la posibilidad de que ese conocimiento del genoma sea difundido hacia otros campos.

En uno de los principios que establece hace una recomendación general, vinculada con otras declaraciones del Consejo de Europa sobre el uso de bancos de datos.

No nos corresponde desarrollar hoy este punto, pero ustedes saben que el uso de bancos de datos puede atentar contra la intimidad y, por eso, se han efectuado una serie de declaraciones respecto a la forma en que deben manejarse los bancos de datos para que no atenten contra la intimidad. Entonces, se hace una remisión general para el caso de que se estableciese un banco de datos sobre el genoma.

Además, pone límites al almacenamiento de los datos y de las muestras que se hubiesen hecho con fines penales, y dice que esas muestras de ADN no deben guardarse una vez que se haya dictado resolución definitiva en el proceso en el cual hayan sido utilizadas, salvo que sean necesarias todavía directamente para otros aspectos también vinculados con la justicia penal, que hayan sido determinados al momento de tomarse las muestras.

Finalmente, recomienda la destrucción, dentro de determinados plazos, que las leyes nacionales deben definir cuando permitan, por alguna necesidad, el almacenamiento de la muestra por un tiempo más prolongado del proceso, fijando un plazo máximo para la destrucción de la muestra.

¿Cuáles son las conclusiones que podemos formular respecto a este tema? Hay un grave temor en todos nosotros de que se utilice torcidamente el análisis que se efectúe de nuestro genoma y que se pueda afectar nuestra intimidad; frente a esas circunstancias el hombre de derecho formula estas recomendaciones y, aunque acepte la investigación del genoma en razón de fines que se vinculan con el interés general del Estado, aconseja tomar las medidas necesarias para que esa investigación no alcance a configurar un ataque a la intimidad.

Nos concentraremos en dos temas. El primero se vincula con los seguros, donde se advierte que un avance en el conocimiento del ADN en materia de seguros puede provocar discriminaciones. Las compañías de seguros, sobre todo en los Estados Unidos de América, ya suelen estar requiriendo a los futuros posibles clientes que se hagan análisis de ADN, porque de esa forma pueden graduar el costo de la prima, cuando de acuerdo al análisis de ADN hay peligrosidad de que esa persona llegue a padecer determinadas enfermedades.

Entonces, por un lado las declaraciones europeas que hemos mencionado, y por otro algunas normas en estados norteamericanos están prohibiendo a las compañías de seguros que exijan al cliente el análisis previo de ADN y, aún más, prohíben que se recurran a otros análisis efectuados con finalidades médicas que deben estar cubiertos por el secreto profesional y no difundirse para su empleo en otro tipo de actividades.

Éste es, en general, el camino adoptado en materia de seguros. Por supuesto que los problemas son distintos según el tipo de seguro; el seguro general de vida no preocupa tanto ni hace que las compañías se vean frustradas por el hecho de que haya una ley que les prohíba investigar el genoma del cliente, porque en la masa de seguros de vida, los cálculos actuariales permiten por un cálculo de probabilidades determinar los términos medios de vida y fijar primas razonables sin quebranto para la economía de la compañía. Entonces, en el mero seguro de vida, no les aflige tanto.

Además, si el cliente tiene conocimientos de enfermedades, la buena fe y la probidad le exigen, no sólo por el conocimiento de su genoma, hacer saber a la contraparte la situación en que se encuentra y faltaría al deber de información el cliente que conoce, por su genoma o por otra vía, la existencia de enfermedades, y no lo comunica a la compañía aseguradora.

Pero, los mayores problemas no se presentan con relación a los seguros de vida, sino en los seguros de cuidado de salud, que pueden acarrear a la compañía el desembolso de sumas mucho mayores que las del mero seguro de vida.

En el seguro de vida hay un tope, se va indemnizar con tanto; en el seguro sanitario, si el tratamiento se prolonga mucho, en determinados tipos de enfermedades, el gasto se convierte en algo mucho más pesado para la compañía y las compañías siguen insistiendo en que necesitan conocer la salud de su cliente para poder efectuar los cálculos adecuados que hagan que el sistema funcione y no caiga.

Esto en el ámbito de los seguros.

En el ámbito laboral también ha empezado a difundirse en algunos grupos la idea de la necesidad de la patronal de conocer el genoma. Lo justifican sosteniendo que si en su genoma hubiesen debilidades que permitirían contraer ciertas enfermedades, la compañía no debe dar trabajos que sean desencadenantes de esa enfermedad. Desde el punto de vista sanitario esto parece justificado como una forma de protección para el propio trabajador, ya que el conocimiento de su genoma evitará que se dedique a actividades que desencadenen el mal para el que está predisposto por ciertas fallas genéticas. Pero, puede provocar una grave discriminación que impida acceder al trabajo; por esa razón es una idea predominante en el pensamiento jurídico el que no debe admitirse en materia laboral que se exija coactivamente al futuro empleado el análisis de su genoma, ya que esto puede utilizarse por quien contrata para discriminar y no conceder trabajo a determinados grupos.

Finalmente, nosotros hablamos muchas veces de intimidación como de algo personal pero debemos recordar que la intimidación protege no sólo al individuo, sino también a su actividad dentro del grupo familiar y el conocimiento del genoma puede afectar al grupo familiar, porque si difundimos que fulano de tal padece determinada enfermedad de transmisión genética quedarán sospechados inmediatamente todos los integrantes del grupo familiar de que pueden padecer en sus genomas la misma debilidad.

El conocimiento del genoma puede producir la sospecha de existencia de debilidades o de enfermedades en todo el grupo familiar y el derecho tiende a proteger con medidas claras, no solamente a la persona, sino también a su grupo familiar con medidas claras.

Entonces, todos estos avances del proyecto genoma nos colocan ante el problema de fijar límites para que no se difunda inadecuadamente la plantilla genética, que sólo se admita su conocimiento cuando hay consentimiento del afectado y que excepcionalmente puedan realizarse investigaciones cuando están afectados intereses de seguridad general o estatal.

La responsabilidad civil de los directores de la sociedad anónima

*Fernando Vidal Ramírez**

La responsabilidad de los directores de la sociedad anónima está regulada por la Ley General de Sociedades –en adelante, simplemente la Ley–, que regula también el funcionamiento del directorio, aunque supletoriamente al estatuto de la sociedad salvo sus normas imperativas con carácter de orden público. La responsabilidad del directorio, como órgano colegiado de dirección y administración de la sociedad, no es materia de esta ponencia, que se limita únicamente a la responsabilidad de sus miembros.

Los miembros del directorio son elegidos por los accionistas reunidos en junta general. En su elección, debe darse representación a la minoría o acordarse la elección

* Es abogado graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Ha ejercido la docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad de Lima, en la Universidad de Piura y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho, cuya presidencia ha ejercido. Miembro de la Comisión Consultiva de la Presidencia del Poder Judicial y del Consejo Directivo de la Academia de la Magistratura. Ha sido Juez *Ad-Hoc* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido Decano del Colegio de Abogados de Lima. Ha sido miembro de la Comisión que redactó el Código Civil vigente. Ha sido presidente de la Bolsa de Valores de Lima. Ha sido miembro del Tribunal de Honor del Pacto Ético Electoral durante el Proceso Electoral de 2006. Se desempeña como árbitro en diversas instituciones arbitrales. Es autor de varios libros en materia jurídica. Es abogado y consultor.

por unanimidad. Se les elige por el período que establezca el estatuto, pudiendo ser reelegidos indefinidamente, siempre que no estén, incursos en los impedimentos que establece el artículo 161 de la Ley, caso contrario incurren en la responsabilidad prevista en el artículo 162.

La elección confiere al director el derecho de opinar al interior del órgano de dirección y administración de la sociedad, que es el directorio, participando y votando de acuerdo a su criterio y a la convicción que se forme. La ley sólo lo obliga a obrar con diligencia, bajo el estándar de «ordenado comerciante» y de «representante leal», que establece el artículo 171 de la Ley.

La elección de los directores y la asunción de sus funciones, los relaciona jurídicamente con la sociedad, sin perjuicio de los casos en que además se trate de accionistas. La naturaleza de esta relación jurídica es *sui generis*, pues si bien se origina del encargo que reciben de los accionistas, este encargo no constituye un mandato, en el sentido de que los accionistas sean mandantes y los directores mandatarios. La obligación de los directores de obrar como un «ordenado comerciante» o como «un representante leal» es sólo una referencia para determinar un estándar de comportamiento, pero que en nada debe afectar el carácter personal de la función ni la autonomía de criterio con la que los directores participan con sus votos, o abstenciones, en los acuerdos.

Tampoco constituye una relación representativa, en la que el director, para actuar, deba estar premunido de facultades conferidas por los accionistas que lo propusieron, pues la elección se produce por el voto de los accionistas en su conjunto. El cargo de director es personal, aunque el artículo 159 de la Ley establece, como excepción, que el Estatuto puede autorizar la representación.

Los directores están obligados a concurrir a las sesiones del directorio. La periodicidad de las sesiones las establece el estatuto o el mismo directorio. La convocatoria la hace el presidente, pero cualquier director puede solicitarla, así como el gerente general. El estatuto puede facultar a accionistas que representen no menos del 20% de las acciones con derecho a voto.

El quórum para las sesiones lo establece el estatuto y cada director tiene derecho a un voto, por lo que los directores tienen derecho a ser informados por la gerencia de todo lo relacionado a la marcha de la sociedad, pero este derecho debe ser ejercido en el seno del directorio, conforme lo dispone el artículo 173 de la Ley. Los acuerdos se adoptan por el voto de la mayoría absoluta de los directores concurrentes, salvo

que el estatuto establezca una votación calificada para asuntos que el mismo estatuto debe precisar.

La vacancia de los directores se produce por las causales previstas en el estatuto, entre ellas, como ya hemos advertido, por remoción por la junta de accionistas, y por renuncia, para la cual el estatuto puede establecer el requisito de su aceptación por la junta de accionistas o por el propio directorio.

Según el artículo 177 de la Ley, los directores responden ante la sociedad, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que causen por los acuerdos o actos contrarios a la ley, al estatuto o por los realizados con dolo, abuso de facultades o negligencia grave, salvo que habiendo participado en el acuerdo o que habiendo tomado conocimiento de él, hayan manifestado su disconformidad en el momento del acuerdo o cuando lo conoció, siempre que tal disconformidad se consigne en el acta o haya hecho constar su desacuerdo por carta notarial, como lo prescribe el artículo 178.

Según el acotado artículo 177, los directores son, asimismo, responsables con los directores que los hayan precedido por las irregularidades que éstos hubieran cometido si, conociéndolas, no las denunciaron por escrito a la junta general de accionistas.

Adicionalmente, el artículo 179 dispone que los directores asumen responsabilidad por los contratos, créditos, préstamos o garantías celebrados u otorgados en contravención a las limitaciones que el mismo estatuto establece, así como, según el artículo 180, por contribuir con su voto a la adopción de acuerdos que no cautelen el interés social, sino sus propios intereses o los de terceros relacionados, o por usar en beneficio propio o de terceros relacionados, las oportunidades comerciales o de negocios de las que tomaron conocimiento en razón de su cargo, o participar en actividades que compitan con las de la sociedad y, en general, por no abstenerse en los asuntos en los que tengan un interés contrario al de la sociedad.

La imputación de responsabilidad de los directores debe ser planteada y acordada por la junta de accionistas, por mayoría, haciéndose constar en acta. Según el artículo 181, la pretensión social de responsabilidad contra cualquier director, la promueve la sociedad en virtud de acuerdo de la junta general, pudiendo también promoverla accionistas que representen por lo menos un tercio del capital social, o cualquier accionista, si han transcurrido tres meses desde que la junta general tomó el acuerdo y la demanda, no ha sido interpuesta. Por excepción, los directores pueden responder por actos que lesionen directamente a accionistas o a terceros, según el artículo 182.

Resumidas las causas que pueden determinar la responsabilidad a los directores es *sui generis*, pues aun cuando es de naturaleza civil, no puede ser calificada de contractual, pues su relación con la sociedad y sus accionistas no deriva de un contrato de mandato ni, por lo general, de una relación representativa. Tampoco puede ser calificada de extracontractual en razón del vínculo jurídico que su elección ha creado con la sociedad y los accionistas que los faculta a participar en su órgano de dirección y administración, salvo la excepción referida a los terceros, en cuyo caso se trata de responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad por los daños y perjuicios irrogados por los directores a la sociedad, a sus accionistas e, incluso, a los terceros, sea que se demande como una pretensión social o como pretensión individual, tiene el plazo de caducidad de dos años, que establece el artículo 184, computado a partir de la fecha de la adopción del acuerdo o del hecho que originó el daño.

Teoría general de la imputación en el Derecho Civil*

Benjamín Moisés**

SUMARIO: 1. Palabras de agradecimiento. – 2. Normas de comportamiento y normas de imputación. – 3. Imputación. Noción conceptual. Imputación física (*imputatio physica*) e imputación moral (*imputatio moralis*). – 4. Imputación del acto (*imputatio facti*) e imputación de las consecuencias (*imputatio iuris*). Aplicación de la ley al acto (*applicatio legis ad factum*). – 5. Imputación en el Código Civil.

1. PALABRAS DE AGRADECIMIENTO

Es un gran honor para mí haber sido designado, e incorporarme hoy, como Miembro Correspondiente en la Provincia de Tucumán de esta ilustre Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, una de las más significativas y emotivas distinciones recibidas durante mi carrera. Particularmente significativa y emotiva, por encontrarme unido desde hace más de una década a tan insigne Corporación por entrañables sentimientos de afecto y agra-

* Discurso pronunciado por el doctor BENJAMÍN MOISÁ el 9 de octubre de 2012, con motivo de su incorporación como Miembro Correspondiente en Tucumán de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, con el agregado de notas al pie. Publicado en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 12, La Ley, Buenos Aires, Argentina, 2012.

** Benjamín Moisés, jurista argentino, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina. Abogado especialista en Derecho Empresarial. Profesor Titular de Derecho Privado II de la Universidad de San Pablo de Tucumán, República Argentina.

decimiento, que supo inculcarme mi querido y admirado maestro, el doctor Luis Moisset de Espanés, aun antes de mi graduación como Doctor en la Casa del Obispo Trejo y de recibir aquel otro preciado reconocimiento que es el Premio Tesis Sobresalientes Dalmacio Vélez Sarsfield.

Vaya toda mi gratitud a la Academia en este discurso, el cual no pretende ser más que un recordatorio, ante las corrientes objetivistas y materialistas que avanzan incansablemente desde las postrimerías del siglo XIX, de que el Derecho no regula fenómenos físicos sino conductas humanas.

2. NORMAS DE COMPORTAMIENTO Y NORMAS DE IMPUTACIÓN

En esa regulación de conductas, según ya lo hacían los iusnaturalistas desde el siglo XVIII, debemos comenzar por distinguir dos tipos de normas: las normas de comportamiento y las normas de imputación.¹

Las *normas de comportamiento* son mandamientos, prohibiciones y permisiones que se dirigen al sujeto indicándole lo que debe hacer, lo que no debe hacer y lo que puede hacer. Estas normas desempeñan una función prospectiva y otra retrospectiva. En su *función prospectiva*, son normas de configuración de la conducta humana para posibilitar la convivencia armónica de los hombres. En su *función retrospectiva*, son normas de valoración, dirigidas principalmente al juzgador, que permiten distinguir las conductas jurídicas de las antijurídicas. No debe olvidarse que ambas funciones forman un conjunto inescindible como dos caras de una misma moneda, pues, sin la función de configuración no puede haber valoración de la conducta, y sin la función de valoración no puede haber configuración de la conducta.²

Las *normas de imputación*, a diferencia de las normas de comportamiento que cumplen una doble función, sólo tienen una función retros-

1 Ampliamente sobre la distinción, véase HRUSCHKA, Joachim. *Reglas de comportamiento y reglas de imputación*, en Adpcp, t. XLVII, Fasc. III, septiembre-diciembre 1994, pp. 343-356. Artículo publicado en: *Rechtstheorie* 22 (1991), pp. 449-460, con el título «*Verhaltensregeln and Zurechnungsregeln*». Traducción de Francisco Baldó Lavilla, Profesor Titular de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

Esta distinción entre *normas de comportamiento* y *normas de imputación* recobra actualidad y vuelve hoy en día a ser debatida en la Ciencia del Derecho, sobre todo en Estados Unidos, donde la discusión versa sobre la diferenciación entre *conduct rules* y *decision rules*. Las primeras son el correlato de las *normas de comportamiento*, mientras que las segundas lo son de las *normas de imputación* (cfr. HRUSCHKA, JOACHIM, *Reglas...*, p. 344, texto y nota 6).

2 HRUSCHKA, Joachim. *Reglas...*, pp. 344 y ss.

pectiva: atribuir o no a un sujeto un hecho y sus consecuencias. A semejanza de las normas de comportamiento en su función de valoración, las normas de imputación están dirigidas principalmente a la persona que juzga los acontecimientos con posterioridad a ellos.³

3. IMPUTACIÓN. NOCIÓN CONCEPTUAL. IMPUTACIÓN FÍSICA (*IMPUTATIO PHYSICA*) E IMPUTACIÓN MORAL (*IMPUTATIO MORALIS*)

Etimológicamente, imputar deriva del latín *imputare*, que significa tanto como cargar algo en la cuenta de alguien.⁴ Semánticamente, imputar significa atribuir a alguien responsabilidad por un hecho.⁵ Concordeamente con ello, en 1660 Samuel Pufendorf (1632-1694) ya formulaba como primer axioma de la Jurisprudencia universal el siguiente: «Cualquier acción que pueda dirigirse por una norma moral, cuyo acontecer o no acontecer dependa de una persona, puede ser imputada a esa persona. Y a la inversa: no puede imputarse a una persona un acontecimiento que, ni considerado en sí mismo ni en su causa, dependa de ella».⁶

Esto nos lleva, junto a Christian Wolff (1679-1754), a hacer una primera distinción entre imputación física (*imputatio physica*) e imputación moral (*imputatio moralis*).⁷ La *imputación física* es la mera constatación de un vínculo causal entre un acontecimiento y las consecuencias de ese acontecimiento, dejándose de lado toda moralidad del suceso. En cambio, la *imputación moral* es la atribución a un sujeto, en primer lugar, de un hecho y, en segundo lugar, de sus consecuencias. Quede bien entendido que el término moral (*moralis*) es utilizado en un sentido amplio —no en el estricto de moral subjetiva—, como disciplina que se ocupa de la conducta del hombre tanto en su aspecto subjetivo como intersubjetivo, de modo que con el alcance indicado es comprensivo de toda la conducta humana como objeto de la Ciencia del Derecho.⁸

3 *Ibidem*, p. 346.

4 Cfr. COROMINES, Joan. Breve diccionario etimológico de la lengua castellana. Madrid: Del Gran Extremo (Grupo Editorial)-Gredos, 2009, p. 310.

5 Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua*. Lema «imputar», primera acepción, 22.ª Ed., www.rae.es.

6 «Quaelibet actio ad normam moralem dirigibilis, quam penes aliquem est fieri vel non fieri, potest ipsi imputari. Et contra: Id quod neque in se neque in sua causa penes aliquem fuit, non potest ipsi imputari» (PUFENDORF, Samuel. *Elementorum jurisprudentiae universalis libri II*, p. 264, ex typographia Adriani Vlacq, Hagae Comitum, Holanda, 1660).

7 WOLFF, Christian. *Philosophia practica universalis. Pars prior*, p. 470 y s., § 642, Francofurti & Lipsiae, 1738.

8 Cfr. DARJES, Joachim Georg. *Observationes iuris naturalis*, v. II, obs. XLII, § XVIII, 1754.

4. IMPUTACIÓN DEL HECHO (*IMPUTATIO FACTI*) E IMPUTACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS (*IMPUTATIO IURIS*). APLICACIÓN DE LA LEY AL ACTO (*APPLICATIO LEGIS AD FACTUM*)

Con este trasfondo, en 1740 Joachim Georg Darjes (1714-1791) es el primero en distinguir, dentro de la imputación moral, la imputación del hecho (*imputatio facti*) de la imputación del derecho (*imputatio iuris*), ubicando entre ambas la aplicación de la ley al hecho (*applicatio legis ad factum*).⁹ Esto es, para una mayor claridad expositiva, distinguir entre la imputación del acto y la imputación de sus consecuencias jurídicas. La *imputatio facti*, sea de una acción o de una omisión, es un juicio de atribución de primer nivel por el cual el sujeto actuante es declarado autor de dicha acción u omisión, sea algo bueno o malo, sea algo lícito o ilícito, sea algo justo o injusto, en definitiva, trátase de un mérito o demérito (*declaratio, quod aliquis sit auctor facti*).¹⁰ La *imputatio iuris* es un juicio de

9 «Hac ex ratione nonnulli, quos pia mente veneror, imputationem per adplicationem legis ad factum definiverunt. Sed ex rationibus in superioribus adductis, quod hic actus imputationi iuris antecedit, et imputationi facti sequatur, mihi videtur» (DARJES, Joachim Georg, *Institutiones iurisprudentiae universalis*, § 225, escolio, Jenae, 1740).

«No debe confundirse la distinción de DARJES entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* con la distinción de WOLFF entre *imputatio physica* e *imputatio moralis*. La *imputatio physica* de WOLFF es la mera constatación de un vínculo causal entre un suceso en el que un sujeto está implicado y un efecto de este suceso '*seposita omni moralitate actionis*' —'si se deja de lado toda moralidad del suceso'—. En cambio, con la *imputatio moralis* se imputan sucesos (*actiones*) a un sujeto (*agens*). Por tanto, *imputatio facti* e *imputatio iuris* deben entenderse de igual forma como *imputationes morales*. También DARJES, que comprende la diferenciación de WOLFF (1754), parte de este punto y escribe expresamente que, en la *disciplina moralis*, la ciencia moral, a la que también pertenece la jurisprudencia, la expresión (*terminus*) '*imputatio*' se utiliza '*non physice sed moraliter*'.

Desafortunadamente —es decir, desafortunadamente visto desde el punto de vista del desarrollo posterior— según se desprende, DARJES no explicitó más en ningún lugar la diferencia entre la perspectiva en la imputación de primer y segundo nivel por una parte y la aplicación de la ley al hecho, por otra. A DARJES, como era lógico, le debió parecer suficiente haber puesto de relieve lo evidente. Sin embargo, esta omisión tuvo consecuencias de no poca importancia. Ciertamente, la diferencia entre *imputatio facti* e *imputatio iuris* se implanta rápidamente; empieza una historia larga y compleja cuya explicación posterior aún no se ha llevado a cabo» [HRUSCHKA, Joachim. *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf. Sobre la historia y el significado de la diferencia entre actio libera in se y actio libera in sua causa*, con un anexo sobre la diferencia entre los conceptos de *actio libera* y *actio ad libertatem relata* y un anexo sobre la historia de la recepción y descubrimiento de la diferenciación entre *imputatio facti* e *imputatio iuris*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.^a Época, n.º 12 (2003), pp. 246 y ss. Título original: «*Ordentliche und außerordentliche Zurechnung bei Pufendorf. Zur Geschichte und zur Bedeutung der Differenz von actio libera in se und actio libera in sua causa*», publicado en *ZStW* 96 (1984), pp. 661 y ss. Traducción a cargo de Nuria Pastor Muñoz, profesora ayudante de Derecho Penal, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)].

10 DARJES, Joachim Georg. *Institutiones...*, § 213.

atribución de segundo nivel sobre el mérito del acto (*iudicium de merito facti*),¹¹ el cual permite atribuir al autor sus consecuencias jurídicas.

Entre ambos tipos de imputación se ubica la aplicación de la ley al acto (*applicatio legis ad factum*), la que no debe confundirse con un nivel más de imputación. En efecto, mientras en la imputación la mirada del juzgador está dirigida al sujeto, en la aplicación de la ley al acto está dirigida al hecho, permitiendo determinar su conformidad o no con las exigencias de la ley y, en última instancia, su juridicidad o antijuridicidad.¹²

5. TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

El Código Civil de la República Argentina, monumento legislativo nacional, reconociendo como fuentes sobre la materia el Código de Prusia¹³ y el *Esboço* de Freitas,¹⁴ convierte en ley positiva el excelso pensamiento iusnaturalista expuesto.

Normas de comportamiento y normas de imputación

Nuestro Código Civil es en principio un catálogo de *normas de comportamiento*, pero, como no podía ser de otra manera, también contiene detalladas y precisas *normas de imputación* tanto de los hechos del hombre como de sus consecuencias jurídicas. Así resulta, en el primer caso, esto es, con respecto a las *normas de comportamiento*, de reglas como las contenidas en los artículos 22, 53 y 910, de las que además se desprende que el principio sobre la materia es el de la libertad de las acciones, en consonancia con el artículo 19 de la Constitución Nacional. Con respecto al segundo supuesto, esto es, con relación a las *normas de imputación*, basta con compulsar la Sección II de su Libro II, destinada a los hechos y actos jurídicos, para corroborar la exactitud de cuanto decimos.

Imputación física e imputación moral. Teoría de la equivalencia de las condiciones

La distinción entre imputación física e imputación moral queda patente en nuestro Código Civil en el juego armónico de sus artículos 896, 897 y 900. Así, toda adquisición, modificación o extinción de derechos

11 DARJES, Joachim Georg. *Institutiones...*, § 218.

12 Cfr. HRUSCHKA, Joachim. *La imputación...*, p. 246.

13 §§ 4 a 14 del Título III de la Parte Primera del Derecho Territorial General para los Estados de Prusia de 1794.

14 Artículos 431 y ss., y sus notas.

y obligaciones reconoce siempre como fuente un hecho jurídico.¹⁵ Hasta aquí la imputación física. Sin embargo, tal hecho no es elevado a la categoría de acto sin la intervención de la voluntad del hombre, pues, el elemento fundamental de todo acto es la voluntad de quien lo ejecuta. Es por ello que, como bien manda el artículo 900, los hechos involuntarios no producen por sí obligación alguna, quedando equiparados a los simples hechos de la naturaleza, lo cual de ningún modo implica negar que en tales casos se puedan establecer reparaciones fundadas en razones de equidad.

Reducida la imputación física a la mera causalidad material, esto es, con prescindencia de toda moralidad del hecho, indudablemente la teoría apropiada para determinar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho y sus consecuencias es la conocida *Teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua non*, la cual permite dar una respuesta correcta al *problema de la pluralidad concurrente de causas*. Edmund Mezger califica al principio de la *conditio sine qua non* como un medio infalible para la comprobación de la conexión causal.¹⁶

Imputación del acto e imputación de las consecuencias. Teoría de la causa adecuada

Como consecuencia de aquel axioma fundamental de imputación enunciado por Pufendorf, según el cual una acción sólo puede ser

15 «Si les droits naissent, si les droits se modifient, s'ils se transfèrent d'une personne à la autre, s'ils se éteignent, c'est toujours par suite ou par le moyen d'un fait. Il n'y a pas un droit qui ne provienne d'un fait, et c'est précisément de la variété des faits que découle la variété des droits» (ORTOLAN, Joseph Louis Elzéar. *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien précédée d'une généralisation du Droit Romain*, t. I, pp. 58 y ss., Videloq fils ainé, Libraire de la Cour de Cassation, Paris, 1851).

16 Julius Glaser es considerado como el primer defensor de la *teoría de la equivalencia de las condiciones*, desarrollada en Alemania para el Derecho Penal, de quien ya en el año 1858 podemos leer: «Hay... un punto de apoyo seguro para examinar el nexo causal; si se intenta suprimir mentalmente al supuesto originante de la suma de los acontecimientos y entonces se ve que a pesar de eso se produce el resultado, que a pesar de eso la serie sucesiva de las causas intermedias sigue siendo la misma, está claro que el hecho y su resultado no pueden reconducirse a la eficacia de esa persona. Si por el contrario se ve que, si se suprime mentalmente a esa persona del escenario del acontecimiento, el resultado no se podría producir en absoluto o que hubiera tenido que producirse por otra vía totalmente distinta: entonces está justificado con toda seguridad considerarlo como efecto de su actividad». Sin embargo, corresponde a Maximilian von Buri la fundamentación más profunda de la «teoría de la equivalencia de las condiciones» (cfr.: ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte general*, t. I, pp. 348 y ss., § 11, 7. Madrid: Civitas, 1997, tr. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal; MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general*, p. 109, § 24. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1958, tr. Conrado A. Finzi con la colaboración de Ernesto R. Gavier y Ricardo Núñez).

imputada a una persona cuando su acontecer o no acontecer depende de esa persona, es que el artículo 900 del Código Civil establece que los hechos involuntarios no producen por sí obligación alguna. En otras palabras, para que un hecho pueda ser imputado a una persona, y de esta manera convertirse en acto, es necesario que sea ejecutado con voluntad, esto es, con *discernimiento, intención y libertad*. Esta es la única manera como puede imputarse un hecho a un sujeto de modo que éste se convierta en autor del acto.

Ahora bien, para dar solución al *problema de la pluralidad sucesiva de consecuencias*, conocido también como el problema del *regressus ad infinitum* causal, nuestro Código Civil toma del Código prusiano la *Teoría de la causa adecuada*¹⁷ y la convierte en ley positiva en sus artículos 901 a 906, aun antes de su formulación dogmática por obra de von Kries en 1886. Así distingue tres categorías de consecuencias que son imputables según el distinto grado de *previsibilidad* por parte del agente y según se trate de supuestos de *responsabilidad por incumplimiento obligacional* o de *responsabilidad por actos ilícitos* en sentido estricto. Estas consecuencias son las inmediatas, mediatas y casuales: a) *inmediatas* son aquéllas que suelen suceder según el curso natural y ordinario de las cosas; b) *mediatas* son aquéllas que resultan de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto; y c) *casuales* son las consecuencias mediatas imprevisibles. En principio, las consecuencias casuales no se imputan (artículo 905, *in limine*).

Imputación en el incumplimiento obligacional

En caso de *culpa*, se imputan solamente las consecuencias inmediatas y necesarias (artículo 520). En caso de *dolo*, se imputan las consecuencias inmediatas y mediatas (artículo 521).

Imputación en los actos ilícitos

En caso de *culpa* (artículos 903 y 904), se imputan las consecuencias inmediatas y las mediatas (consideradas en abstracto, según la previsibi-

17 La teoría de la adecuación no es, como opinaban originariamente sus defensores, una teoría causal, sino una teoría de la imputación: no dice cuándo una circunstancia es causal respecto de un resultado, sino que intenta dar una respuesta a la pregunta de qué circunstancias causales son jurídicamente relevantes y le pueden ser imputadas a un agente (ROXIN, Claus. *Op. cit.*, t. I, pp. 360 y ss., § 11, 33; *cfr.* DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho de daños*, pp. 340 y ss. Madrid: Civitas, 2000).

La *Teoría de la causa adecuada*, en otras palabras, no es una teoría causal sino una *teoría de la imputación de las consecuencias*, en cuyo marco se interrelacionan la *imputación física* (causalidad) y la *imputación moral* (voluntariedad y revisibilidad), determinando en definitiva la extensión de la responsabilidad.

lidad de un hombre medio). En caso de *dolo* (artículos 903 y 905, *in fine*), se imputan las consecuencias inmediatas y las mediatas (consideradas en concreto, según las miras que tuvo el autor al ejecutar el acto).

La sustitución del texto originario del artículo 906 por la Ley n.º 17.711 eliminó el único caso real —el del artículo 905, *in fine*, es sólo aparente— de imputación de consecuencias casuales que contenía el Código Civil, solución que no compartimos. Por el contrario, en coincidencia con Ihering pensamos, que en caso de *dolo* el responsable debe responder hasta de las consecuencias casuales, pues como dice el gran jurista alemán: «El que a sabiendas e intencionalmente ha causado daño a otro, no puede sustraerse a una reparación completa: ha sabido y querido lo que ha hecho».¹⁸

Nada más y muchas gracias.

18 IHERING, Rudolf von. De la faute en Droit privé, en *Études complémentaires de l'esprit du Droit Romain*, t. I, p. 63. París, 1880, tr. O. De Meulenaere.

Questões controversas sobre a prescrição no direito brasileiro

*Andre Vasconcelos Roque**

SUMARIO: 1. Aspectos preliminares. – 2. Giro de 180 graus: a prescrição no atual direito brasileiro. – 3. Prescrição conhecida de ofício e seus inconvenientes. – 4. Algumas palavras sobre prescrição intercorrente. – 5. Considerações finais.

1. ASPECTOS PRELIMINARES

Antes de mais nada, é uma honra para mim ter recebido o convite para vir apresentar minha contribuição para esse importante evento do Direito Civil peruano. Não conhecia Arequipa, aliás, nunca havia estado no Peru antes e só por isso já valeria a pena vir neste congresso, para poder tomar contato não apenas com uma nova cultura para mim, mas também com experiências jurídicas renovadoras.

O assunto que escolhi trazer para vocês – prescrição – é daqueles que, embora inserido no Código Civil – tanto no brasileiro, quanto no peruano –, acaba repercutindo em outras áreas do direito. Nesse caso, diria que praticamente para todas as áreas do direito. Como costume dizer: o Direito Civil não se esgota nele mesmo. Principalmente nos países de tradição da chamada *civil law*, a parte geral do Direito Civil faz as vezes de uma verdadeira Teoria Geral do Direito.

* Advogado no Rio de Janeiro, Brasil. Doutorando e mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor em cursos de pós-graduação. E-mail: androque@uerj.br.

Basta pensar, nesse sentido, na disciplina do ato jurídico, que se encontra no art. 140 e seguintes do Código Civil peruano. Como pensar na noção de ato administrativo, que obviamente diz respeito a outra área do direito, sem recorrer à noção básica do ato jurídico prevista no Direito Civil?

Não foi apenas por isso que escolhi esse tema da prescrição. O outro motivo que me levou a isso foi que, no direito brasileiro, tivemos importantes reformas legislativas que colocaram por terra dogmas seculares sobre esse instituto. Mudanças que, diga-se de passagem, não foram adequadamente discutidas antes da aprovação dessas reformas, que tiveram objetivos muito mais pragmáticos, em lidar com a enorme quantidade de processos pendentes no Judiciário brasileiro.

Costumo dizer, aliás — Processo Civil é uma das minhas predileções — que as últimas reformas no Brasil têm tratado os processos judiciais como se fossem uma praga, a ser exterminada a qualquer preço. Ainda que com sacrifício aos direitos fundamentais e à qualidade da prestação jurisdicional.

Voltando ao nosso tema de discussão, o conceito de prescrição é amplamente difundido, embora suscetível de inúmeras discussões. O Código Civil brasileiro de 1916 não se preocupou em defini-la, mas o art. 189 de nosso atual Código Civil, de 2003, diz que «[v]iolado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição». Ou seja, pelo conceito legal — e bastante aceito pela doutrina no Brasil —, a prescrição não extingue o direito subjetivo, mas encobre sua pretensão, retirando-lhe a exigibilidade. É por isso que, embora inexigível a obrigação prescrita, o seu pagamento não enseja repetição de indébito, pois essa obrigação ainda existe.

É igualmente por esse motivo que sempre se entendeu que a prescrição não podia ser conhecida de ofício pelo juiz. Uma obrigação prescrita existe, ainda que não seja exigível. O juiz não estará condenando o réu em obrigação inexistente, mas apenas deixando de apreciar um contradireito que esse mesmo réu deixou de alegar.

Ressalvo que essa distinção, que é bastante conhecida no mundo da *civil law* e serve para distinguir a prescrição de direitos subjetivos da decadência — o que vocês chamam de *caducidade* —, que se opera em relação aos direitos potestativos, é colocada em segundo plano em países de *common law*. Nos Estados Unidos, por exemplo, cujo ordenamento se estrutura de forma essencialmente pragmática, avesso a teorizações ou sistematizações, a Suprema Corte já afirmou, no caso *Chase Securities v. Donaldson* (1945), em relação ao instituto deles correspondente à prescrição

(*statutes of limitation*), que não seria necessário discutir sua conceituação teórica, pois tal instituto encontra sua justificação na necessidade prática e conveniência, e não em razões lógicas.¹

O Código Civil peruano também adota, em larga medida, essa concepção sobre a prescrição. O art. 1.989 dispõe que a prescrição extingue a ação, mas não o direito em si mesmo. Ou seja, retira-lhe exigibilidade, sem destruir-lhe a existência. Além disso, dispõe o art. 1.992 que a prescrição não deve ser apreciada de ofício. Tudo isso está em perfeita harmonia com a concepção clássica de prescrição e era este o nosso regime, lá no Brasil, até uns doze anos atrás.

Desde então, o regime da prescrição se modificou de forma profunda no direito brasileiro e é isso que eu quero compartilhar com vocês.

2. GIRO DE 180 GRAUS: A PRESCRIÇÃO NO ATUAL DIREITO BRASILEIRO

A mudança na disciplina da prescrição no Brasil tem início com o atual Código Civil, aprovado em 2002. Aliás, deixem-me falar de algo curioso antes de avançar na exposição. Eu tenho verdadeiro horror a intitular meus textos com a palavra «novo». É que, passados alguns anos, aquela palavra «novo» que se utilizou vai denunciar como é «velho» o seu texto. Imaginem vocês aquele autor que, por exemplo, escreveu sobre o Código Civil peruano há trinta anos atrás. Era um novo Código no ano de 1984, sem dúvida. E aí ele intitula o seu livro com algo mais ou menos assim: «novo Código Civil comentado», o que, nos dias de hoje, não parece fazer muito sentido.

Eu falo disso porque o nosso atual Código Civil lá no Brasil já está em vigor há mais de uma década. E tem gente por lá – muita gente – que ainda o chama de «novo» Código Civil! Para terem uma ideia, fazendo uma pesquisa rápida no Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que é o órgão de cúpula do nosso Poder Judiciário por lá – lá nos temos dois órgãos de cúpula: o Superior Tribunal de Justiça, que é responsável por dar a última palavra na interpretação da legislação federal, e o Supremo

1 V. *Chase Securities Corp. v. Donaldson*, 325 US 313-314 (1945) («*There has been controversy as to their effect. Some are of opinion that, like the analogous civil law doctrine of prescription, limitations statutes should be viewed as extinguishing the claim and destroying the right itself. Admittedly it is troublesome to sustain as a «right» a claim that can find no remedy for its invasion. On the other hand, some common law courts have regarded true statutes of limitation as doing no more than to cut off resort to the courts for enforcement of a claim. We do not need to settle these arguments. Statutes of limitation find their justification in necessity and convenience, rather than in logic.*»).

Tribunal Federal, que dá a última palavra em matéria constitucional –, encontrei nada menos que setenta e um acórdãos proferidos nos anos de 2013 e 2014 com a expressão «novo Código Civil». E esse número vai aumentar ao longo de 2014, certamente. Espero que não cheguemos aos trinta anos de Código Civil no Brasil ainda o chamando de «novo».

Mas bem, o tal «novo» Código Civil brasileiro inaugurou importante guinada na disciplina legislativa da prescrição. Seu art. 194 – hoje já revogado e nós veremos o motivo para tanto – dispunha a regra geral conhecida por todos: o juiz não pode suprir, de ofício, a alegação de prescrição. Entretanto, já aqui se abria uma exceção, e aí estava a primeira inovação: o juiz não poderia conhecer de ofício da prescrição, exceto para favorecer a absolutamente incapaz. O dogma da impossibilidade de conhecimento da prescrição de ofício, embora mantido, começa a ser trincado em nome da mais ampla tutela dos direitos dos absolutamente incapazes.

Até então, a doutrina não tinha ainda dado muita atenção ao fenômeno, que viria a se tornar mais evidente nos anos seguintes.

Com efeito, importante mudança no regime da prescrição viria no ano de 2004, com o acréscimo de um parágrafo no art. 40 da Lei de Execuções Fiscais brasileira. A Lei de Execuções Fiscais, que é de 1980 e ainda está em vigor, regula o procedimento de execução de obrigações tributárias pelo Estado brasileiro. Só que nós lá no Brasil temos um grande problema com essas execuções fiscais. Muitas delas não chegam a lugar nenhum por não se encontrar patrimônio do executado. Nesse sentido, segundo estudo encomendado pelo Conselho Nacional de Justiça brasileiro em 2011, a penhora chega a ser realizada somente em 15% de todas as execuções fiscais.²

Para tentar debelar esse quadro, uma das medidas do legislador no Brasil foi abandonar a clássica disciplina de que a prescrição não pode ser conhecida de ofício. Acrescentou-se, assim, um novo parágrafo ao art. 40 da Lei de Execuções Fiscais para dispor que, uma vez arquivado o processo – por não ter sido localizado o devedor ou não terem sido encontrados bens penhoráveis, hipóteses muito frequentes nas execuções fiscais no Brasil – e decorrido o prazo prescricional, o juiz poderá, desde que antes seja ouvida a Fazenda Pública (que poderá, por exemplo, suscitar a interrupção desse prazo), reconhecer a prescrição de ofício, com vistas à extinção do processo.

2 Alexandre dos Santos Cunha (coord.). *Custo unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal* – relatório de pesquisa. Brasília: Ed. IPEA/CNJ, 2011, p. 19.

Nesse momento, então, já tínhamos a seguinte situação: a prescrição não podia ser conhecida de ofício, salvo em duas importantes exceções, quais sejam, (i) tutelar direito de absolutamente incapaz, ou (ii) em caso de obrigações tributárias, desde que previamente ouvida a Fazenda Pública.

No ano de 2006, finalmente a exceção se torna regra. Altera-se o art. 219, § 5º de nosso Código de Processo Civil para dispor que, em qualquer caso, o juiz pronunciará de ofício a prescrição. A mesma lei, naturalmente, revogou o art. 194 do Código Civil – aquele que falava da regra geral (impossibilidade de conhecimento da prescrição de ofício) – e abria exceção para os absolutamente incapazes. A partir daí, portanto, em qualquer caso a prescrição poderá ser conhecida de ofício no Brasil.

Quero chamar a atenção de vocês para um ponto, que embora não pareça ser relevante à primeira vista, mostra muito sobre os verdadeiros objetivos por trás dessa alteração. A reforma legislativa de 2006 no Brasil, embora tenha atingido o instituto da prescrição – que sempre foi disciplinada no Código Civil – versava sobre o Código de Processo Civil. Tratava-se de uma reforma processual, preocupada essencialmente com a celeridade, que hoje passa pela redução do número de ações judiciais.

Pode-se afirmar com tranquilidade, assim, que o dogma secular da prescrição, da impossibilidade de sua apreciação de ofício, caiu por terra no Brasil por razões de ordem puramente pragmática: reduzir o número de processos pendentes no Judiciário brasileiro. Essa mudança, sem maior reflexão teórica, criou alguns problemas. Então, se um dia aqui no Peru alguém propuser que a prescrição possa ser conhecida de ofício, será importante considerar os problemas que vivenciamos no Brasil.

3. PRESCRIÇÃO CONHECIDA DE OFÍCIO E SEUS INCONVENIENTES

A possibilidade de conhecimento da prescrição de ofício traz pelo menos dois problemas a serem considerados.

O primeiro deles diz respeito ao beneficiado por essa prescrição. É também uma regra comum para a prescrição – porque tem a natureza de um contradireito do réu, que inibe a exigibilidade do direito suscitado pelo autor – a possibilidade de sua renúncia. No Código Civil brasileiro, o art. 191 admite a renúncia tácita ou expressa à prescrição, desde que já tenha sido configurada. Da mesma forma, o Código Civil peruano estabelece disposição semelhante em seu art. 1.991. Não se pode, portanto, renunciar a uma prescrição futura, a um direito – ou melhor, a um contradireito – que ainda não se aperfeiçoou, mas é possível abrir mão dele depois que configurado.

Se é possível a renúncia à prescrição, então tal circunstância pode ser conhecida de ofício pelo juiz, mas não antes de ser ouvido o réu.

Lá no Brasil, após a aprovação do atual Código Civil, foram realizados eventos chamados de «Jornadas de Direito Civil», organizados pelo Conselho da Justiça Federal, em que estudiosos de todo o país se reuniram, propuseram e discutiram enunciados interpretativos sobre o Código Civil. Até hoje, foram realizadas seis Jornadas de Direito Civil, embora em apenas cinco delas tenham sido aprovados enunciados interpretativos, nos anos de 2002, 2004, 2006, 2011 e 2013. Então, aquele que quiser se aprofundar no estudo do Direito Civil brasileiro deverá obrigatoriamente consultar esses enunciados, que não têm força vinculante, mas apresentam grande importância acadêmica.

Em uma dessas jornadas, a que se realizou no ano de 2006, foi aprovado um enunciado interpretativo que diz respeito exatamente a essa questão que estamos discutindo. De acordo com o enunciado nº 295, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição «não retira do devedor a possibilidade de renúncia admitida no art. 191 do texto codificado», o que pressupõe que este deverá ser ouvido anteriormente ao reconhecimento da prescrição.

A renúncia à prescrição não é um mero capricho do réu que confia na improcedência do mérito propriamente dito. Pode sim, ser uma questão moral ou para preservar a imagem de bom pagador de um empresário, que quer demonstrar que não pagou porque a dívida não existe e não por apenas estar prescrita, o que pode inclusive influenciar seu crédito no mercado, junto aos bancos. No Brasil, por exemplo, quando um cliente deixa de pagar uma dívida bancária por prescrição, ele pode até estar com o seu nome limpo, mas não conseguirá empréstimos com taxas de juros vantajosas naquela instituição financeira.

Além disso, a cobrança indevida, seja por dívida inexistente ou por valores já pagos, na legislação brasileira, poderá ensejar o dever de reparação por parte do credor (art. 574 do Código de Processo Civil brasileiro; art. 940 do Código Civil brasileiro), o que não ocorrerá se simplesmente for reconhecida a prescrição. O juiz não pode, assim, retirar esse direito do réu de escolher se irá se beneficiar da prescrição, conhecendo de ofício da matéria sem a sua oitiva.

Observo que existe no Brasil, em fase final de tramitação legislativa, um projeto de novo Código de Processo Civil, que agrava esse problema da renúncia. Seu art. 333, § 1º permite ao juiz conhecer liminarmente da prescrição, mesmo antes da citação do réu. Considero essa uma perspectiva equivocada, que espero que seja corrigida a tempo, embora ache difícil a

essa altura. Os propósitos do legislador de reduzir o número de processos no Poder Judiciário e de proporcionar celeridade não podem ser atingidos a qualquer preço, sacrificando o direito do réu a um julgamento sobre o mérito, caso assim ele prefira.

Esse não é o único problema. A prescrição também não pode ser conhecida de ofício antes que seja ouvido o autor, aquele que sai prejudicado.

Todos aqui certamente já ouviram falar do contraditório. Classicamente, essa garantia processual se desdobrava em um binômio: informação e reação. Para que fosse observado o contraditório, deveriam as partes ser comunicadas dos atos processuais (informação), possibilitando que sobre eles se manifestassem (reação).

Mas os estudos mais recentes demonstraram que esse contraditório puramente formal era insuficiente. De que adianta, por exemplo, conceder informação e reação se a parte interessada não puder produzir as provas necessárias à demonstração de todas as suas alegações, do direito de defender-se provando? É por isso que hoje já se fala em contraditório participativo, para reforçar esse aspecto substancial. Não basta que a parte tome conhecimento dos atos processuais, nem que ela possa formalmente reagir. É preciso que, em sua manifestação, a parte tenha efetivo poder de influência, de formar a convicção do julgador. Contraditório é democracia no processo.

Não por acaso, hoje já se fala em princípio da cooperação processual, que vem a reforçar essa noção de contraditório substancial. Embora o juiz atue com supremacia no momento em que irá tomar sua decisão, em que irá prestar jurisdição, assim não ocorre nas etapas anteriores, em que ele deve estar aberto ao diálogo das partes.

Decorrência direta dessa concepção de contraditório participativo é a vedação às chamadas decisões-surpresa ou decisões de terceira via, que ocorrem sempre que uma matéria é considerada de ofício pelo juiz em sua decisão, sem que tenha sido discutida previamente pelas partes.

Essa vedação já se encontra contemplada nos ordenamentos jurídicos de muitos outros países, como no § 139(2) da *Zivilprozessordnung* alemã, incluído pela reforma de 2001; no art. 101 do Código de Processo Civil italiano, após a reforma de 2009; no art. 3º, item 3 do Código de Processo Civil português e no art. 16 do Código de Processo Civil francês. No Brasil, embora não haja regra análoga no nosso atual Código de Processo Civil, que é de 1973, época em que os estudos sobre o contraditório participativo ainda não estavam tão desenvolvidos, o nosso projeto para um novo CPC, já em fase final de tramitação legislativa, contempla tal disposição.

Com isso eu não quero dizer que o juiz não possa conhecer nenhuma matéria de ofício, em especial aquelas que chamamos de ordem pública. O juiz pode, sim, avaliar sem ser provocado por nenhuma das partes se falta uma condição da ação ou se houve a violação a alguma norma de ordem pública. Entretanto, de acordo com a concepção do contraditório participativo, o juiz não pode surpreender as partes com uma decisão inesperada. Entendendo presente alguma das matérias que pode ser conhecida de ofício, o julgador deverá primeiro submetê-la ao crivo do contraditório, determinando que as partes se manifestem sobre a questão. Cumprida essa etapa, aí sim, essa condição da ação ou essa questão de ordem pública poderá ser considerada pelo juiz.

Trazendo essa concepção para a questão da prescrição, chegamos à conclusão que, ainda que ela possa ser conhecida de ofício no Brasil, o que muitos juízes ainda não perceberam é que precisam antes intimar o autor para se manifestar sobre eventual decurso do prazo prescricional. Pode ser que o juiz tenha se enganado, pode não ser aquele o prazo correto para a causa em discussão e pode ser até que existe alguma causa de suspensão ou interrupção da prescrição que o autor não alegou ainda.

Em definitivo, portanto, o conhecimento da prescrição de ofício pode até afastar o ônus de o réu trazer essa alegação, mas não justifica que seja subtraído o contraditório prévio. Antes que o juiz pronuncie a prescrição, portanto, é indispensável que tanto o autor como o réu tenham tido a oportunidade de sobre ela se manifestarem.

4. ALGUMAS PALAVRAS SOBRE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE

Aproxima-se o momento de ser encerrada essa exposição, mas não poderia terminá-la antes de falar um pouco sobre a prescrição intercorrente, que é aquela que se configura no curso da tramitação de um processo. Caso este permaneça paralisado, por fato imputável ao autor, pelo mesmo prazo prescricional cominado à pretensão nele veiculada, estará configurada a prescrição intercorrente, com as mesmas consequências da prescrição originária.

Costumo dizer que o prazo de prescrição flui até que o direito à prestação seja satisfeito. Quando o credor ajuíza uma ação judicial para cobrar essa prestação, o prazo é interrompido e zera, mas volta a correr assim que o autor tiver que praticar qualquer outro ato processual. Com a prática desse novo ato processual — pode ser, por exemplo, a indicação do novo endereço do devedor — o prazo é novamente interrompido, até que o autor tenha que praticar o ato processual seguinte e assim por diante.

O autor só não pode deixar, portanto, que sua inércia dure por tempo suficiente para configurar a prescrição. Mas se a demora não for a ele imputável – porque o réu se esquivava de ser citado ou por que o Poder Judiciário é moroso mesmo, por exemplo –, aí não há que se cogitar de prescrição intercorrente. Existe até um enunciado de súmula, que consolida a interpretação consagrada nos tribunais, do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, segundo o qual «proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência» (Enunciado de Súmula n.º 106).

O Código Civil brasileiro contém uma regra (art. 202, *caput*), segundo a qual a prescrição somente pode ser interrompida uma única vez. Esse dispositivo, por óbvio, não pode ser aplicado à prescrição intercorrente, sob pena de criarmos a lógica do absurdo: bastaria que o devedor tumultuasse o processo pelo tempo necessário para se aproveitar da prescrição intercorrente. Esta forma de prescrição, insisto, somente se configura se a inércia for imputada ao autor.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prescrição é um dos institutos mais fundamentais do ordenamento jurídico e que se liga a um valor importantíssimo, que é a segurança jurídica. Essa preocupação perpassa diversos ordenamentos jurídicos, não sendo exceção os direitos brasileiro e peruano, que a contemplam.

A disciplina jurídica da prescrição, todavia, pode variar em cada país. No Brasil, foram observadas alterações significativas na matéria, adotadas com o fim pragmático de mitigar o excessivo número de processos em curso no Poder Judiciário. No entanto, pouco se refletiu sobre as suas consequências e até hoje a jurisprudência brasileira não tem se atentado para a necessidade de resguardar o prévio contraditório em relação à prescrição, tanto do ponto de vista do réu quanto do autor.

Considero que uma das maiores utilidades no estudo do direito comparado é trocar experiências. Ainda que cada país tenha sua realidade econômica, política, social e também jurídica, avaliar as vantagens e dificuldades que outros experimentaram é sempre um elemento importante a se considerar em qualquer proposta de reforma.

Espero, assim, que se algum dia se cogitar no Peru de alteração da disciplina da prescrição para permitir que ela possa ser conhecida de ofício pelo juiz, essas minhas breves considerações sobre os problemas que estamos enfrentando no Brasil sejam de alguma utilidade para vocês.

Mais uma vez, renovo meus agradecimentos pelo convite para o evento e pela generosa acolhida, esperando poder voltar mais vezes. Muito obrigado.

La evolución del Derecho de Daños en la Argentina. Influencia del pensamiento jurídico del Perú.

Pascual Eduardo Alferillo

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Primer paso trascendente: ampliación de los legitimados para reclamar el daño moral. – 3. Segundo paso trascendente: la evolución conceptual de daño resarcible. – 4. Tercer paso trascendente: la influencia de la evolución científica. – 5. Cuarto paso trascendente: la constitucionalización del derecho de daño. – 5.1. Cambio del centro de preferencia constitucional: del patrimonio al ser humano. – 5.2. Las zonas de tensión hermenéutica. – 5.2.1. De la responsabilidad civil al derecho de daños. – 5.2.2. La consolidación constitucional del deber de no dañar. – 5.2.3. El principio de la reparación integral. – 5.2.4. La flexibilización de la prejudicialidad penal. – 5.2.5. Cuestionamientos a las limitaciones del artículo 1078 del Código Civil. – 5.2.6. La transmisión iure hereditatis de la acción de resarcimiento a la luz de la doctrina de la CIDH. – 6. La influencia de la doctrina del Perú. – 7. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La invitación para participar de la conmemoración de los 30 años de vigencia del Código Civil del Perú invita a reflexionar brevemente respecto del desarrollo del Derecho de Daño en la Argentina y la influencia de las ideas jurídica peruanas en su evolución.

El punto de partida de este tiempo contemporáneo quedó marcado en Argentina con el retorno al sistema democrático un año antes de la sanción del Código Civil de Perú, en 1983. Ello sin lugar a hesitación marcó el inicio de una etapa de apertura interpretativa en los fallos y en la doctrina argentina.

En esta introducción cabe recordar como reguló la norma jurídica la actuación del juez en la valoración y cuantificación de los daños. En ese sentido, resalta como hito trascendente el mandato del artículo 15 que impone a los jueces el deber de juzgar siempre, negándoles la posibilidad de dejar de hacerlo bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes. De igual modo, sorprende que indique, en el artículo 16 de este Capítulo Preliminar fija el método hermenéutico que debe seguir para resolver una cuestión civil.

La sola referencia a estas dos normas pone en evidencia la importancia que tenía para Vélez Sársfield la función jurisdiccional como instrumento ineludible para la concreción de las finalidades del Código Civil. Así, se puede verificar que a lo largo de su articulado hace referencia al “juez” y a los “jueces” en más de doscientos cincuenta artículos y notas y, a la tarea de “juzgar”, en casi cincuenta citas.

En ese contexto, no sorprende el contenido del artículo 1084 del Código Civil cuando concretamente delega “a la prudencia de los jueces, fijar el monto de la indemnización y el modo de satisfacerla” cuando se ha frustrado una vida.

Paralelamente, el codificador omitió definir el concepto de daño resarcible, en general y de los rubros reclamables, en particular (artículos 506, 508, 511, 519, 522, 1068, 1069, 1078, etc.), detalle que marca la confianza del legislador en la magistratura por cuanto dejó a su arbitrio valorar y cuantificar los daños.

La trascendencia de la función judicial se mantiene con la reforma introducida por la Ley n.º 17711 la cual se nutre de una concepción presidida por el mayor protagonismo y, por ende, de mayor confianza en el rol conferido a los jueces para la consecución de la equidad (*aequitas*) como queda en evidencia en los artículos 522 (daño moral contractual), 656 (reducir pena de monto exagerado), 907 (hecho involuntario indemnización), 1069 (posibilidad de atenuar la indemnización), etc.

Finalmente, subrayar que el activismo judicial –de igual modo– es tenido en cuenta en el artículo 32 de la Ley n.º 25.675 (General del Ambiente)¹ y en la Ley n.º 24.240 (Defensa de los Consumidores).²

1 ALFERILLO, Pascual E. «Los riesgos ambientales y el Principio Precautorio». En *Revista del Derecho de Daños* n.º 2006-3 «Creación de riesgo - I». Editorial Rubinzal - Culzoni, p. 281.

2 ALFERILLO, Pascual E. «La función del juez en la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor». La Ley 2009-D, 967.

La delegación de facultades a la magistratura favoreció una constante evolución de la doctrina judicial y autoral en su actividad de valorar y cuantificar los daños. Tan amplio campo hermenéutico abierto a la discrecionalidad de los magistrados fue generando, en paralelo, la elaboración de pautas enunciativas de carácter genérico que procuran –de distintos modos– guiar y, a la vez, controlar la labor del juez en su tarea de cuantificar el daño resarcible.³

Para cerrar este introito es ineludible recordar que a la fecha tiene media sanción (Senadores) un proyecto de unificación del Código Civil y Comercial elaborado por la Comisión Dec. PEN 191/11 con retoques del propio Poder Ejecutivo que será tenido en cuenta en esta ponencia.

2. PRIMER PASO TRASCENDENTE: AMPLIACIÓN DE LOS LEGITIMADOS PARA RECLAMAR EL DAÑO MORAL

La Ley n.º 17.711/1968, además de las reformas de equidad antes mencionadas, introdujo una modificación sustancial al artículo 1078 del Código Civil autorizando el resarcimiento del daño moral cuando hubiere menoscabo causado por cualquier acto ilícito incluyendo los generados por el incumplimiento de los contratos (artículo 522 del Código Civil) y, no sólo, cuando provenía de un delito del derecho criminal como preveía la norma sustituida.

El otro aspecto modificado es la concesión de legitimación de los herederos forzosos para reclamar cuando del hecho hubiera resultado la muerte de la víctima.

El texto original del artículo generó observaciones críticas que encuentran su punto álgido en la proposición realizada por el Primer Congreso Nacional de Derecho Civil organizada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Córdoba (21/26 de mayo de 1927), en cuya Comisión n.º VIII «Responsabilidad civil por actos ilícitos», integrada, entre otros notables, por los doctores José F. Campi, Julio O. Ojea, Pedro León, Henoch D. Aguiar, Ernesto Cordeiro Álvarez, Héctor Lafaille, Molina Carranza, Arturo Orgazal, recomendó tener en cuenta para una futura reforma que “en los actos ilícitos, inclusive en los derivados del incumplimiento de los contratos, la indemnización debe comprender no solamente los daños y perjuicios patrimoniales sino también la reparación del agravio moral”.⁴

3 ALFERILLO, Pascual E. «Cuantificación de daños personales». La Ley 2007-D, 965.

4 Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba: [http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actaprimercongresodscivil.pdf/view?searchterm=actos ilícitos](http://www.acaderc.org.ar/biblioteca/biblioteca-virtual/actaprimercongresodscivil.pdf/view?searchterm=actos%20il%C3%ADTOS).

3. SEGUNDO PASO TRASCENDENTE: LA EVOLUCIÓN CONCEPTUAL DE DAÑO RESARCIBLE

En este sistema legal imperante, la labor de los juristas fue trascendental para marcar la mutación del contenido del «daño resarcible» que ha tenido a lo largo de la existencia del Código Civil.

En ese sentido, sin procurar hacer una acabada narración histórica es oportuno recordar, como lo hace Orgaz, que en los primeros tiempos únicamente se entendía resarcible la lesión de un derecho o de un interés legítimo. Al respecto exponía que «los artículos 1079 civil y 29 penal, sin perder su formal generalidad, tienen sustancialmente la debida limitación: la acción de resarcimiento pertenece a «toda persona» o al «tercero» que ha sufrido un perjuicio por causa del acto ilícito cometido contra otra persona; pero el perjuicio debe ser entendido en sentido jurídico, es decir, sólo ese perjuicio que resulta de la lesión de un derecho o de un interés protegido por la ley...».⁵ Esta limitación traía, por ejemplo, la exclusión de la legitimación de los concubinos, de los parientes alimentados por el fallecido, etc.

En una etapa posterior, se entendió — de igual modo — resarcible «el simple interés» no contrario a derecho que fuera precisado por Zannoni cuando dijo que «el daño lesiona un interés y por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyere el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que *ciertamente*, integraba la esfera de su actuar lícito — el agere licere —, es decir, de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión a ese interés — cualquiera sea éste — produce, en concreto, un perjuicio...».⁶

Más allá del temperamento antes expuesto, en tiempo actuales, en el plano doctrinario, la mayoría entiende como daño resarcible a las consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales (equiparando a este rubro con el daño moral), diferenciando entre el daño evento o biológico del daño consecuencia. Esta tendencia tiene una abierta preferencia, para cuantificar, por la aplicación de métodos economicistas que incluyen fórmulas de matemática financiera.⁷

5 ORGAZ, Alfredo. «El daño resarcible», correcciones e índice a cargo del abogado Miguel Domingo Martínez. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 1992, pp. 98/99.

6 ZANNONI, Eduardo A. «El daño en la responsabilidad civil». 2.ª edición actualizada y ampliada, 1.ª reimpresión. Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 29; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. «Teoría general de la responsabilidad civil». 9.ª Edición ampliada y actualizada. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pág. 170/175 describe el proceso evolutivo referenciado al adecuar su pensamiento.

7 Zavala de González, Matilde, Pizarro, Daniel R., Bueres, Alberto, Galdos, Jorge, etc.

En cambio, la tendencia que tiene una visión humanista, privilegia el resarcimiento de las víctimas, considerando al daño como unidad conceptual y clasificando los que puede recibir una persona en aquéllos que afectan, por una parte, su integridad psicofísica y social o, su integridad patrimonial; reconociendo a partir de ello que pueden derivarse de cada uno de ellos, daños patrimoniales o extrapatrimoniales.⁸

El proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial define en el artículo 1737 que «hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva» transformando en norma el pensamiento doctrinario.

En cuanto a la segunda forma de entender el «daño resarcible», la reforma no es precisa en su recepción.

4. TERCER PASO TRASCENDENTE: LA INFLUENCIA DE LA EVOLUCIÓN CIENTÍFICA

La evolución del conocimiento respecto del porqué de la existencia de las cosas y de las personas permite dejar de lado las aseveraciones axiomáticas que no fueron corroboradas por la ciencia y, a su vez, tener presente los nuevos paradigmas demostrados.

En ese sentido, en la actualidad la persona física es conocida en su esencia física misma al descubrirse el genoma humano que es el conjunto de secuencias de ADN que caracterizan a un individuo. En otras palabras, son las particularidades genéticas y hereditarias que componen a cada individuo que lo hace único y totalmente diferente a todos los demás de su especie.

De igual modo, el avance científico en la psiquiatría ha permitido conocer la estructura y funcionamiento de la mente humana y, con ello, favorecer la distinción conceptual y resarcitoria entre daño psíquico y daño moral que en otrora eran confundidos.

Estos ejemplos permiten aseverar que el saber jurídico no puede prescindir del conocimiento que aportan las otras ciencias para precisar con mayor exactitud el contenido resarcible de los distintos menoscabos que reclaman se les reconozcan su identidad, como es el daño biológico, el estético, al proyecto de vida, etc.

8 MOSSET ITURRASPE, Jorge, Pascual ALFERILLO y Lidia Garrido CORDOBERA, etc. Como se podrá verificar, el pensamiento de Carlos Fernández Sessarego influye en la construcción de esta tendencia.

5. CUARTO PASO TRASCENDENTE: LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑO⁹

5.1. Cambio del centro de preferencia constitucional: del patrimonio al ser humano

La última reforma constitucional (Santa Fe, 1994) reconoce en la parte dogmática «nuevos derechos y garantías» (Capítulo Segundo-Primera Parte), enumerando, en el artículo 41, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, en el artículo 42, la protección de consumidores y usuarios y, en el artículo 43, una acción rápida y expedita para proteger, entre otros derechos los datos sensibles de la persona.¹⁰

A su vez, en el inciso 22 del artículo 72, reconoció jerarquía constitucional a los Tratados Internacionales relacionados con los Derechos Humanos suscripto por el país, con la limitación de no derogar artículo alguno de la Primera Parte y ser complementarios de los derechos allí reconocidos.

Un repaso mínimo por el contenido de los Tratados Internacionales trae plena convicción que la *ratio* constitucional se focaliza en reconocer la personalidad jurídica de la persona humana marcando que entre ellas no existen diferencias. Donde hay un ser humano existe siempre una persona para el Derecho.

Ello fue expresado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando precisó «a los fines de establecer el sentido de la voz “persona” enunciada en el artículo 8, párr. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250), es válido recurrir al Preámbulo y al artículo 1 del citado ordenamiento, los cuales establecen que “persona” significa todo ser humano. Ello en virtud de la aplicación, por un lado, de la pauta de hermenéutica según la cual cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación y, por el otro, del principio conforme el cual las garantías emanadas de los tratados sobre derechos humanos debe entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes».¹¹

9 Alferillo, Pascual E., “La Constitución Nacional y el Derecho de Daños”, RCyS 2011-IV, 31

10 Rosello, Gabriela - Hise, Mónica, “Los derechos del consumidor en la Constitución y en la ley”; García Martínez Roberto, “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, en el capítulo “Los nuevos Derechos civiles constitucionales”, en libro “Los Derechos del Hombre - Daño y protección a la persona” coordinado por Carlos A. Gherzi, (Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1997), pág. 477 y 491.

11 Corte Suprema de Justicia de la Nación, 14/10/1997, «Arce, Jorge D.». La Ley 1997-F, 697; La Ley 1998-A, 326; Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional-Director: Daniel Alberto Sabsay. Editorial La Ley 2005, 325; DJ 1998-1, 404, AR/JUR/1160/1997.

En el mismo nivel se coincide en reconocer la máxima ubicación en la jerarquía normativa, al derecho a la vida, a la integridad de su persona, a la libertad e igualdad que tiene todo ser humano.

Sobre el particular Ekmekdjian sostiene que «los derechos personales tienen jerarquía superior a los patrimoniales. En efecto, los segundos dan una infraestructura económica destinada a posibilitar la realización de la persona humana, es decir de los primeros. A tal punto esto es así que los derechos patrimoniales pueden ser renunciados por el titular, en cambio los derechos personales, en principio, no».¹²

Sin lugar a duda, la reforma constitucional del año 1994, modificó definitivamente el clásico paradigma normativo nacional ubicando al ser humano, al hombre, por encima de los derechos patrimoniales.¹³

Este criterio fue reiterado por la Corte Federal en distintos pronunciamientos¹⁴ para consolidar la idea de que «el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo — más allá de su naturaleza trascendente — su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental».¹⁵

12 EKMEDJIAN, Miguel Ángel. «Jerarquía constitucional de los derechos civiles», L.L. 1985-A, p. 847. Este autor sistematiza la jerarquía de los derechos civiles de la siguiente forma: 1) Derecho a la dignidad humana y a la libertad de conciencia. 2) Derecho a la vida, a la integridad física, a la intimidad, a la educación. 3) Derecho a la información. 4) Los restantes derechos personales, en primer lugar los «Derechos-fines» y luego los «Derechos-medios». 6) Los derechos patrimoniales. Del mismo autor ver: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I (artículo 1 a 14). Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 88. En la misma opinión: MOSSET ITURRASPE, Jorge. «Otra muestra del "Derecho Privado Constitucional": La Constitución avanza sobre los privilegios concursales», Sup. CyQ 2004 (septiembre), 29.

13 CSJN, 16/10/2001, «M., M. c/ M. S. y A.S.», La Ley 2001-F, 505; DJ 2001-3, 657; ED 27/03/2002, 13; JA 2002-II, 425; Sup. Const. 2002 (agosto), 39; La Ley 2002-E, 299. En este fallo se consideró que «el derecho a la vida -comprensivo de la preservación de la salud- es el primer derecho de la persona humana reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, ya que siendo el hombre el centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental respecto del cual los demás valores tienen siempre carácter instrumental».

14 ALFERILLO, Pascual Eduardo y Juan Carlos PANDIELLA. «Daño a la persona. Valoración. Cuantificación. Visión jurisprudencial». Córdoba: Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, 2009), p. 15.

15 CSJN, 21/09/2004, A. 2652. XXXVIII, «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley n.º 9688», Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 39; DJ 29/09/2004, 339; DT 2004 (septiembre), 1286; DJ 06/10/2004, 394; RCyS 2004-IX, 122; ED 25/10/2004, 5; DJ 10/11/2004, 798; IMP 2004-21, 131; TySS //2004, 778. Con anterioridad este criterio se expuso con anterioridad por la CSJN, B. 605. XXII.; «Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar», 06/04/1993, T. 316, P.479; C 823 XXXV; «Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco

La decisión constitucional de priorizar al ser humano en *si proprio*, por encima de sus derechos patrimoniales, tiene influencia al momento de adoptar una decisión frente a una hipótesis de conflicto entre estos valores. Pues, sin la menor hesitación, la hermenéutica debe ser *in dubio pro homini*, siempre en favor del ser humano.¹⁶

Ello necesariamente conduce a una zona de tensión hermenéutica entre el contenido de la Constitución Nacional modernizada y el Código Civil decimonónico.

5.2. Las zonas de tensión hermenéutica

5.2.1. De la responsabilidad civil al derecho de daños

En la estructura del pensamiento clásico, donde imperaba la culpabilidad como factor de atribución del deber de resarcir, se buscaba un sujeto culpable (artículo 1067 C.C.) como centro de atención legal. Pero el proceso de humanización trasladó el foco concentrándolo en la víctima que padece el menoscabo.

En otras palabras, se pasó de la «responsabilidad civil» al «derecho de daños».

Ello no es un simple cambio en la denominación sino implica una transformación en la concepción ideológica, pues se pasó de centralizar el estudio de los factores de atribución para definir si el patrimonio del dañador debía responder por la indemnización a focalizar la preocupación

de Drogas Neoplásticas», 24/10/2000, T. 323, P. 3229, LL. 04-05-01, n.º 101.930. LL. 25-06-01, n.º 102.203; M. 375. XXXVI. «Monteserin, Marcelino c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud y Acción Social - Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas - Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad», 16/10/2001, T. 324, P. 3569, LL. 05-11-01, n.º 102.837. L.L. 23-08-02 (supl); S.2996; Resolución n.º 1699/01, 20/11/2001, T. 324, P. 3988; P. 709. XXXVI.; «Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo», 05/03/2002, T. 325, P. 292, E.D. 09-04-02, n.º 51.373. L.L. suplemento 24-05-02 J.A. 03-07-02. Con posterioridad al fallo referenciado en R. 638. XL.; «Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo», 16/05/2006, T. 329, P. 1638; M. 1503. XLI; RHE «Mosqueda, Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados», 7/11/2006, T. 329, P. 4918.

16 Da Rosa Júnior, Faustino, «El derecho contractual en el nuevo contexto del derecho civil -constitucional», 18/9/2008, http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=831. Este autor brasilero sostiene que «la Constitución es, en relación al derecho civil, no una extraña o invasora, sino el propio motor de reflexión, desde lo cual orbitan las demás fuentes normativas, incluso el Código Civil —que hace mucho perdió la posición central que tenía en el derecho privado— y el Código de Defensa del Consumidor. La dicotomía derecho público-derecho privado merece ser superada, en favor de la aplicación, al ordenamiento jurídico como un todo, de los valores y principios constitucionales, se priorizando la persona humana y el respeto a su intangible dignidad».

en la víctima del daño, en como resarcirla adecuadamente con equidad. Ello facilitó, por ejemplo, condenar al Estado cuando ocasiona daño por su actividad lícita.

Sobre el tema, Garrido Cordobera sostiene que «dada la situación actual de complejidad del mundo en que vivimos, la vulnerabilidad a la que estamos expuestos y los principios rectores de los Derechos de Daños, es que volvemos a sostener que la mejor herramienta con que se puede lograr la distribución de los daños para poder ser soportado por quién mejor pueda absolverlos, y que ellos no pesen sobre las víctimas inocentes de los daños injustamente sufridos».¹⁷

5.2.2. La consolidación constitucional del deber de no dañar

La Corte de Justicia de la Nación, en fecha 5 de agosto de 1986, emitió tres pronunciamientos que se han constituido en hitos trascendentales en el tema, al marcar la estrecha vinculación entre el contenido de la Constitución Nacional y el Derecho de daños.

Así, en el caso «Gunther»,¹⁸ como en «Santa Coloma»,¹⁹ aseveró que el principio del *alterum non laedere* tiene su raíz constitucional en el artículo 19 de la Constitución Nacional al entender que tanto las acciones públicas como las privadas son alcanzadas por la autoridad de los magistrados cuando perjudican los derechos de terceros quedando en la esfera de reserva personal únicamente las acciones privadas que no ofenden la moral pública ni el derecho de otro.

A partir de esta premisa se juzgó que «la responsabilidad que fijan los artículos 1109 y 1113 del Código Civil sólo consagra el principio general establecido en el artículo 19 de la Constitución Nacional que prohíbe a los “hombres” perjudicar los derechos de un tercero». Razón por la cual «la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, sino que expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica».²⁰

17 GARRIDO CORDOBERA, Lidia M.R. «Casos de Responsabilidad Civil» - Colección académica. Buenos Aires: La Ley, 2004, p. 1. La autora sostiene que «aceptar que los cambios sociales tienen entidad suficiente para nutrir al Derecho es aceptar el reto de solucionar los conflictos que nuestra realidad nos presenta hoy».

18 CSJN «Gunther, Fernando Raúl c/ Estado Nacional (Ejército Argentino) s/ sumario», 5/8/1986, T. 308, P. 1118.

19 CSJN, 05/08/1986, «Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.», T 308 F 1160. El otro pronunciamiento de ese día es «Honorio Juan Lujan v. Nación Argentina», T. 308 F. 1110.

20 CSJN, «Gunther...», *cit.*

Como se colige, la hermenéutica de la Corte Federal, no sólo reconoce origen constitucional al deber de no dañar sino que determinó el carácter de norma reglamentaria de la Constitución que tiene el Código Civil, razón por la cual, la normativa privada expande su influencia a las otras disciplinas jurídicas.

Este criterio ha permanecido inalterable en la doctrina judicial de la Corte Federal y en los tribunales inferiores.²¹

El otro punto destacable de la sentencia dictada en «Gunther», es la consagración de la igualdad ante la ley de los sujetos dañadores cuando juzgó que «ninguna disposición constitucional destaca la posibilidad de un tratamiento distinto entre las personas privadas o públicas (Estado) y el artículo 100 de la Carta Magna menciona a la Nación como justiciable por cualquier clase de causa».²²

La reforma constitucional de 1994 al elevar, al máximo rango normativo, al derecho a la vida, a la integridad de la persona y su patrimonio ha consolidado el principio de no dañar.

5.2.3. *El principio de la reparación integral*

La contracara del deber de no dañar es indudablemente el derecho de los damnificados a ser resarcidos de los menoscabos padecidos. Con relación a este derecho se pueden verificar dos etapas en la evolución conceptual: del derecho a ser simplemente resarcido se pasó al derecho a obtener una «reparación integral».

El resarcimiento que correspondía por cada tipo de daño padecido fue legislado por el Código Civil de un modo flexible, dejando al arbitrio judicial la valoración y cuantificación de los mismos. Es por ello que el estudio de la evolución del concepto de daño resarcible en la doctrina

21 CSJN, 25/09/1997, «L., B. J. y otra c. Policía Federal Argentina», La Ley 1998-E, 528; V. 125. XXIII.; «Valenzuela, Rubén c/ la Nación (Estado Mayor del Ejército) s/ daños y perjuicios», 25/08/1992, T. 315, P. 1731; A. 2652. XXXVIII.; «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley n.º 9688», 21/09/2004, T. 327, P. 3753; R. 1398. XLI; REX «Ramírez, Juan Carlos c/ E.B.Y. s/ daños y perjuicios», 05/06/2007, T. 330, P. 2548; O. 271. XL; REX «Otero de Cufre, Sara Beatriz c/ Avícola Capitán Sarmiento S. A. y otro s/ indemnización por fallecimiento», 30/10/2007; A. 436. XL; RHE «Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pamental Peluso y Compañía S.R.L.»; 08/04/2008, T. 331, P. 570 B. 3534. XXXVIII; RHE «Bernald, Darío c/ Bertoncini Construcciones S.A.», 18/06/2008, T. 331, P. 1488; 22/12/1993 • Navarrete, Margarita Reina y otro c. Nación Argentina (Ministerio de Educación y Justicia – Servicio Penitenciario Federal –), entre otros.

22 CSJN «Gunther,...», cit.

civilista resulta importante dado que sobre la base de la labor de los autores y jurisprudencia, se amplió su contenido.

En cambio, es del ámbito del análisis de la constitucionalidad de las sentencias donde surge el concepto de «reparación integral» que fue sistemáticamente empleado para medir la existencia o no de arbitrariedad en la valoración y cuantificación de los perjuicios realizada por los tribunales inferiores.

En este sentido, se verifica de la lectura de los fallos emitidos por la Corte Suprema de la Nación que el término no es de empleo exclusivo del derecho resarcitorio aquiliano, sino se lo ha utilizado para medir la justicia de las indemnizaciones en las expropiaciones²³ y en el cumplimiento de las retribuciones en las contrataciones para realizar obras públicas,²⁴ en la actualización monetaria^{25 26}, etc.

Sin embargo se observa que la Corte Federal no ha sido muy elocuente en conceptualizar en sus fallos el carácter constitucional del derecho a la reparación integral sino, como se expresó *supra*, lo utiliza

-
- 23 CSJN, «Nación c/ Roca de Schröder, Agustina», 1976, T. 295, P. 157; «Provincia de Buenos Aires c/ Saico S.A.», 1985, T. 307, P. 1306, entre otros. En las expropiaciones ocupa un lugar especial el tema de que si la imposición de las costas por su orden afecta la reparación integral. En un sentido, muy negativo y contrario a la constitucionalización del derecho codificado sustancial y procesal, se ha pronunciado Laplacette, Carlos José, «La reparación integral. Problemas de un concepto innecesario y erróneo», La Ley 2008-C, 961 quién llega a decir que «no es la Constitución Nacional el lugar donde deben buscarse respuestas a decisiones legislativas que simplemente no son de nuestro agrado. De lo contrario, el derecho constitucional se trivializa y con él la autoridad de nuestra Carta Magna».
- 24 CSJN, S. 26. XXII.; «SACOAR SAIC. c/ Dirección Nacional de Vialidad s/ ordinario», 31/10/1989, T. 312, P. 2043; «Pensavalle S.R.L. c/ Nación», 1976, T. 296, P. 729; E. 136. XXXIV. «Echenique y Sánchez Galarce S.A. c/ Instituto de Vivienda del Ejército s/ sumarísimo», 24/04/2001, T. 324, P. 1315; «Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C.F.I. c/ Dirección Nacional de Vialidad», 1984, T. 306, P. 1409; entre otros.
- 25 CSJN, L. 33. XXII.; «Lo Iacono, Osvaldo José c/ Consejo Nacional de Educación Técnica CONET», 30/08/1988, T. 311, P. 1722; «Pillet, Jorge Carlos c/ Nación», 1961, T. 249, P. 320; «Argos Compañía Argentina de Seguros Generales S.A. c/ Provincia de Buenos Aires», 1975, T. 293, P. 710; C. 88. XXXI. «Carello, Juan Miguel y otro c/ Camba Cua SAAGMS. y otro s/ lesión y/o muerte de pasajero transporte aéreo», 20/08/1996, T. 319, P. 1486; «Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires», 1976, T. 295, P. 973; «Scordo, Humberto Francisco c/ S.A. Lago Electric», 1977, T. 299, P. 125; «Pérez de Neglia, María del Carmen c/ Facchini, Gino y otra», 1977, T. 297, P. 445; «SAFAC, S.A. Cía. Fabril, Comercial y Financiera c/ Celulosa Argentina S.A.», 1979, T. 301, P. 45; «Stabilito, Bartolomé y otros», 1980, T. 302, P. 1016; «Villariño Malleiro, Raquel c/ Luis Paulino suc.», 1981, T. 303, P. 2010; «Asís de Álvarez, Julia Ester c/ Ferrocarriles Argentinos», 1981, T. 303, P. 1445; «Banco Nacional de Desarrollo c/ José Antonio Silva», 1981, T. 303, P. 378, entre otros.
- 26 CHIARAMONTE, José Pedro. «El principio de la reparación integral en las obligaciones de dinero». La Ley 1976-D, 239.

como parámetro cuando revisa, conforme su arbitrio, el contenido de los fallos puestos en crisis por los recursos extraordinarios.

Sólo el voto de Luis María Boffi Boggero precisa que «el principio de la reparación integral que gobierna, entre otros, a la responsabilidad aquiliana, exige que se coloque a los damnificados en las mismas condiciones en que habrían estado de no haberse producido el hecho ilícito».²⁷ Esta opinión, sin duda, autorizaba a trasponer los límites resarcitorios impuestos en la reglamentación civil, pues se pasaba de la reparación legalmente autorizada a la posibilidad de resarcir otros rubros que la sociedad entendía debían ser reparados.

De igual modo, se juzgó en un caso de responsabilidad contractual que «el principio de la reparación justa e integral debe entenderse como compensación con iguales características, de manera que se mantenga la igualdad de las prestaciones conforme al verdadero valor que en su momento las partes convinieron y no una equivalencia numérica teórica».²⁸

El expreso reconocimiento del *status* constitucional del derecho a la reparación integral se verifica de un modo indirecto en «Pérez, Fredy Fernando» cuando la Corte entendió que «el principio constitucional de la reparación integral no justifica que sean sorteadas explícitas normas procesales que determinan el preciso alcance de la competencia apelada y que hacen a la tutela de la defensa en juicio».²⁹

Pero es, en el caso «Aquino Isacio», donde expresamente reconoce la íntima vinculación existente entre el deber de no dañar y el derecho a la reparación integral, cuando se juzgó que «el artículo 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero: *alterum non laedere*, que se encuentra entrañablemente vinculado a la idea de reparación».³⁰

27 CSJN, «Lucena, Rafael y otro c/ Nación», 1961, T. 250, P. 135. En igual sentido: Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, 18/04/1950, «Heinz, Felipe c. La Continental (Cía. de seguros)», La Ley Online cuando dijo que «la reparación del daño debe ser integral; es decir, debe restablecerse el estado de cosas que hubiera existido si la circunstancia que obliga a la indemnización no hubiese sobrevenido».

28 CSJN, «Vieytes de Fernández, Juana Suc. c/ Provincia de Buenos Aires», 1976, T. 295, P. 973.

29 CSJN, P 263 XXVIII; «Pérez, Fredy Fernando c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos s/ sumario», 24/08/1995, T. 318, P. 1598.

30 CSJN, A. 2652. XXXVIII.; «Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes Ley n.º 9688», 21/09/2004, T. 327, P. 3753; E.D. 25/10/04, n.º 52.021; E.D. 15/11/04; L.L. 17/11/04; J.A. 24/11/04; L.L. 01/12/04, n.º 108.383; E.D. 03/12/04. En autos M. 687. XXXVIII; REX «Mesquida, Gregorio Hugo y otro c/ Estado Nacional - Armada Argentina y otro s/ accidente en el ámbito militar y fuerzas de seguridad», 28/11/2006, T. 329, P. 5382, la disidencia parcial de los Dres. Juan Carlos Maqueda y Luis Roberto Rueda fijo el mismo criterio al reconocer «el derecho a una reparación integral en los términos del deber constitucional de no dañar a otro».

Posteriormente, la Corte Federal, en el marco de la internacionalización de nuestro derecho interno, amplió el concepto de reparación integral cuando dijo: «el deber de investigar y sancionar a los responsables de las violaciones de los derechos humanos, como una de las formas de reparación integral impuesta por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe ser asumido por el Estado como un deber jurídico propio a fin de no incurrir en responsabilidad internacional».³¹

Como se colige, la hermenéutica de la Corte Suprema sobre el constitucional principio de «reparación integral», actualmente, supera el clásico concepto de justo resarcimiento de los menoscabos (tanto aquiliano o contractual, ampliación de los rubros incluidos y cuantía adecuada), para incluir el deber estatal de investigar, reprimir y resarcir los daños derivados de las violaciones de los Derechos Humanos.

En el proyecto de Unificación del Código Civil, en el artículo 1740 se recepta este principio bajo la denominación de «Reparación plena» definiendo que “consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie...».

5.2.4. La flexibilización de la prejudicialidad penal

La primera flexibilización de la rigidez del artículo 1101 del Código Civil que impone la prejudicialidad penal para el dictado de la sentencia civil, fue expuesta por la Corte de Justicia de la Nación cuando en «Ataka c/ González» juzgó que «la existencia de una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa, produciendo una efectiva privación de justicia».^{32 33}

Al momento de dictarse el fallo por la Corte Federal, cabe subrayar que aún no se habían incorporado al texto de la Constitución Nacional los distintos Tratados Internacionales (artículo 75 inciso 22 C. N.), razón por la cual la limitación operativa del artículo 1101 del Código Civil se fundaba

31 CSJN, E. 224. XXXIX.; «Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa - Bulacio, Walter David», 23/12/2004, T. 327, P. 5668 (Voto del doctor Antonio Boggiano).

32 CSJN, noviembre 20-973, «Ataka Co. Ltda. c. González, Ricardo y otros», La Ley, T. 154 p. 85. *Idem* fallos T. 246, p. 87, Rev. La Ley T. 98 p. 289; T. 272 p. 188, Rev. La Ley T. 133, p. 414. En ese fallo completo su pensamiento asegurando que «[...] la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial debe pronunciarse sin supeditar su fallo “hasta tanto recaiga pronunciamiento en sede penal”, pues si existen demoras en ese trámite – más de cinco años – la dilación ocasiona agravios a la garantía constitucional del derecho de defensa [...]».

33 ALFERILLO, Pascual Eduardo. «Flexibilización de la prejudicialidad penal». *Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros*, año IV n.º VI - noviembre 2002, p. 37.

en la inobservancia del mandato implícito contenido en el artículo 18 de la Constitución Nacional.³⁴

Es decir, en esta primera etapa de apertura interpretativa, los argumentos de la jurisdicción están direccionados a la consagración del derecho de defensa al entender que le asiste a los accionantes el derecho a un debido proceso que no se ve cumplido cuando la sentencia civil queda pendiente, *sine die*, al dictado del fallo en sede criminal.

En la nueva era constitucional, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) cuando establece que la sentencia civil deberá dictarse en un plazo razonable, da sustento a la flexibilización de la prejudicialidad penal.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación reafirmó sus convicciones perfeccionando el concepto de privación de justicia, en varios pronunciamientos (312-2434; 311-1604; 305-913, etc.) al juzgar que es inconstitucional la prolongación indefinida de los procesos. Ello al punto de sentenciar en un caso paradigmático, luego de intimar a un Superior Tribunal de Justicia provincial a pronunciarse sin dilación alguna que «la garantía de la defensa en juicio significa el derecho a obtener una decisión».³⁵

A su vez, en el caso «Zacarías, Claudio H. vs. Provincia de Córdoba y otros», estableció como doctrina que «la postergación de la sentencia civil hasta tanto se dicte el fallo penal impuesta ante la dualidad de procesos originados en el mismo hecho, debe ceder cuando la suspensión determina una dilación indefinida en el trámite y decisión de este juicio que ocasiona agravio a la garantía constitucional de derecho de defensa y produce una denegación de justicia».³⁶

Esta línea de pensamiento, fue recepcionada posteriormente por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza,³⁷ la Corte de Justicia de

34 BIDART CAMPOS, Germán. «La duración razonable del proceso», L.L. T. 154 p. 85; BOFFI BOGGERO, Luis María. «Tratado de las Obligaciones», T. 6 (Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1985), p. 223.

35 CSJN, Fallo 323-747.

36 CSJN, 28/04/1.998, Fallo 321-1124. En igual sentido, CNCiv., sala F, 2001/12/05 «Carvajal Víctor c. Fronteras, Tomás R.», doctrina Judicial 22/05/2002 - Año XVIII n.º 21, p. 263.

37 Suprema Corte de Justicia Mendoza, n.º 00199198 Sala: 1, 29-06-2000, n.º 68195 - Velásquez Patricia y otra, en J. Velásquez c/ Cristóbal Moreno López p/ Daños y perjuicios - Ordinario-Casación», Libro S296 Fojas: 046. Este tribunal entendió que «la suspensión del dictado de la sentencia civil hasta tanto recaiga resolución en sede penal no es una regla legal absoluta; por el contrario, ella debe compatibilizarse con los principios constitucionales de acceso a la justicia y al derecho a obtener una decisión dentro de un tiempo razonable [...]». Por lo cual «[...] cabe dictar sentencia civil aunque no haya recaído sentencia en sede penal si por su magnitud la pendencia impide en forma real el derecho de defensa en juicio».

Tucumán,³⁸ el Superior Tribunal de Santiago del Estero,³⁹ la Suprema Corte de Buenos Aires,⁴⁰ Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁴¹ y la minoría en el Tribunal Superior de San Luis.⁴²

-
- 38 Corte de Justicia Tucumán, 28/12/2000, Sent. n.º 1137 «Santillán Viuda de Villagra, Lola Elvira vs. Municipalidad de San Miguel de Tucumán s/ Daños y perjuicios»; 19/12/2000, Sent. n.º 1089 «Roquera, Darío Leoncio c/ Sol San Javier S.A. s/ Daños y perjuicios». Este organismo jurisdiccional afirmó que «[...] el exceso de tiempo transcurrido desde el siniestro, la dilación en el trámite de la causa penal, el estado procesal de la misma, la imposibilidad para los actores de instar aquel proceso, el tiempo transcurrido desde la suspensión dispuesta por esta Corte sin avances significativos, el desistimiento de la acción civil respecto del imputado en la causa criminal y las circunstancias personales de la víctima (persona de avanzada edad) configuran una excepción al principio de la prejudicialidad (artículo 1101 del Cód. Civil), e imponen la necesidad de dictar la sentencia civil, sin esperar el pronunciamiento penal».
- 39 Supremo Tribunal de Santiago del Estero, 15/5/2000, «Herrera de Celiz, Elsa Alicia y otros c/ Paz Gustavo Ramón y/u Otros s/ Daños y Perjuicios – Casación». Este Tribunal aseveró que «[...] la norma legal de prejudicialidad penal que impone la suspensión en sede civil del dictado de la sentencia, mientras exista un proceso penal pendiente, no reviste carácter absoluto y habrá de estarse a las particularidades de cada caso, por cuanto las normas jurídicas aún las imperativas y de orden público, deben ser interpretadas razonablemente en función de las circunstancias particulares del caso concreto, en los principios generales del ordenamiento jurídico y de las normas de jerarquía constitucional que le atañen. Por eso toda vez que la pendencia del proceso penal sea de tal magnitud que impide en forma real el derecho de defensa en juicio, cabe dictar resolución civil, aún cuando no haya recaído sentencia en sede penal».
- 40 SCBA, causa Ac. 77.383, «Nastrucci, Stella Maris c/ Canal, Roberto y otro. Daños y perjuicios», 19/2/2002. El tribunal siguiendo los lineamientos marcados por el voto del Dr. Hitters sostuvo que «la aplicación aislada y literal del art. 1101 del Código Civil resulta irrazonable cuando no ha existido pronunciamiento definitivo en sede penal por una dilación sine die de dicho trámite. De lo contrario, se plasmaría una solución incompatible con un adecuado servicio de justicia (art. 15, Const. prov.) y con el derecho de obtener una sentencia en tiempo razonable (conf. artículos 18, 5 inciso 22 y ccs., Constitución nacional; 5 de la provincial y 8.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica)»
- 41 Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala civil y comercial, 08/06/2009, Sanmartino Javier Cematti S.A.I. y C. c. Lizzi, Jorge Osvaldo, DJ 16/12/2009, 3584. El tribunal sostuvo que «la excepción al principio de prejudicialidad establecido en el artículo 1101 del Código Civil puede concederse en aquellos casos en los cuales el interesado demuestre que el plazo de duración del proceso penal le generó un perjuicio lesivo de su derecho de defensa en los términos del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, ya que dicha excepción presupone inexorablemente una dilación “irrazonable”, “inusitada” e “injustificada” del proceso, que, de un modo manifiesto y serio, produzca una denegación de justicia».
- 42 Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de San Luis, 20/03/2001, «Caro, Mónica S. c. Comisión Asesora de Vivienda de la C.G.T.», regional San Luis, LL Gran Cuyo 2002, 129. El voto de la minoría sostuvo que «el principio de la prejudicialidad cede, cuando – como en el caso –, la causa penal se encuentra prácticamente paralizada, sin haberse identificado a ningún imputado y sin que se presenten indicios de que tal cosa va a suceder en un tiempo razonable».

5.2.5. Cuestionamientos a las limitaciones del artículo 1078 del Código Civil⁴³

Otros de los puntos donde se debate sobre la influencia de la Constitución Nacional en la normativa del Código Civil, es el relativo a la legitimación para reclamar el daño moral reglada por el artículo 1078 reformulado por la Ley 17.711.

El nuevo texto tiene una concepción de apertura, a pesar de poner coto a la legitimación para reclamar el daño moral cuando del hecho ilícito resultare la muerte de la víctima, autorizando únicamente a los «herederos forzosos». Sin embargo, la presión de la realidad social que aceptaba nuevas formas de convivencia requirió una mayor amplitud de la legitimación y ello fue recepcionado por la doctrina en las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) donde de *lege ferenda*, se aconsejaba «ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados, indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral». ⁴⁴

Esta evolución generó el surgimiento de una corriente interpretativa amplia la cual entendía, en la palabra de Kemelmajer de Carlucci, que resultaba suficiente para concederle legitimación la calidad potencial de herederos forzosos dado que la acción se reclama *iure proprio* y no *iure hereditatis* advirtiendo que la tesis contraria llevaría a rechazar la reclamación sino se tramita la declaratoria de herederos. Por otra parte, ésta autora entiende que sería absurdo que un padre –cuyo hijo ilícitamente fallecido tiene descendiente– pueda reclamar el daño material y no el moral.⁴⁵ En sentido concordante Zavala de González puntualiza que «una cosa es el orden hereditario y otra el de los afectos, además de que la finalidad del artículo 1078 es sólo circunscribir la legitimación a

43 ALFERILLO, Pascual E. «Límites de la legitimación para reclamar daño moral». La Ley 01/03/2012, 3, La Ley 2012-B, 17; «Reflexiones sobre el concepto y carga probatoria del daño moral», RCyS 2012-II, 128.

44 En las Segundas Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1984) el despacho A), suscripto por Alberto J. Bueres, Ramón D. Pizarro, Matilde Zavala de González, Silvana Chiapero de Bas, Beatriz Junyent de Sandoval, María E. Lloveras de Resk y Gabriel Stiglitz. ALFERILLO, Pascual Eduardo. «Daño a la vida...», *cit.*, pp. 320 y ss.

45 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. «Falta de legitimación de la concubina (y del concubino) para reclamar los daños y perjuicios de la muerte del compañero (o compañera) en un hecho ilícito», J.A. 1979-III-14; Comentario al artículo 1.085 en la obra «Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado». Belluscio, Augusto Cesar (Director) - Zannoni, Eduardo A. (Coordinador), tomo 5 (Buenos Aires: Ed. Astrea, 1984), p. 117.

ciertos allegados, pero no introducir alguna suerte de condicionamiento sucesorio».⁴⁶

Este cuestionamiento contra la limitación de la legitimación, como se verifica, aún se circunscribe a la interpretación sistemática interna del contenido del Código Civil.

En una segunda instancia, se profundizan, desde la doctrina judicial, las críticas contra la limitación reglada por el artículo 1078 C.C., cuando se estimó que «debe admitirse el reclamo de daño moral de la concubina, fundamentado en los preceptos constitucionales de protección de la familia (artículos 14 *bis* tercer párrafo, Const. Nacional; 17, 27 y conc. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, «Pacto de San José de Costa Rica»; 10 y 23 «Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos»), igualdad ante la ley (artículo 16, Const. Nacional) y doctrina emanada del artículo 1079 del C. Civil, en cuanto sienta el principio general de responsabilidad civil y, a su amparo, amplía el espectro de los legitimados para reclamar por daño».⁴⁷

Ello por cuanto, «el artículo 1078 del Código Civil es inconstitucional toda vez que viola la protección integral de la familia ya que en el mundo de hoy se considera familia aunque las personas no se encuentren unidas por matrimonio. También se viola la igualdad en la reparación de los daños, la que debe ser integral, toda vez que el artículo 1079 del Código Civil posibilita la legitimación activa a todos los damnificados indirectos con respecto a los daños materiales y el artículo 1078 se limita a algunos legitimados. Esta desigualdad jurídica va contra el principio de reparación integral. (artículo 19 de la Constitución Nacional)».⁴⁸

La doctrina autoral ha sostenido la ampliación de la legitimación expresando que «el actual artículo 1078 del C.C., en tanto impide el acceso a esa legítima reparación, no tiene posibilidad de sortear el test de

46 ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. Comentario al artículo 1078 en comentario, artículos 1067, 1084/85 en «Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial». T. 3 A artículo 1066/1116 «Obligaciones» - Alberto J. Bueres (Director) - Elena I. Highton (Coordinadora). Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999, p. 182.

47 CC0102 MP 127706 RSD-750-4 S 23-11-2004, «Rodrigo, Sandra E. c/ Bustos, Esteban s/ Daños y perjuicios», LLBA 2005, 133, JUBA Civil y Comercial B1404166.

48 Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, sala 2.^a, 26/12/2007, «C. M. y otro v. L. R. y otra». En el mismo sentido: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K, 16/05/2003, «J., S. A. c. Córdoba, Paulo D.», La Ley 2003-F, 1035, voto de la minoría, doctora Estevez Brasa y Juzgado Federal de 1ª Instancia de Concepción del Uruguay, 28/12/2004, «Ríos, María Hortensia, por sí y sus hijos menores y otra c. Mazur, Mario de Jesús y/u otros», LL Litoral 2006 (marzo).

constitucionalidad, y no sólo por resultar incompatible con el artículo 1079 del mismo cuerpo (que no restringe a ningún damnificado indirecto el acceso al resarcimiento del daño patrimonial), sino por resultar contraria al *alterum non laedere* (artículo 19 C.N.) desde una doble vertiente: (a) de un lado, porque para este principio es indiferente la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del interés lesionado para considerarlo jurídicamente “daño” y, consecuentemente, para habilitar la congrua indemnización; (b) y, de otro, porque la letra del artículo 1078 privilegia la situación del responsable por encima de los damnificados, jaqueando el derecho de estos últimos a la reparación integral del daño sufrido, a pesar del reconocimiento constitucional de esta posibilidad (artículo 21 Convención Americana sobre Derechos Humanos)». ⁴⁹

En el proyecto de Unificación de los Código Civil y Comercial se receipta este criterio aperturista en el artículo 1741 cuando se indica que «está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible».

5.2.6. *La transmisión iure hereditatis de la acción de resarcimiento a la luz de la doctrina de la CIDH*

Sin pretender agotar esta interesante temática, en la dogmática nacional, a diferencia de otros países, a partir del pensamiento defendido por el profesor LLambías⁵⁰ se consolidó la idea que la reclamación de los daños derivados del fallecimiento, únicamente podían ser reclamados *iure proprio* y no *iure hereditatis*.

El profesor y la doctrina que le ha seguido en su pensamiento se fundamentaron en dos pilares: a) La vida no constituye un bien con el alcance dado por el artículo 2.312 del Código Civil, por ende, no es

49 BORAGINA, Juan Carlos y Jorge Alfredo MEZA. «Inconstitucionalidad del artículo 1078 del Código Civil», *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Año IX, n.º XII - diciembre 2007, p. 44. En igual sentido: SAUX, Edgardo I. «El daño moral y la concubina ¿Ocaso del artículo 1078 del Código Civil? *Revista de la Responsabilidad Civil y Seguros*, año X - n.º V - mayo 2008, p. 47; F.A.S., «Daño moral del concubino», *Revista de la Responsabilidad Civil*, año IX - n.º X - octubre 2009, p. 80, entre otros.

50 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. «La vida humana como valor económico. Carácter de la acción resarcitoria por causa de homicidio: daño resarcible», J.A., *Doctrina* (Serie contemporánea - 1974), p. 624; BUSTOS BERRONDO, H. «Acción resarcitoria del daño causado por homicidio». *Jus*, 1962 - n.º 3, p. 80.

indemnizable y b) la muerte nunca configura un daño jurídico que pueda sufrir el propio interfecto, por lo tanto no puede adquirir un derecho a la indemnización para ser deferido a sus herederos.⁵¹

Nuestras observaciones críticas contra estos argumentos que impiden la reparación integral de los daños derivados del fallecimiento de una persona, han sido expuestas en distintos trabajos⁵² a los cuales remitimos para su compulsa, rescatando, en esta oportunidad, la intención de confrontar esta doctrina prevalente con la normativa contenida en los Tratados Internacionales que han sido incorporados al máximo nivel constitucional.

En ese sentido, se estima importante comparar el pensamiento de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con el de la Corte de Justicia de la Nación para extraer alguna conclusión sobre la convergencia normativa.

Sobre el punto, es imprescindible recordar la sanción, el 7 de diciembre de 1994, de la Ley n.º 24.411, en la cual se reglan los beneficios que tendrán derecho a percibir por medio de sus causahabientes, establece en el artículo 1 que «las personas que al momento de la promulgación

51 MOSSET ITURRASPE, Jorge. «El valor de la vida humana». 3.ª edición actualizada (Santa Fe-Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1996), p. 29; BORDA, Guillermo A. «La vida humana ¿tiene por sí sola un valor económico resarcible?, E.D. 114, p. 849; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Comentarios al artículo 1085 del Código Civil en «Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado». Belluscio (Director) - Zannoni (Coordinador), tomo 5, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984), p. 196; VENINI, Juan Carlos. «El valor de la vida humana», en el libro «Responsabilidad por daño contractual y extracontractual». Rosario-Santa Fe: Editorial Juris, marzo 1994), p. 760; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde. «Resarcimiento de Daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños», T. 4, n.º 111, p. 52, entre otros. En la doctrina española, cabe recordar el pensamiento de Santos Briz, Jaime «Derecho de Daños». Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, pp. 278 y ss. sostiene que «el caso práctico más frecuente e importante de reparación de daños es el motivado por muerte de una persona. Entonces el que perdió la vida, el mayor perjudicado por ello, no puede ser beneficiario de la reparación, que ha de ir a sus más próximos parientes. Tratándose de acción civil derivada de delito causante de la muerte, aquella es transmisible a los herederos del fallecido (artículos 104 y 105 del C.p.). En consecuencia, el T.S. ha declarado que la indemnización corresponde a los herederos del fallecido, no exigiendo con rigor el requisito del perjuicio directo. En cambio, tratándose de acción de reparación de daños derivados de culpa extracontractual, se excluye en la jurisprudencia a los herederos, pues no se considera el derecho de indemnización como ingresado en la herencia de la víctima a efectos de transmisión [...]».

52 ALFERILLO, Pascual Eduardo. «Daño a la vida. Valoración y cuantificación». Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 155; «Prospectiva de la legitimación para demandar la indemnización de los daños por fallecimiento». En *Responsabilidad Civil y Seguros*. La Ley, T. 2001, pp. 187 y ss.; «El resarcimiento del daño derivado de la frustración de la vida», RCyS 2014-II, 28.

de la presente ley se encuentren en situación de desaparición forzada,⁵³ tendrán derecho a percibir, por medio de sus causahabientes, un beneficio extraordinario equivalente a la remuneración mensual de los agentes Nivel A del escalafón para el personal civil de la administración pública nacional aprobado por el Decreto n.º 993/91, por el coeficiente 100...».

En el artículo 2 precisa que «tendrán derecho a percibir igual beneficio que el establecido en el artículo 1 los causahabientes de toda persona que hubiese fallecido como consecuencia del accionar de las fuerzas armadas, de seguridad, o de cualquier grupo paramilitar con anterioridad al 10-12-83...».

Por su parte, la Ley n.º 24.823 (B.O. 28/05/1997) incorporó el artículo 2 bis para aclarar que «la indemnización establecida por la presente ley tiene el carácter de bien propio del desaparecido o fallecido. En el caso de desaparición y en tanto la ausencia permanezca, será distribuida haciendo aplicación analógica del orden de prelación establecido en los artículos 3545 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de los derechos que reconoce el artículo 4º de esta ley...».

Esta normativa generó la emisión de algunos fallos que se transcriben en los cuales se debate sobre la legitimación para la percepción del beneficio y su naturaleza jurídica.

En ese sentido, se ha dicho que «el beneficio establecido por las leyes 24.411 (Adla, LV-A, 7) y 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) a favor de familiares de desaparecidos durante el proceso militar no es un bien adquirido *iure proprio* por aquéllos, pues, mediando fallecimiento comprobado o presuntivo judicialmente declarado del desaparecido, se trata de un bien recibido *iure hereditatis* que, por ende, debe ser integrado al acervo hereditario (artículo 1, Ley n.º 24.823)».⁵⁴

53 El artículo precisa que «a los efectos de esta ley, se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiera privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiera sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción».

54 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Santa Fe, sala I, 01/12/2000, «F., R. L. y otra», LL Litoral, 2001-697. En ese fallo, también se dijo que “habiendo fallecido el heredero forzoso de una persona desaparecida durante el proceso militar, la suma de dinero correspondiente al beneficio establecido por las Leyes n.º 24.411 (Adla, LV-A, 7) y n.º 24.823 (Adla, LVII-C, 2894) debe transferirse al juicio sucesorio de aquél heredero — en el caso, fue tramitado por los hijos del heredero forzoso fallecido — pues, se trata de un bien recibido *iure hereditatis*.”

En cambio, la Corte Federal juzgó, en el caso “Sánchez, Elvira Berta”, que «carecería de asidero legal que el Estado fijara una reparación pecuniaria o indemnización a favor de una persona ya fallecida (cfr. artículos 30,31 y 103 del Código Civil). Esto no significaría otra cosa que conceder personalidad jurídica a un muerto, lo que es enfáticamente rechazado en nuestra doctrina (cfr. Jorge Joaquín Llambías, Tratado de Derecho Civil, Parte General, tomo I, Ed. Perrot, 1984, p. 248). Ha tratado el punto con claridad Alfredo Orgaz, al expresar que «el derecho positivo puede libremente conferirla personalidad a diversos substratos, de modo que éstos sean el término de imputación de un conjunto de derechos y deberes jurídicos. Esta libertad del ordenamiento jurídico, sin embargo, reconoce sustancialmente ciertas limitaciones. Ante todo, es necesario que haya, como hemos dicho, un substrato real que pueda ser el soporte o el portador de la personalidad: en consecuencia, no pueden reputarse personas los muertos». Y agrega en su cita a pie de página: «En cuanto a los muertos, debe observarse, además, que la protección legal a su memoria, a su honorabilidad, etc., tiene inmediatamente en vista la protección de las personas vivas que podrían sufrir a causa del ultraje; los herederos del muerto carecen de acción, en ese carácter, para reclamar indemnización de los daños derivados del ultraje, pues no hay acción alguna a favor del muerto de la cual puedan aquellos ser herederos; sólo invocando algún perjuicio personal, sea material, sea moral, pueden los parientes del muerto, como ‘víctimas’, demandar la indemnización» (Cfr. «Personas Individuales”, Ed. Depalma, 1946, pp. 21/22 y nota 33 segundo párrafo, con destacado agregado)». ⁵⁵

Como se colige, el fallo de la Corte Federal, no así el de la Cámara de Santa Fe, se resiste aceptar la posibilidad que pueda existir en nuestra dogmática la transmisión *iure hereditatis* de la indemnización conferida al propio fallecido, empleando artilugios interpretativos que no se condicen con la actual evolución de la normativa civil que recibe influencia directa de la Constitución Nacional reformada.

55 CSJN, S. 1091. XLI «Sánchez, Elvira Berta c/ M. J. y DD. HH. - artículo 6 Ley n.º 24.41 (Resol. n.º 409/01). 22/05/2007. En el mismo sentido: Cámara Nacional Civil, Sala M, 22/02/06, expediente n.º M446433, «Marzocca, Petra c/ Marzoca, Ángela s/ Declaración de causahabientes» (Sumario n.º 16841 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín n.º 4/2006); Lexis Nexis Jurisprudencia Argentina del 26/04/2006, p. 62; tomo 2006-II, donde se dijo que «no desvirtúa lo expuesto que el artículo 2 bis de la Ley n.º 24.823 disponga que la indemnización tiene el carácter de bien propio del desaparecido o fallecido, pues debe otorgársele a esta expresión el alcance adecuado dentro del contexto completo de la norma, la que se remite sólo analógicamente a normas de Derecho Sucesorio, a los efectos de determinar el orden de pelación en base al cual debe distribuirse el beneficio respectivo».

Para entender ello, basta decir que la hermenéutica contradice la parte *in fine* del inciso 1 del artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José 1969) que autoriza la reparación de la violación de los derechos y libertades con el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Es decir, la intención de la Convención mencionada es la de resarcir a la víctima directa del menoscabo de sus derechos y no *iure proprio* a sus herederos.

Para verificar, este sentido de la ley, es suficiente con transcribir la doctrina expuesta en «Aloeboetoe», que es uno de los casos paradigmáticos de la CIDH.

En dicho pronunciamiento se interpretó y se reitera constantemente, que «los daños sufridos por las víctimas hasta el momento de su muerte dan derecho a una indemnización. Ese derecho de las víctimas se transmite por sucesión a sus herederos”. Ello por cuanto, «la indemnización que se debe pagar por el hecho de haber privado a alguien de su vida es un derecho propio que corresponde a aquellos que han resultado perjudicados. Por esta razón, la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados acepta generalmente que el derecho de solicitar la indemnización por la muerte de una persona corresponde a los sobrevivientes que resultan afectados por ella. Esa jurisprudencia establece una distinción entre los sucesores y los terceros perjudicados. En cuanto a los primeros, se presume que la muerte de la víctima les ha causado un perjuicio material y moral y estaría a cargo de la contraparte probar que tal perjuicio no ha existido. Pero los reclamantes que no son sucesores, tal como se expone más abajo (*cf. infra*, párr. 68), deben aportar determinadas pruebas para justificar el derecho a ser indemnizados».⁵⁶

Cabe aclarar que la concesión de la indemnización a la víctima directa (fallecida) no implica, de modo alguno, que se cercene la posibilidad de los

56 Corte Interamericana de Derechos Humanos, «Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam», Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas). En igual sentido: «Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá», Sentencia de 12 de agosto de 2008, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas); «Trujillo Oroza vs. Bolivia», Sentencia de 27 de febrero de 2002 (Reparaciones y Costas); «Los niños de la calle», «Villagrán Morales y otros vs. Guatemala», Sentencia de 26 de mayo de 2001 (Reparaciones y Costas); «Caballero Delgado y Santana vs. Colombia», Sentencia de 29 de enero de 1997; «Bámaca Velásquez vs. Guatemala», Sentencia de 22 de febrero de 2002, (Reparaciones y Costas); «Myrna Mack Chang vs. Guatemala», Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas), entre otras.

familiares o víctimas indirectas para reclamar el resarcimiento padecido *iure proprio*. Ambos resarcimientos no son incompatibles.⁵⁷

El proyectado Código unificado, en el artículo 1741, cierra la posibilidad de reclamar *iure hereditatis* la indemnización de las consecuencias no patrimoniales cuando reglamenta que «la acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste». Es decir, condiciona la transmisibilidad al inicio de la acción por el damnificado directo.

El problema hermenéutico que presenta esta norma, es cuando haya una gran discapacidad, por cuanto la jurisdicción deberá definir cuándo se verifica, porque a partir de ello se abriría la legitimación de los damnificados indirectos, a título personal; *iure proprio*.

6. LA INFLUENCIA DE LA DOCTRINA DEL PERÚ

El derecho privado argentino, en este momento se encuentra en un estado de transición, por cuanto no se puede negar la influencia que está ejerciendo el contenido de la Constitución Nacional, especialmente a partir de la reforma de 1994, que permite aseverar que el Código Civil decimonónico, está profundamente reformulado en su contenido. Especialmente, en el Derecho de Familia por el Interés Superior del Niño, en el Derecho de los Contratos por influencia de los derechos de los consumidores y, en el Derecho de Daños, por la humanización que prioriza a las víctimas.

Los nuevos paradigmas de la sociedad receptados en los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos, fue la prioridad indicada a la Comisión redactora del proyecto de Código unificado, Decreto PEN n.º 191/11.

A poco que se indague, el pensamiento del impulsor de la reforma del Código Civil del Perú, doctor Carlos Fernández Sessarego y de los juristas que comparten su pensamiento, se ve reflejada en la normativa proyectada y en la hermenéutica de los tribunales argentinos, quienes tienen que dirimir la tensión existente entre el contenido de la Constitución nacional y el Código Civil redactado por Vélez Sársfield.

57 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los «Los niños de la calle» (Villagrán Morales y otros). Reparaciones, *supra* nota 3, párr. 68; Caso de la «Panel Blanca» (Paniagua Morales y otros). Reparaciones, *supra* nota 4, párr. 85; y Caso Castillo Páez. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C n.º 43, párr. 59; Caso Trujillo «Oroza vs. Bolivia», Sentencia de 27 de febrero de 2002, (Reparaciones y Costas), entre otros.

En Perú, la directriz humanista dada al Código Civil de 1984, se ha visto consolidada por la reforma de la Carta Política de 1993, la cual reguló prioritariamente a la persona humana y a la sociedad por encima del Estado y la Nación.

En ese sentido, se levanta como el punto de referencia, el contenido del artículo 1, donde se precisa que «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado».

Como se colige, este artículo no sólo declara como centro de la atención prioritaria, a la persona humana, sino que impone el deber de todos los ciudadanos de defender a la misma.

En Argentina, sin tener modificado su Código Civil, este criterio ha sido receptado por la Corte de Justicia de la Nación Argentina en sus pronunciamientos.

Sin embargo, en el Derecho de Daños, a pesar de la evolución que se ha marcado, aún encuentra resistencia en los pensadores que pregonan sistemas de valoración y cuantificación de los menoscabos, basados en criterios estrictamente materialistas o economicistas.

Esta ambivalencia ideológica se advierte en muchos fallos donde se proclama la defensa irrestricta de la persona humana, pero no se indemniza la vida del propio interfecto y se aplican criterios materialistas para valorar y cuantificar los rubros reclamables.

Ello también acontece en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial, en el cual se confiere una definición amplia de daño, en el artículo 1737 que incluye la lesión de los derechos e intereses no contrarios al ordenamiento jurídico y concordantemente se fija, en el artículo 1738, que «la indemnización comprende la pérdida o disminución del patrimonio de la víctima, el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de su obtención y la pérdida de chances. Incluye especialmente las consecuencias de la violación de los derechos personalísimos de la víctima, de su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia de su proyecto de vida». Pero, en el artículo 1746 se promueve la valoración de las lesiones o incapacidad física o psíquica mediante la aplicación de una fórmula de la matemática financiera, tendencia que está inspirada en la más rancia estirpe materialista.

Del análisis realizado se colige que la injerencia del humanismo, acunado en Perú, es evidente en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial y queda demostrado con la incorporación

de una categoría de daño que no tiene historia en el Derecho argentino, como es el menoscabo del proyecto de vida,⁵⁸ que fuere elucubrado por el profesor Fernández Sessarego y hoy receptado en los fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.⁵⁹

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Este breve recorrido por el Derecho de Daños permite que la normativa esencial de nuestros países se han pronunciados, con claridad cordillerana, por situar al Ser Humano, al Hombre en el centro del Derecho, desplazando al patrimonio a un segundo plano.

La consagración del humanismo en la norma ha dado un paso gigante en las últimas décadas para consolidar como premisa el respeto irrestricto de la integridad y dignidad del hombre, pero cabe advertir que este paradigma, en el Derecho de Daños, se ve siempre acosado por la influencia de los criterios economicistas que pretenden hacer primar sus intereses.

Ni un extremo ni el otro, el desafío es buscar el punto de equilibrio. A esta altura de la evolución social y jurídica no se puede pensar en soluciones autónomas donde primen los intereses sectoriales, sino que es ineludible que los responsables del dictado de las leyes piensen en sistemas integrados, en los cuales haya una perfecta concatenación y equilibrio entre los intereses en pugna, para una correcta y justa reglamentación de la actividad de riesgo, su aseguramiento y el resarcimiento integral de los daños en un tiempo razonable. Ello debe ser así, por cuanto la política que

58 FAPPIANO, Óscar L. «El daño al proyecto de vida en el proyecto de Código Civil de la República Argentina frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos», RC y S2000, 95, Online: AR/DOC/2505/2001; ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde M. «Daño a proyectos de vida», La Ley n.º 04/07/2005, 1, La Ley n.º 2005-D, 986, RC y S2005, 93, LLP 2005, 1153; DEPETRIS, Eduardo A. «El daño al proyecto de vida del trabajador en los fallos de la Corte», DJ 28/09/2011, 1; FIDELIBUS, José María. «Daño al proyecto de vida. Panorama actual a casi quince años de su arribo a la teoría de la reparación», RC y S2012-XII, 60; BURGOS, Osvaldo R. «El resarcimiento de los daños al proyecto de vida en el Código Unificado. Persona y reparación integral desde el enfoque de las capacidades», RC y S2012-XI, 17; FERNÁNDEZ, Silvia. «La realización del proyecto de vida autorreferencial. Los principios de autonomía y desjudicialización». Sup. Esp. Identidad de género - Muerte digna 2012 (mayo), 13, La Ley n.º 2012-C, 1008, entre otros.

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso «Atala Riffo y niñas vs. Chile». Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas), http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf; Caso «Gutiérrez Soler vs. Colombia». Sentencia 12 de septiembre de 2005, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf.

se determine para cada uno de esos sectores influye directamente en los otros.⁶⁰

Éste es el desafío de hoy para tornar operativo en la *praxis*, en la vida real, los principios del humanismo jurídico.

60 Fallo n.º 181/2000 STC España, BOE n.º 180 Suplemento viernes 28/julio/2000, p. 82. En esa sentencia se consideró que «uno de los sectores en el que el progreso social ha requerido un giro decisivo en la forma de entender el Derecho común de la responsabilidad civil, hasta provocar una cierta crisis del concepto tradicional, ha sido el de la responsabilidad derivada de los daños ocasionados por la circulación del vehículo a motor. Un ámbito que en la actualidad se estructura, fundamentalmente, a partir de un principio de socialización del riesgo, lo que ha exigido, al menos parcialmente, una inevitable superación del modelo de responsabilidad subjetiva basado exclusivamente en la culpa (reproche culpabilístico), para incorporar otras fórmulas jurídicas, como la del aseguramiento obligatorio, la creación de fondo de garantía o la supervisión pública de ciertas actividades vinculadas con el sector, mucho más próximas en sus fines a los principios de responsabilidad compartida y solidaria con los dañados que a la lógica inherente al principio clásico *naeminem laedere*, inseparable de la noción de culpa o negligencia...».

O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro *

Thiago Rodovalho**

Resumo: Trata-se de estudo que tem por escopo analisar o instituto jurídico da *renegociação contratual*. Para tanto, analisar-se-á a evolução e a transformação por que passou, ao longo dos anos, a própria idéia de contrato, mitigando-se (mas não se suprimindo) em determinadas circunstâncias o princípio do *pacta sunt servanda*, a fim de preservar a vontade original das partes com a contratação (base objetiva do negócio jurídico), inserindo-se, nesse contexto, o *dever de renegociação contratual* que se impõe às partes quando a perturbação ao cumprimento das obrigações ultrapasse a *álea contratual típica*.

Palavras-chaves: contrato – álea contratual – vontade – liberdade contratual – *pacta sunt servanda* – base objetiva do negócio jurídico – base subjetiva do negócio jurídico – perturbação do cumprimento das obrigações – equilíbrio – confiança – cooperação – limite de tolerância – vícios de origem – vícios de

* Esse trabalho corresponde a uma versão atualizada, inclusive revendo alguns posicionamentos anteriores, de estudo que já publicamos sobre o tema: THIAGO RODOVALHO e NELSON NERY JUNIOR. *Renegociação contratual*, in *Revista dos Tribunais*, v. 906, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 113 et seq.

** Doutorando e mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela PUC/Campinas (2001). Advogado em São Paulo (Basílio Advogados). Membro da Lista de Árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná – CAM-FIEP, do Conselho Arbitral do Estado de São Paulo – Caesp, da Câmara de Mediação e Arbitragem das Eurocâmaras – CAE, da Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial – Cbmae, e do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – Cebramar. Membro do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, do Instituto de Direito Privado – IDP e do Instituto Brasileiro de Direito Processual Civil – IBDP. Professor-Assistente Convocado de Arbitragem e Mediação na graduação da PUC/SP. Coordenador e Professor de Arbitragem na Escola Superior de Advocacia da OAB/SP. Autor de publicações no Brasil e no exterior (livros e artigos). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5142974418646979>.

execução – dever de renegociação – abuso de direito – revisão – resolução – sentença determinativa

SUMÁRIO: 1. Introdução. O contrato. Morte do contrato vs. transformações do direito contratual. Contrato como relação jurídica de cooperação. – 2. Fundamentos jurídicos do dever de renegociação contratual. Vícios de origem e vícios de execução. *Pacta sunt servanda* e base objetiva do negócio jurídico. – 2.1. Notas e considerações acerca do dever de renegociação contratual. – 2.1.1. Cláusula de renegociação [cláusula *hardship*]. – 2.1.2. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. Princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração. – 2.1.3. Conteúdo do dever de renegociar. Adimplemento e inadimplemento do dever de renegociar. – 2.1.4. Abuso de direito no exercício do direito à renegociação. – 2.1.5. Distinção entre renegociação e intervenção judicial nos contratos (revisão judicial do contrato e resolução contratual por onerosidade excessiva). – 2.1.6. Cláusula ou dever de renegociação contratual e intervenção do juiz no contrato. Sentença determinativa. – 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO. O CONTRATO. MORTE DO CONTRATO VS. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATUAL. CONTRATO COMO RELAÇÃO JURÍDICA DE COOPERAÇÃO

Entre as figuras do direito privado, o contrato (ao lado da propriedade) certamente se consubstancia em uma das mais polêmicas, mas é também uma das mais fascinantes. De figura incensada no século XIX à figura profundamente criticada no século XX.¹

Deste modo, para compreendermos como se situa, atualmente, o *dever de renegociação* nos contratos de execução diferida ou de longa duração, convém tecer breves considerações a essa transformação por que passou a concepção jurídica do contrato.

E para compreender-se essa transformação por que passou o contrato do século XIX para o século XX, duas codificações se apresentam como absolutamente essenciais: o Código Civil francês [*Code Napoléon*, 1804] e o Código Civil alemão [*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB, 1900], o

1 PINTO MONTEIRO, António. *Discurso*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 21: «O contrato é uma daquelas figuras que convoca ao debate temas sempre presentes nas preocupações da ciência jurídica. Ele espelha, de modo exemplar, na sua regulamentação jurídica, as tendências económicas, o modelo social, os postulados filosóficos, culturais e políticos de cada época [...] De «invenção admirável» a «frasco de perfume vazio»; de mecanismo privilegiado do relacionamento económico a instrumento de domínio; de expressão da personalidade humana a meio de opressão; de paradigma da justiça a veículo de abusos e iniquidade – eis alguns dos juízos antagónicos que o contrato suscita. Porventura residirá aí algo do seu fascínio».

primeiro, a codificação burguesa, o segundo, o mais perfeito diploma civil já elaborado em todos os tempos.²

Nesse contexto, o contrato, sob a égide inaugural do *Code Civil*, gozou de um período de pilastra mestra do direito privado [sempre ao lado da propriedade],³ *simbolicamente*⁴ [mas cuja simbologia revela a força de que gozava o contrato para o Código Civil francês] tido como *força de lei entre as partes* [CC fr. 1134 «*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*» (destacamos)].

Assim o era porque o, na época, novo código civil francês, e como expressão da Revolução Francesa, tinha também como objetivo expurgar a antiga *sociedade feudal*, assentada em um Estado de privilégios e *classes sociais estanques* [nobreza], procurando centrar a nova sociedade que se inaugurava na França nos ideais da *liberdade, igualdade* [que se revelou inicialmente uma igualdade meramente *formal*] e *fraternidade*.⁵

Essa suplantação da antiga *sociedade feudal* a que visava a Revolução Francesa [*Code Napoléon*], explica, em parte, a enorme influência que o *Code* teve ao redor do mundo, traduzindo-se no *código do século XIX* [impacto

2 NERY JUNIOR, Nelson. *Da proteção contratual*, in Ada Pellegrini GRINOVER et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo: Forense Universitária, 2007, 9.^a ed., p. 507. A esse respeito, v. também Franz WIEACKER. *História do direito privado moderno*, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, § 25, IV, 3, p. 554: «*De facto, como contribuição da técnica jurídica, o Código Civil Alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o código mais progressivo de todo o mundo da época e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do Code Civil, até então tomado como modelo exclusivo*».

3 O Código Civil era *le palladium de la propriété*, na expressão de Portalis [Jean-Etienne-Marie PORTALIS. *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux: Confluences, 1999, p. 15]. O próprio contrato, como observa Enzo Roppo, ocupava, de certa maneira, uma posição não autônoma, servil ao direito de propriedade, estando inserido, no *Code*, no capítulo referente aos *diversos modos de aquisição da propriedade* [Enzo ROPPO. *O contrato*, Coimbra: Almedina, 2009, § 4.2, p. 42].

4 Dizemos *simbolicamente* na atual compreensão que se tem dado à expressão *força de lei*. Nesse sentido, cfr. Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCHI, em comentário ao CC ita. 1372 [«*Efficacia del contratto. Il contratto ha forza di legge tra le parti*»], cuja redação é inspirada na do CC fr. 1134: «*l'espressione «il contr. ha forza di legge tra le parti» avrebbe carattere enfatico, e non un preciso significato giur*». [Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCHI. *Commentario breve al codice civile*, 9.^a ed. (a cura di Giorgio Cian), Padova: Cedam, 2009, coment. I CC ita. 1372, p. 1437].

5 Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 52. V. ainda Jean-Etienne-Marie PORTALIS. *Discours*, cit., p. 61: «*la nation française, qui a su conquérir la liberté par les armes, saura la conserver et affermir par le lois*».

formal e também de *conteúdo*],⁶ influenciando tanto novas codificações como sendo, até, simplesmente transposto para outras nações, que o adotavam integralmente [sua influência estendeu-se inclusive à

Alemanha, onde também chegou a ser adotado em algumas regiões,⁷ antes da promulgação do BGB em 1896 (que entrou em vigor em 1900)].

Tratava-se de nova codificação fortemente influenciada pelas doutrinas de DOMAT e POTHIER,⁸ na qual o *contrato*, como exercício da autonomia privada, traduzia-se na maior expressão da liberdade individual,⁹ e isso era tão caro aos franceses que ele, contrato, na célebre expressão FOUILLÉ, passava a ser identificado com a idéia de *justiça* (*justice contractuelle*)¹⁰ [*qui dit contractuel dit juste*].¹¹

-
- 6 Cfr. WIEACKER, Franz. *História, cit.*, § 19, IV, 3, p. 391: «O Code Civil é um código de direito privado de primeira plana. Na sua estrutura rigorosa e transparente, na sua linguagem clara e epigramática, na qual um Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores códigos alemães; a racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas partilha-a ele com os restantes dois. A sua forte tensão política confere-lhe uma coesão e uma pureza de estilo que, nos outros, acaba por ser mais característica do ALR, ainda proveniente de uma concepção do Estado do antigo regime, do que do ABGB».
- 7 Sobre a influência do Code Civil no direito alemão, *cfr.*, entre outros Franz WIEACKER. *História, cit.*, § 19, III e IV, pp. 385 *et seq.*, especialmente p. 389; e Ludwig ENNECERUS, Theodor KIPP e Martin WOLFF. *Tratado de derecho civil – parte general*, tomo I (Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho e objeto del derecho), 2.^a ed., Barcelona: Bosch, 1953, § 9, III, p. 28.
- 8 Na obra de Pothier, *cfr.*, por exemplo, Robert Joseph POTHIER. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro das consciências, e do foro externo*, trad. de José Homem CORRÊA TELLES, t. I, Rio de Janeiro-Paris: H. Garnier, 1906, § 3, p. 4, e § 85, pp. 58 *et seq.*
- 9 FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*. Paris: Librairie Hachete et Cie., 1885, 2.^a ed., III, p. 53 e V, p. 352: «La civilisation n'a fait que développer les vertus dont le contract dépend et qui sont les vertus sociales par excellence : le souci de la liberté personnelle, le respect pour la liberté des autres, la fidélité à sa parole, la confiance dans la parole d'autrui» [...] «La liberté individuelle est le point de départ, l'union fraternelle des libertés est le point d'arrivée». V. também Enzo ROPPO. *O contrato, cit.*, § 2.3, pp. 28/29.
- 10 Cfr. FOUILLÉE, Alfred. *La science, cit.*, III, pp. 45/47. Essa expressão *justice contractuelle* ganha nova roupagem na doutrina francesa moderna; *cfr.* Jacques GHESTIN e Christophe JAMIN. *Le juste et l'utile dans les effets du contrat*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução, cit.*, pp. 123 *et seq.*
- 11 FOUILLÉE, Alfred. *La science, cit.*, VI, p. 410: «En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste»; na tradução para o espanhol, *cfr.* Alfred FOUILLÉE. *La ciencia social contemporánea*, Madrid: La España Moderna, 1922, VI, p. 404: «En definitiva, la idea de un organismo contractual es idéntica á la de una fraternidad reglada por la justicia, pues quien dice organismo dice fraternidad, y quien dice contractual dice justo». V, ainda, estudo do autor sobre a *fraternidade* (e dignidade da pessoa humana), Alfred FOUILLÉE. *La science, cit.*, V, pp. 323 *et seq.*, especialmente p. 329.

Assim, esse novo código civil, que tinha como vigas mestres a *propriedade* e o *contrato*, criou o campo jurídico no qual a burguesia pôde desenvolver-se, consolidando as bases e as condições necessárias [ambiente de liberdade] para que o capitalismo se expandisse, traduzindo-se no século [século XIX] em que a Europa enriqueceu-se enormemente.¹²

A crítica que se faz –correta e necessariamente– ao *Code* e ao século XIX é a de que, conquanto liberdade e a igualdade [ainda que meramente formal] tenham se efetivado, o ideal da fraternidade [bem como a igualdade *substancial*] jamais se operou de fato.

Nesse cenário *jurídico* e *fático* em que se contentava com a mera igualdade formal e sem que se concretizasse o ideal da fraternidade, a estrutura hermética do *Code* não foi suficiente para dar as respostas necessárias exigidas pela sociedade.

Assim, se de um lado o *Code Napoléon* forneceu as bases necessárias ao desenvolvimento do capitalismo e ao enriquecimento da Europa, por outro lado, essa estrutura *fechada* do código civil francês contribuiu, e muito, para as distorções em matéria contratual [submissão da parte mais fraca], além das graves distorções sociais decorrentes dessa submissão.

E a Revolução Francesa, avessa à magistratura [formada na época por nobres do antigo regime], procurou em um código hermético a segurança jurídica de que precisava,¹³ daí porque a interpretação que se dava, inicialmente, ao *Code* era literal e exegética.

Em razão disso, o *pacta sunt servanda* foi levado às últimas consequências, de modo que a doutrina francesa interpretava com rigor a expressão segundo a qual o contrato «*tiennent lieu de loi*» entre as partes.¹⁴

12 Nesse sentido, *cfr.* José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *Função social da propriedade*, in Débora GOZZO, José Carlos MOREIRA ALVES e Miguel REALE. *Principais controvérsias no novo código civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 18/19. A *idade de ouro da liberdade absoluta* (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 738).

13 V. CC fr. 5.º «*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*». *Cfr.*, ainda, V. ainda Jean-Etienne-Marie PORTALIS. *Discours*, *cit.*, pp. 22 e 25: «*Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité [...] les lois commandent; il sert de boussole et les lois de compass*».

14 Nesse sentido, *cfr.* a exaltação de Demolombe, ao comentar o CC fr. 1134: «*Et d'abord, que toute convention, légalement formée, doive tenir lieu de loi aux parties, cela est d'évidence! cet effet-là est essentiel! puisque, autrement, la convention elle-même n'existerait pas*» [Jean-Charles Florent DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, v. XXIV (t. 1.º do Tratado), Paris: A. Lahure, 1880, § 387, p. 372]; e François LAURENT. *Cours élémentaire de droit civil*, t. II (arts. 711 a 1233), Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie., 1881, § 544, p. 391: «*La loi est l'expression de la volonté générale;*

Essa concepção excessivamente formal e rigorosa do contrato, ignorando a inexistência, muitas vezes, de igualdade substancial entre as partes, bem como as perturbações que podem afetar o cumprimento das prestações,¹⁵ fazendo com o contrato se tornasse fonte de subjugação do mais fraco, fez com ele [contrato] fosse fortemente criticado e enfrentasse sua *crise*,¹⁶ como de uma forma geral enfrentou aquele modelo que codificação hermética como o era o *Code Napoléon*.

Nesse sentido, essa hipertrofia da idéia de contrato e de exagerada liberdade contratual, conduziram a enormes injustiças *substanciais* nos contratos [*contratos substancialmente injustos*],¹⁷ o que foi agravado com as crises sociais do final do século XIX e começo do século XX, em um tenso ambiente que culminou em duas grandes guerras [1.ª Guerra Mundial (1914/1918) e 2.ª Guerra Mundial (1939/1945)].

Nesse período, em matéria *contratual*, o *Code* e sua interpretação exegética não eram mais aptos a fornecer as respostas adequadas.

E foi justamente *fechando* o século XIX e *abrindo* o século XX que foi promulgado o BGB (publicado em 1896 e entrando em vigor em 1900),¹⁸ período no qual a influência da doutrina alemã já começava a sobrepujar a doutrina francesa.

O BGB inaugura um novo modelo de código civil, agora não mais rígido e fechado, mas um código dotado de certa *mobilidade*,¹⁹ que lhe

*elle oblige non-seulement les citoyens, elle oblige aussi le pouvoir chargé d'exécuter les lois et le pouvoir chargé de les appliquer. Toute considération d'équité est subordonnée à la loi; le juge doit l'appliquer, alors même qu'elle lui paraîtrait injuste: il n'a pas pour mission de juger la loi, il doit juger d'après la loi [...] Le juge aussi est lié par les conventions des parties, il ne peut pas les modifier au nom de l'équité». A esse respeito, v., ainda, Marcel PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. II, 9.ª ed., Paris: LGDJ, 1923, §§ 1164/1167, pp. 393/394.*

15 Embora, curiosamente, tenha sido a França um dos primeiros países, no começo do século XX, a editar leis admitindo a resolução de contratos em razão da perturbação nas prestações ocasionada pela situação de guerra. V. Loi Faillot, de 21 de janeiro de 1918.

16 Críticas essas que encontravam eco na doutrina francesa, como se pode observar em Georges RIPERT. *O regimen democrático e o direito civil moderno*. São Paulo: Saraiva, 1937, pp. 271 *et seq.*

17 Enzo ROPPO. *O contrato*, *cit.*, § 3.3, p. 38.

18 Sobre os trabalhos de elaboração do BGB, *cf.*, entre outros, Franz WIEACKER. *História*³, *cit.*, § 25, pp. 536 *et seq.*; e Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP e Martin WOLFF [revisado por Hans Carl Nipperdey]. *Tratado*, t. I, *cit.*, § 11, pp. 29 *et seq.*

19 Um código que é um *sistema*, mas que não é *fechado*, que também não é *aberto*, e que é, sim, *móvel* [dotado de mobilidade a ensejar aperfeiçoamento por intermédio do exercício, da aplicação e da interpretação das cláusulas gerais]; Nelson NERY JUNIOR. *A base do negócio jurídico e a revisão do contrato*, in Selma Negrão Pereira dos REIS (coord.) *et al.* *Questões de direito civil e o novo código*. São Paulo: MPSP/Imprensa Oficial, 2004, p. 48. V. também Claus-Wilhelm CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 4.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, § 4.º, pp. 127 *et seq.*

é conferida pela presença das cláusulas gerais (*Generalklauseln*),²⁰ ainda que esse modelo *móvel* traga, em si, um certo grau de incerteza jurídica, exigindo uma postura *responsável e prudente* da doutrina e, especialmente, da jurisprudência.²¹

Contudo, foi justamente essa *mobilidade*²² conferida ao sistema de direito privado, pelo BGB e pela doutrina alemã, que contribuiu para

- 20 Sobre o tema, v. amplamente Fabiano MENKE. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*, in Claudia LIMA MARQUES. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abril-2004, pp. 9 et seq. V., ainda, Nelson NERY JUNIOR. *Contratos no código civil – apontamentos gerais*, in Domingos Franciulli Neto et al. *O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale*. São Paulo: LTr, 2007, 2.^a ed., pp. 421/423; e Franz WIEACKER. *História*, cit., § 25, III, pp. 545 et seq. A esse respeito, cfr. também Michele GIORGIANNI. *La morte del codice ottocentesco*, in ‘Rivista di diritto civile’, Padova: Cedam, 1980, I, p. 52/55, em especial p. 53: «Il codice dell’800 non solo è al tramonto – dicevo – ma è morto. È morto perché è cambiato l’ambiente culturale in cui esso era sorto, perché è morta quella civiltà che esso era chiamato a disciplinare [...] Il codice dell’800, come è stato ricordato ieri, operava in una società che esaltava l’individuo. La società attuale all’individuo deve necessariamente aggiungere una qualificazione che richiama il gruppo economico a cui appartiene».
- 21 NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos*, in Domingos FRANCIULLI NETO et al. *O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale*, cit., § 22, pp. 430/431; e Karl LARENZ. *Derecho Civil – parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, § 1.º, IV, pp. 33/34. A esse respeito, cfr. também Michele GIORGIANNI. *La morte del codice ottocentesco*, in ‘Rivista di diritto civile’, cit., p. 55: «La nuova tecnica normativa fa talora gridare che è finita la certezza del diritto, mas in realtà, è la fine di un certo tipo di certezza, no la fine della certezza. Certo la nuova técnica finisce con l’attribuire al giudice maggiori poteri. Ma l’esperienza dimostra che il giudice – anche allorché operava in un campo lo costringeva a minore latitudine interpretativa – non è stato mai sordo ai richiami dell’ambiente in cui viveva. L’idea di un giudice che operasse in un ambiente che lo isolava dalla luce e dai rumori esterni, è sicuramente fuori della realtà». Na Alemanha, como notícia Franz WIEACKER. *História*, cit., § 25, III, 3, pp. 545/546, esse sistema *móvel* que conclama o juiz à auto-responsabilidade, encontrou (na Alemanha) uma jurisprudência civilista que se mostrou «suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à «obediência inteligente» do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma reflectida e ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social». No Brasil, onde esse modelo de *código civil aberto* ainda é relativamente novo [o atual CC bra. é de 2002], a jurisprudência ainda vem evoluindo entre a tensão da *segurança jurídica* e o uso responsável das *cláusulas gerais*; a esse respeito, como pontuou José Oliveira ASCENSÃO, em entrevista ao *sítio eletrônico Consultor Jurídico*, em 12.10.2009 [<http://www.conjur.com.br/2009-out-12/entrevista-jose-oliveira-ascensao-professor-direito-civil>]: «A situação do Brasil é muito paradoxal. No século XIX e grande parte do século XX, o Brasil viveu numa situação de positivismo jurídico. Considerava-se que as leis deviam ser aplicadas cegamente. Ainda assim, havia e há uma discrepância entre o que dizem as leis e o que se aplica. É um problema de formação jurídica. É preciso que as pessoas que aplicam a lei tenham a formação jurídica adequada para manusear as leis que agora já não são rígidas, não são mais aqueles instrumentos que tiravam do juiz a possibilidade de procurar algo mais perfeito. Se o juiz não é capaz de utilizar esse instrumento, o resultado não é bom. Tenho esperança de que o Código Civil seja um estímulo ao reforço da formação jurídica. Portanto, estamos entre uma potencialidade e um risco. Vamos ver o que acontece».
- 22 Mobilidade essa que é responsável pela sobrevivência do BGB até os dias de hoje; NERY JUNIOR, Nelson. *Contratos*, in Domingos FRANCIULLI NETO et al. *O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale*, cit., § 4, p. 421; e Orlando GOMES. *A caminho dos micro-sistemas*, in ‘Novos temas de direito civil’. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 42.

a transformação do contrato,²³ inculcando-lhe —a ele, contrato— uma conotação e um sentido também ético e social [boa-fé²⁴ e função social do contrato].

Esse período começa a marcar uma migração do *individualismo* para a *socialidade* e o *Estado de Bem-estar Social* [*Welfare State*],²⁵ no qual o fundamento ideológico passa a ser o *personalismo ético*²⁶ [dignidade da pessoa humana], com uma percepção de que a liberdade extremada que vigia na concepção de contrato do século XIX não condizia mais com essa nova sociedade, de tal sorte que essa *publicização* ou *socialização* do direito privado foi especialmente sentida no campo do direito contratual [do *laissez-faire* contratual à *publicização do contrato*].²⁷

23 E, como acentua Guido Alpa, o BGB é um dos poucos códigos a dar uma disciplina analítica aos contratos [declaração da vontade (§§ 116/144), contrato em geral (§§ 145/185), e obrigações contratuais (§§ 305/361)] (Guido ALPA. *Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 102).

24 Embora o CC fr. 1134 3.^a parte já contivesse preceito preconizando que os contratos deveriam ser executados de boa-fé [*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*], a interpretação hipertrofiada que se dava ao contrato na exegética francesa impediu que essa previsão tivesse gozado do impacto e da relevância do BGB § 242 [*«Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern»*, no espanhol «El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico»].

25 Cfr. CF mex. (1917) Art. 4.^o: «El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa»; e Constituição de Weimar (1919) Art. 152: «Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig» [*«Freedom of contract is the foundation of economic transactions, according to the laws. Usury is prohibited. Legal transactions offending good manners are invalid»*] (tradução livre: «Em matéria econômica vigora a liberdade contratual, conforme estabelece a lei. A usura é proibida. Os negócios jurídicos contrários aos bons costumes são nulos»). Sobre o movimento social pioneiro do México, com o surgimento de sua Constituição Federal de 1917, v. amplamente Jorge CARPISO. *La constitución mexicana de 1917*. México: Porrúa, 1983, 6.^a ed., pp. 21/58, em especial: «La Constitución Mexicana de 1917 es el fruto del primer movimiento social que vio el mundo en el siglo XX» (p. 21). Cfr. também José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *Função social da propriedade*, in Gozzo, Débora, José Carlos MOREIRA ALVES e Miguel REALE. *Principais controvérsias no novo código civil*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20.

26 LARENZ, Karl. *Derecho civil*, cit., § 2.^o, pp. 44 et seq.

27 DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2008, 11.^a ed., § 23, p. 203; António PINTO MONTEIRO. *Discurso*, in PINTO MONTEIRO, António (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 21. É a decadência do voluntarismo jurídico, que substituiu o *dogma* da «autonomia da vontade» pelo conceito de «autonomia privada» (*Privatautonomie*) [GOMES, Orlando. *Contrato de adesão (condições gerais dos contratos)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 30]. Essa transformação não foi sentida apenas

Em razão dessa maior ingerência Estatal na vida dos contratos, traçando-lhe limites e delineando a liberdade de contratar, muito se falou, no século xx, em *decadência dos contratos*²⁸ ou *crise dos contratos* ou ainda a *morte dos contratos*.²⁹

Esses anúncios de *decadência* ou de *morte* do contrato são, em verdade, equivocados e exagerados.³⁰ O contrato não morreu nem morrerá; o contrato, sim, é verdade, *transformou-se* e *salvou-se*. Houve, assim, uma *revisão do conceito jurídico de contrato*.

Dizemo-lo que o contrato *salvou-se*, com essa transformação, posto que, permanecendo aquela concepção exegética e formal de contrato, ela fatalmente levaria ao aniquilamento daquilo que ela própria pretendia proteger: a liberdade. Somente pode haver *liberdade* onde a manifestação de vontade não se traduz como *submissão* do mais fraco ao mais forte.³¹ Nesse caso, não há liberdade e sim mera subjugação.

Quando o ordenamento jurídico, no século xx, começa a revisar o conceito de contrato, introduzindo-lhe novos e essenciais preceitos [tais como *cooperação, deveres laterais, equilíbrio e proporção, boa-fé, função social, ordem pública, equidade como critério de determinação ou integração*

nos países de *Civil Law*, mas igualmente nos países de *Common Law* (para uma ampla perspectiva no direito inglês, v., entre outros, P. S. ATIYAH. *The rise and fall of freedom of freedom of contract*, New York: Oxford, 2003, pp. 572 *et seq.*, especialmente pp. 716 *et seq.*). V., ainda, Ary Barbosa GARCIA JUNIOR. *O declínio da autonomia privada*, in Carlos Alberto BITTAR (Org.). *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 25 *et seq.*

28 Cfr. José Ignacio Cano Martínez de VELASCO. *La decadencia del contrato – el derecho robot*. Barcelona: Bosch, 2011, *passim*.

29 Cfr. GILMORE, Grant. *La morte del contratto* (com prefácio de Guido Alpa). Milano: Giuffrè, 1999, *passim*, especialmente pp. 49 *et seq.*, no qual o autor prega a morte do contrato («*il contratto sia morto*»), pretendendo substituí-lo pela Teoria da *Consideration* [v. pp. 3/4]. A esse respeito, cfr. também ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, § 47, pp. 706 *et seq.*

30 ARAÚJO, Fernando. *Teoria*, cit., § 47, p. 707; DE ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das obrigações*, cit., § 23, pp. 201/203; e João de Matos ANTUNES VARELA. *Das obrigações em geral*, v. 1, 10.^a ed. (5.^a reimp.). Coimbra: Almedina, 2000, § 53, nota 1, pp. 211/212.

31 Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., § 2, pp. 51 e 61. V., ainda. HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português – teoria geral do direito civil*. Coimbra: Almedina, 2009 (5.^a reimp), § 90, p. 55: «*De outro modo, uma autonomia privada, baseada numa igualdade formal sem limitações, conduziria, em etapas sucessivas, à eliminação dos mais fracos pelos mais fortes e à eliminação da própria autonomia privada. No entanto, 'a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada'* (Bernd RÜTHERS. *Allgemeiner Teil des BGB*, München, 1991, 8.^a ed., n.º 40, *ver também* n.º 24; KÖHLER, Helmut. *München: BGB Allgemeiner Teil*, 1991, 21.^a ed., pp. 105/106)».

do contrato,³² justiça contratual, abuso de direito, lesão, enriquecimento sem causa,³³ revisão do contrato, onerosidade excessiva, direito à renegociação contratual,³⁴ responsabilidade pré-contratual (culpa in contrahendo),³⁵ violação positiva do contrato³⁶ etc.³⁷], que originariamente não lhe eram tão caros, essa transformação, em verdade, *salva* o contrato e *salva* a própria liberdade contratual, permitindo a verdadeira *coexistência de liberdades* [integração de liberdades coexistentes, equilíbrio das liberdades]³⁸ e não o mero subjugo [contratual].

Essa compreensão é importante para termos o contrato não como morto e sim como revigorado,³⁹ haja vista que ele, contrato, se traduz em uma das mais importantes formas de criação e circulação de riquezas.⁴⁰

-
- 32 Cfr. CC ita. 1374: «*Integrazione del contratto*. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità». V., ainda. CRISCUOLO, Fabrizio. *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del Giudice) di equità*, in 'Rivista dell'Arbitrato'. Milano: Giuffrè, 1999, p. 73.
- 33 A vedação ao enriquecimento sem causa é preceito basilar do direito, que se traduz em questão de ordem pública, sendo, para alguns, princípio geral de direito (TRIMARCHI, Pietro. *L'arricchimento senza causa*, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 3/8) ou cláusula geral (NANNI, Giovanni Ettore. *Enriquecimento sem causa*. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 186/193).
- 34 Sobre o tema, cfr. NANNI, Giovanni Ettore. *A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro*, in Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista do Advogado*, n.º 116, julho de 2012, pp. 88/97; RODOVALHO, Thiago. *Obrigações e riscos*, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais (coord. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro), n.º 62. São Paulo: Revista dos Tribunais/IASP, out./dez de 2013, pp. 165/196; e RODOVALHO, Thiago. *O caso da soja e a base objetiva do negócio jurídico - vícios de origem e vícios de execução*, in Instituto dos Advogados de São Paulo. *Revista Letrado*, v. 101, 2012, pp. 38/39.
- 35 Cfr. VON IHERING, Rudolf. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, Coimbra: Almedina, 2008, *passim*.
- 36 STAUB, V. Herman. *Le violazioni positive del contratto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, *passim*; e JORGE CESA Ferreira da Silva. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (2.ª tiragem), *passim*.
- 37 Todos fundamentos «morais» do direito privado (a esse respeito, cfr. James GORDLEY. *Los fundamentos morales del Derecho Privado*, trad. César Edwin Moreno More, in Revista *Ius et Veritas*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 47, Dezembro de 2013, pp. 16/34).
- 38 KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes - princípios metafísicos da doutrina do direito*, Parte I. Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 36/37: O Direito é, pois, «o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal [...] uma acção que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal».
- 39 PINTO MONTEIRO, António. *Discurso*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 21: «Diagnosticou-se a «crise» do contrato, apregoou-se o seu «declínio», anunciou-se a sua «morte» - mas é a sua vitalidade jurisdicção que ressalta». V. também ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações*, v. 1, cit., § 59, pp. 228/229.
- 40 ROPPO, Enzo. *O contrato*, cit., § 1.2, pp. 10/15; António PINTO MONTEIRO. *Discurso*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 21.

Mais do que isso, o contrato é *expressão da liberdade humana*, guardando o *princípio da liberdade contratual* estreita relação com o próprio *princípio da democracia*, sendo, por isso, constitucionalmente protegido.⁴¹

Por isso, essa *transformação e revisão do conceito de contrato* «não» têm o condão de traduzir-se em negação da «autonomia privada» [*i.e.*, o *poder de criar normas jurídicas* «dentro dos limites» impostos pelo ordenamento jurídico],⁴² e, por consequência, da liberdade contratual,⁴³ mas sim a

41 NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 7.ª ed., coments. 3 e 7 CC 421, pp. 529/530; Ewald HÖRSTER, Heinrich. *A parte geral*, cit., § 83, p. 52. Dissertando sobre relevância da liberdade contratual para a sociedade de direito privado e sobre a estreita relação entre ela [liberdade contratual] e o princípio da democracia, v. Claus-Wilhelm CANARIS. *A liberdade*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 51 e 56. Ainda sobre a importância da *liberdade contratual* para a Democracia, vale registrar que a Rússia, após o fim do Comunismo, passou a proteger, já na abertura de seu atual código civil, a liberdade contractual, bem como reconhecer as garantias da liberdade individual, direito de propriedade; CC rus. 1.º: «*The civil legislation shall be based on recognizing the equality of participants in the relationships regulated by it, the inviolability of property, the freedom of agreement, the inadmissibility of anybody's arbitrary interference into the private affairs, the necessity to freely exercise the civil rights, the guarantee of the reinstatement of the civil rights in case of their violation, and their protection in the court*» (destacamos) [a esse respeito, *cfr.* RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 133/141; na tradução para o espanhol: Thiago RODOVALHO. *Abuso del derecho y derecho subjetivos*, traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y César Edwin Moreno More. Lima: Ara Editores, 2014, pp. 139/145].

42 FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*, Milano: Giuffrè, 1959, p. 5: «*L'autonomia privata non è espressione di una mera liceità o facoltà, ma manifestazione di potere e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche*». Em sentido próximo, *cfr.* Ana PRATA. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 11: «*A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos*». V., ainda, MARTINS-COSTA, Judith. *O método da concreção e a interpretação dos contratos:*

primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil, in Mario Luiz DELGADO e Jones Figueirêdo ALVES. *Novo Código Civil – Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*, v. 4, São Paulo: Método, 2005, p. 131; Eduardo Silva da SILVA. *Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 57/70; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 238/239; e Orlando GOMES. *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81

43 CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 56: «*Se se quer responder à questão da razão da legitimação da liberdade contratual, é preciso ter sempre em conta que, no fundo, só existe uma alternativa: a elaboração dos negócios jurídicos pelo Estado, através dos meios do poder público. Portanto, só em comparação com esta alternativa é que se pode dar um testemunho razoável sobre a validade ou a futilidade da liberdade contratual*».

*funcionalização*⁴⁴ [função social] da autonomia privada e da liberdade contratual [igualmente como se passou com a *funcionalização* (função social) da propriedade⁴⁵], delineando-lhe contornos a fim de evitarem-se abusos,⁴⁶ viabilizando, assim, a *coexistência de liberdades* [*integração de liberdades coexistentes, equilíbrio das liberdades*] que marca um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a relação jurídica *contratual* [como expressão máxima da relação jurídica obrigacional] passa a ser vista como uma relação

44 Cfr. BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, especialmente Cap. 4, pp. 53 *et seq.* V., ainda. RODOVALHO, Thiago. *Abuso de direito e direitos subjetivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 1.º, pp. 25 *et seq.*, e § 3.1.5, pp. 104/115; na tradução para o espanhol: RODOVALHO, Thiago. *Abuso del derecho y derecho subjetivos*, traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y César Edwin Moreno More. Lima: Ara Editores, 2014, § 1.º, pp. 33 *et seq.*, e § 3.1.5, pp. 108/120.

45 Cfr. Constituição de Weimar (1919) Art. 153: «Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste”. [«Property is guaranteed by the constitution. Laws determine its content and limitation. Expropriation may only be decreed based on valid laws and for the purpose of public welfare. It has to be executed with appropriate compensation, unless specified otherwise by Reich law. Regarding the amount of the compensation, the course of law at general courts has to be kept open in case of a controversy, unless Reich laws specify otherwise. Expropriations by the Reich at the expense of the states, communities or charitable organizations may only be executed if accompanied by appropriate compensation. Property obliges. Its use shall simultaneously be service for the common best»] (tradução livre: «A propriedade é garantida pela Constituição. Seus conteúdos e suas limitações decorrem das leis. A desapropriação somente poderá ser feita se atender ao bem comum e exista base legal para isso. Far-se-á sempre mediante adequada indenização, salvo se a lei do Reich dispuser em contrário. Caso haja litígio o valor da indenização poderá ser discutido nos tribunais ordinários, salvo se as leis do Reich dispuserem diversamente. O Reich somente poderá desapropriar os Estados, Municípios e coletividades de interesse geral mediante indenização. A propriedade obriga. Seu uso deve constituir, ao mesmo tempo, um serviço no mais alto interesse público»).

46 Limite *negativo* (o que não se pode fazer), CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 58. V. também Heinrich Ewald HÖRSTER. *A parte geral*, cit., §§ 107/108, pp. 65/66.

jurídica de *cooperação entre as partes*,⁴⁷ de *equilíbrio e proporção*,⁴⁸ permeada pela *boa-fé*⁴⁹ e pela idéia de *equidade* [executada de boa-fé], traduzindo-se em um *processo*, e polarizada pelo seu *fim*⁵⁰ [cumprimento da prestação principal e conseqüente liberação das partes].

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DEVER DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL. VÍCIOS DE ORIGEM E VÍCIOS DE EXECUÇÃO. PACTA SUNT SERVANDA E BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO

Deste modo, nesse novo cenário em que se delineou uma nova concepção da relação jurídica contratual, *os contratantes* passaram a gozar, em suma, de dois momentos de proteção na vida contratual: (i) proteção contra os vícios na *origem*; e (ii) proteção contra os vícios na *execução*.

Os vícios de *origem* são aqueles que maculam o contrato já em seu nascimento, como aqueles que viciam a *consentimento*, como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão. A proteção contra os vícios de *origem* também podem ser percebidas na proteção que o ordenamento jurídico confere à parte mais fraca [como ocorre, por exemplo, na proteção ao consumidor, ou na proteção ao aderente, em contratos de adesão],

47 BETTI, Emilio. *Teoría general de las obligaciones*, t. I, trad. de José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 2 et seq. «la idea de cooperación es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del Derecho de obligaciones» [p. 3]. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA. *Comentários ao novo código civil – do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)*, v. V, t. II, Coord. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 20/30; e RODOVALHO, Thiago. *Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obrigações*, in 'Revista de Direito Privado', n.º 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2009, p. 261. V., ainda. MACARIO, Francesco. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*. Napoli: Jovene, 1996, p. 410, que faz referência à *obrigação de cooperação* como expressão da solidariedade recíproca existente nos *contratos relacionais*.

48 DE ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural*, Tese de Livre-Docência, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/ Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004, pp. 199/210.

49 A boa-fé se consubstancia no *princípio fundamental* da relação jurídica obrigacional [e por via de consequência da relação jurídica contratual] (Karl LARENZ. *Derecho de obligaciones*, t. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, § 10, p. 142 et seq.).

50 DO COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 17: «O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim». No mesmo sentido, JOÃO CALVÃO da Silva. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Almedina, 2007, 4.ª ed. §§ 14/15, p. 62, e § 17, p. 70.

traçando regras protetivas para tornar mais paritária a celebração de um contrato.⁵¹

Por sua vez, os denominados vícios de *execução*, que são justamente aqueles que mais nos interessam para a análise da *renegociação contratual*, consubstanciam-se nas perturbações que ocorrem *supervenientemente* à celebração do contrato, ou seja, que ocorrem na constância de sua execução e de seu cumprimento.

Esses vícios são precisamente aqueles que mais careciam de uma resposta do ordenamento jurídico, ante a insuficiência que a interpretação exegética da obrigatoriedade contratual.

Nesse contexto, são naturalmente os contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* [contratos de trato sucessivo] aqueles que se sujeitam a essas perturbações.⁵²

É evidente que os contratos de execução *imediata* se submetem a vícios originários, é dizer, que lhes maculam o surgimento, haja vista que não sofrem influência do tempo hábil a causar-lhes perturbações em seu cumprimento.

Contudo, diversamente, os contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* se protraem no tempo e, justamente por isso, sofrem forte influência das alterações que circunstâncias originais podem experimentar ao longo desse tempo de vida do contrato.

A forma como o ordenamento jurídico passou a lidar com essa perturbação ao contrato *execução diferida* ou de *longa duração* ocasionada pela alteração das circunstâncias alterou-se profundamente do *Code* para a revisão do conceito de relação de jurídica contratual.

Naquela visão inicial do *Code Napoléon*, o *vinculum iuris* formado pelo contrato celebrado entre as partes não poderia ser rompido senão pelo mútuo consenso, o que transformava o contrato de *execução diferida* ou de *longa duração* em fonte de incertezas e temores.

A relação jurídica contratual, contudo, não pode ter o condão de traduzir-se em espécie de «*loteria*», ficando a cargo da *sorte* ou da *aleatoriedade* [à exceção feita aos contratos aleatórios, evidentemente],

51 Cfr., entre outros, NERY JUNIOR, Nelson. *Da proteção contratual*, in Ada Pellegrini GRINOVER et al. CDC, cit., pp. 504 et seq; MASSIMO BIANCA, Cesare. *Técnicas de formación del contrato y tutela del contrante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo*, in Marcos M. Córdoba (director). *Tratado de la buena fe en el derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2005 (1.ª reimp.), t. II, Cap. X, pp. 189 et seq; e MASSIMO BIANCA, Cesare. *Diritto civile*, v. 3 (Il contratto). Milano: Giuffrè, 2000, 2.ª ed., pp. 373 et seq.

52 MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., pp. 12/13 e 73.

como se a parte contratante – que celebrasse um contrato de *execução diferida* ou de *longa duração* – tivesse sobre sua cabeça uma verdadeira «espada de Dâmocles», sem saber se poderá ou não cumprir com o contrato, caso sobrevenha sensível alteração das circunstâncias [= base objetiva do negócio jurídico].

É evidente, e não se nega, que sempre haverá *bons* e *maus* contratos celebrados [dentro da *legítima* negociação entre as partes (sem que ocorra qualquer dos vícios da vontade ou sociais que podem macular o negócio jurídico)], bem como perturbações ao contrato que não dão azo à *revisão* do contrato ou à *resolução* do contrato, ou seja, perturbações que se inserem dentro da *álea* «normal» do contrato. Mas em se tratando de perturbação que sobeje a *álea normal* do contrato, a situação jurídica deve ser enfrentada de maneira diferente, impondo-se-lhe a *revisão* do contrato [quer por meio de *renegociação* entre as partes, quer por meio de *revisão* judicial] ou, mesmo, caso não seja possível a conservação do contrato, que se proceda à sua *resolução*.

Sendo assim, aquela nova concepção de relação jurídica contratual, compreendida como *relação jurídica* de «cooperação» situa as partes não mais como *adversárias*, em polos absolutamente antagônicos, e sim como contratantes que visam a um objetivo comum: o fiel cumprimento do contrato. Dizemo-lo «*fiel*» cumprimento do contrato, pois exigir o cumprimento do contrato exatamente como pactuado – ignorando a sensível ou drástica perturbação causada pela alteração das circunstâncias – não se consubstancia em *execução fiel* do acordado e sim pretender *exigir mais do que se afigure digno de exigir*,⁵³ afastando-se inclusive da vontade [*objetivada* (base objetiva)] «original» das partes, quando celebraram o contrato.

Em todo e qualquer contrato, com especial relevo para os contratos de *longa duração* ou de *execução diferida*, a cooperação entre as partes para a consecução das finalidades almejadas é elemento absolutamente essencial, elemento que lhe, pois, é *inerente*.

Evidentemente que quando se fala que a relação jurídica *obrigacional* [da qual a relação jurídica *contratual* é a expressão por excelência] consubstancia-se em *relação jurídica cooperação* não se ignora que as partes celebram um contrato tendo em vista seus interesses próprios e específicos, mas, ao celebrarem o contrato, passam a ter também um interesse jurídico

53 DE ANDRADE NERY, Rosa Maria Barreto Borriello. *Vínculo obrigacional*, cit., p. 118.

comum, que se traduz justamente no interesse a que o contrato atinja a sua finalidade, com o seu fiel cumprimento.⁵⁴

Sendo assim, as partes não voltam seus olhos apenas para o seu *fim* específico, como se independessem do outro; ao revés, pressupõe e determina o ordenamento jurídico que ambas as partes irão *cooperar* para que a finalidade do contrato, tal como acordado entre elas, seja atingida e para que ambas possam usufruir das benesses advindas dessa relação contratual [= função social do contrato].

Essa é a razão pela qual a relação contratual – especialmente a relação contratual advinda de um contrato de *execução diferida* ou de *longa duração* – ser vista como *processo*, em sua totalidade, como um sistema de processos encadeados para viabilizar a consecução das finalidades pretendidas, o que faz nascerem para as partes outras obrigações [obrigações laterais] diversas da prestação principal.

Deste modo, esse dever de «cooperação» implica um «*dever de consideração para o alter*».⁵⁵ Cooperar é, assim, «*um dever de conduta do parceiro contratual segundo a boa-fé. É o simples agir com lealdade, é colaborar com o 'outro', para que possa cumprir com suas obrigações e possa alcançar suas expectativas legítimas e interesses naquele tipo contratual*».⁵⁶

Decorrente desse *dever de consideração para* [com] o alter imposto pela boa-fé e pelo dever de cooperação é que exsurgem para as partes

54 DO COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo. *A obrigação como processo*, cit., p. 19: «Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo». Dissertando sobre a reciprocidade que deve haver nas relações duradouras, com fundamento na *Regra de Ouro* (não faças aos outros o que não queres que te façam a ti), v. ARAÚJO, Fernando. *Teoria*, cit., § 26-D, p. 389; e fazendo inclusive referência à figura do *abuso de direito* na recusa a cooperar para que o contrato possa realizar seu interesse comum, v. MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., p. 423. Defendendo a importância dessa *reciprocidade* [recíproca atitude de compreensão] na dinâmica e na evolução periódica dos contratos de longa duração, v. MORELLO, Augusto M. *Contrato y proceso – aperturas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 47. Cfr., ainda, GOMES, Júlio. *Cláusulas de hardship*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 179.

55 DO COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo. *A obrigação como processo*, cit., p. 33. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412; e Judith MARTINS-COSTA. *Comentários*, v. V, t. II, cit., p. 42.

56 LIMA MARQUES, Claudia. *Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, 5.^a ed., p. 1024.

deveres laterais [secundários, anexos],⁵⁷ pois como acentua Clovis do Couto e Silva «*Todos os deveres anexos podem ser considerados deveres de cooperação*». ⁵⁸ E entre esses deveres laterais de cooperação se insere também o *dever* [leal] *de renegociação contratual* [*dever de lealdade*] toda vez que a perturbação causada ao contrato de *longa duração* ou de *execução diferida* tenha o condão de sensivelmente alterar-lhe a base objetiva sobre a qual foi pactuado.

À primeira vista, quando se fala em *dever lateral de renegociação contratual* [oriundo da *boa-fé* que deve presidir as relações obrigacionais e do *dever de cooperação*]⁵⁹ surge um conflito com a idéia do *pacta sunt servanda*. Contudo, tal conflito, como pontua MARASCO, é *un conflitto solo apparente*.⁶⁰

Esse *aparente conflito* não é verdadeiro; trata-se, em verdade, de um *falso* conflito. *Falso*, pois o *dever de renegociação contratual* não conflita com o princípio do *pacta sunt servanda*, ao contrário, sobreleva-o.

Como o afirmamos acima, a relação contratual é *polarizada* pelo seu *fim* e pelo seu *cumprimento*. Os contratos são celebrados para serem cumpridos! Essa é uma afirmação que ainda é atual. É preciso haver, evidentemente, seriedade na palavra empenhada. Não se defende, aqui, a mera supressão do princípio do *pacta sunt servanda*. Este princípio ainda se traduz na *razão de ser* dos contratos [*ratio essendi*], consubstanciando-se na *alma* e na *vida* dos contratos.⁶¹

57 Sobre deveres laterais decorrentes da boa-fé, cfr., entre outros, DO COUTO E SILVA, Clovis Veríssimo. *A obrigação como processo*, cit., pp. 91/98; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (2.ª tiragem), pp. 75/119; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé*, cit., pp. 437/454; DE AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. *A boa-fé na relação de consumo*, in 'Revista de Direito do Consumidor', n.º 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995, pp. 26/27; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato - novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2ª. edição, pp. 150/156.

58 DO COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. *A obrigação como processo*, cit., p. 96.

59 Cfr. MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., p. 152, segundo o qual a *correttezza* e a *boa-fé* que devem presidir a execução do contrato expressam o caráter *cooperativo* dos contratos de longa duração.

60 MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione del contratto - strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova: Cedam, 2006, pp. 1 et seq. É igualmente *aparente* o conflito da *renegociação contratual* com o *princípio da autonomia privada*, nesse sentido, cfr. MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., pp. 232 e 322 [a esse respeito, v. também MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*, cit., pp. 97/98].

61 DE ARRUDA ALVIM, Netto José Manoel. *A função social dos contratos no novo código civil*, in Nelson PASINI et al. *Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro*, São Paulo (s/e), 2003, p. 89. V., também, JOÃO CALVÃO DA SILVA. *Cumprimento*, cit., § 16, p. 69, e § 35, p. 159.

O *pacta sunt servanda* é expressão do *princípio da confiança* que deve presidir as relações obrigacionais.⁶² E a idéia da *confiança* [*Vertrauenstheorie*] é tão cara ao direito obrigacional que o ordenamento jurídico atribui *responsabilidade* à palavra dada antes mesmo da celebração de um contrato, falando-se, por exemplo, em *culpa in contrahendo*⁶³ e em *eficácia vinculativa das cartas de intenções*⁶⁴ [ambas tutelas das relações jurídicas das negociações contratuais (*Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*)].

Deste modo, defender-se a supressão *princípio do pacta sunt servanda* e ao mesmo tempo tutelar o *princípio da confiança* [*Vertrauenstheorie*] encerra, em si mesmo, *contradição*.

Contudo, não se defende a supressão *princípio do pacta sunt servanda*. O *dever de renegociação contratual* «não» conflita com o *princípio do pacta sunt servanda* [do contrário, admitir que o *princípio do pacta sunt servanda* conflita com o *dever de renegociação*, equivaleria a defender uma *contradição* interna no próprio ordenamento jurídico, no Código Civil, haja vista que ele, ao mesmo tempo, *prescreve* a vinculação contratual, mas também admite a sua resolução por onerosidade excessiva].⁶⁵

Em verdade, a *vinculação contratual* nos contratos de longa duração é, em razão da influência do *fator tempo* no conteúdo das prestações, mais complexa.⁶⁶ Assim, o *dever de renegociação contratual* pode surgir [e somente assim o surge] quando desaparecida ou substancialmente modificada a *base objetiva* sobre o qual o negócio jurídico foi edificado, a fim de *neutralizar* os efeitos dessa perturbação ao contrato e restabelecer o *originalmente* acordado entre as partes, é dizer, restabelecer o *equilíbrio* «original» do sinalagma.⁶⁷

62 Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações*, v. 1, cit., § 58, B, p. 227.

63 Cfr. Rudolf von JHERING. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 18 et seq. V., ainda. NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*, cit., coment. 24 CC 422, p. 539.

64 RAMOS, Fabiana D'Andrea. *O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos*, in Stefan GRUNDMANN e Margarida dos SANTOS (coords.). *Direito contratual entre liberdade e protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos = Vertragsrecht Zwischen Freiheit und Schutzinteressen und andere Deutsch-Lusitanische Beiträge*. Coimbra: Almedina (Associação de Juristas Alemã-Lusitana), 2008, pp. 155 et seq.

65 Cfr., no Peru, CC per. 1361 e 1440. V. Manuel de la PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil)*, t. I. Lima: Palestra, 2003, 2.^a ed., (reimp.), coments. CC per. 1361, pp. 311 et seq., e Manuel de la PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil)*, t. II. Lima: Palestra, 2003, 2.^a ed., (reimp.), coments. CC per. 1440, pp. 593 et seq.; no Itália, cfr. CC ita. 1372 e 1467. V. Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., p. 4.

66 ARAÚJO, Fernando. *Teoria*, cit., § 26-A, pp. 376/378; e JÚLIO GOMES. *Cláusulas*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 183.

67 MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*, cit., pp. 2 e 4.

Sendo assim, em não havendo mais a *base objetiva* sobre o qual o negócio jurídico foi pactuado, inexistente, verdadeiramente, a base contratual que se pretende executar, daí o surgimento do *dever de renegociação* [obrigação de colaboração e cooperação na gestão do risco contratual nos contratos de longa duração⁶⁸], inclusive como expressão da boa-fé que deve presidir a execução do contrato.

Todo contrato que é celebrado possui duas bases jurídicas: (i) uma *subjetiva*; (ii) e outra *objetiva*. A primeira, a base *subjetiva* do negócio jurídico, interessa ao momento *originário* do contrato [motivos e vícios da vontade (campo das invalidades do negócio jurídico = vícios da vontade ou sociais do negócio jurídico)].⁶⁹

Já a segunda, a base *objetiva* do negócio jurídico, que mais nos interessa para esse estudo, consubstancia-se justamente no complexo de circunstâncias *externas* ao negócio jurídico, cuja persistência deve ser razoável e objetivamente pressuposta para que se mantenha o escopo do contrato.⁷⁰

O conceito de *base «objetiva» do negócio jurídico* se traduziu em uma evolução das antigas teorias da *rebus sic stantibus*⁷¹ e da *pressuposição* (Windscheid),⁷² inicialmente delineada com originalidade e brilhantismo por Paul Oertmann⁷³ e depois aprimorada por Karl Larenz.⁷⁴

68 MACARIO, Francesco. *Adeguamento, cit.*, p. 213.

69 NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado, cit.*, coments. 26/27 CC 422, p. 540; e Karl LARENZ. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, Cap. 1.º, IV, p. 38.

70 CIAN, Giorgio e Alberto TRABUCCHI. *Commentario, cit.*, coment. VIII CC ita. 1353, p. 1420; e NERY, Nelson JUNIOR e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado, cit.*, coments. 28 CC 422, p. 540.

71 Que remonta ao direito romano. Sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, v., entre outros, OTHON SIDOU, José Maria. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, 2.ª ed., pp. 4/23.

72 WINDSCHEID, Bernhard. *Diritto delle pandette*, trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino: Unione Tipografica Editrice, 1887, § 97, pp. 394/397.

73 A sua teoria sobre a *base objetiva do negócio jurídico* é brevemente referida em sua obra traduzida para o espanhol: OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Barcelona: Labor, 1933, § 55, pp. 302/305 [em especial: «Por ello no sería demasiado atrevimiento considerar la presuposición, tomada en ese sentido, como base del negocio y elemento esencial, por consiguiente, para la existencia del mismo, aunque no se hubiera estipulado expresamente – cosa que raramente sucede en tales casos – que había de producir esos efectos. El incumplimiento o la desaparición de esta base dará, por lo general, al interesado en el negocio un derecho de resolución o de denuncia del mismo. Esta teoría ha sido desenvuelta en detalle por el autor de este libro en su monografía sobre «La base del negocio» (Geschäftsgrundlage), tiene muchos puntos de apoyo en el Código (por ejemplo, arts. 321, 610, 459, 569-570, 779) y últimamente ha sido aceptada más de una vez por el Tribunal Supremo» (p. 305)].

74 LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; e LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*, t. I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

Inicialmente, a teoria delineada por Oertmann ainda era presa a uma certa *subjetividade* (representação «*mental*» que uma das partes tinha no momento da conclusão do negócio jurídico e que era conhecida em sua totalidade e não obstaculizada pela outra, ou a comum representação das diversas partes contratantes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, nas quais se funda a vontade negocial), o que acarretava certa *insegurança jurídica*.⁷⁵

Em sua obra *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Larenz procura dar uma conceituação mais *objetiva*, evitando os problemas advindos de um conceito que se prendesse a caracteres subjetivos. Assim, Larenz conceitua a base *objetiva* do negócio jurídico como sendo «*o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência está devidamente pressuposta no contrato – soubessem-no ou não as partes –, já que, se assim não fosse, não se atingiria a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fin nem objeto’*».⁷⁶

Deste modo, a análise das circunstâncias «*objetivas*» que compuseram a base negocial nada tem a ver com *imprevisão* [situação psicológica ou subjetiva dos contratantes], devendo ser aferida *objetivamente*.⁷⁷ Era justamente o elemento *subjetivo* que fazia com que as teorias da *imprevisão* ou da *pressuposição* não pudessem responder adequadamente os problemas práticos que se surgiam no curso do cumprimento dos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração*.⁷⁸

Essa concepção objetivada da perturbação ao cumprimento dos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* [alteração da base do negócio jurídico] é consentânea com o recente BGB § 313, cuja introdução se deu por meio da Lei de Modernização do Direito das Obrigações [*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*], de 2000.⁷⁹

75 LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico*, cit., Cap. 1.º, II, pp. 20 et seq.

76 Na tradução espanhola: «*el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes –, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría ‘sentido, fin u objeto’*» (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico*, cit., Cap. 1.º, IV, p. 37).

77 NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado*, cit., coments. 28 CC 422, p. 540.

78 NERY JUNIOR, Nelson. *A base do negócio jurídico*, in Selma Negrão Pereira dos REIS (coord.) et al. *Questões*, cit., p. 61.

79 BGB § 313: «*Störung der Geschäftsgrundlage. (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder*

Deste modo, nem o *dever de renegociação* nem a teoria da *base objetiva do negócio jurídico* encerram em si a idéia de supressão do *princípio do pacta sunt servanda*, e sim *compatibilizam* esse princípio com a *causa*, a *função* e a *finalidade* que o contrato inicialmente perseguia.⁸⁰

A necessidade de *modificação* ou *adequação* dos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* é, assim, a consequência *jurídica* do desaparecimento das circunstâncias (objetivas) sobre as quais o contrato foi edificado.⁸¹

Nos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* é impossível a pretensão de imutabilidade nas circunstâncias fáticas durante toda e execução e duração do contrato.⁸²

Em verdade, não é a teoria da *base objetiva do negócio jurídico* nem a teoria do *dever de renegociação* que trazem em si *insegurança contratual*, mas sim, ao revés, é justamente a pretensão da imutabilidade nas circunstâncias fáticas nos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* que acarreta *insegurança*, tornando esse contrato uma «*loteria*», fonte de incertezas para as partes contratantes, que, em última análise, limitaria ou mesmo impediria que contratos com períodos mais longos pudessem ser pactuados.⁸³

É evidente que a celebração de todo e qualquer contrato traz, em si, a assunção de *riscos*, de tal sorte que se pode dizer que todo contrato tem em

gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung» [Perturbação da base do negócio jurídico. (1) Quando, depois da conclusão contratual, as circunstâncias que constituíam a base do contrato se tenham consideravelmente alterado e quando as partes, se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, sob consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato. (2) Também se verifica alteração das circunstâncias quando representações essenciais que tenham sido base do contrato se revelem falsas. (3) Quando uma modificação do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato. Nas obrigações duradouras, em vez do direito de resolução tem lugar o direito de denúncia]. A esse respeito, cfr. DA ROCHA, António Manuel e António MENEZES CORDEIRO. *Da modernização do direito civil*, v. I (Aspectos gerais). Coimbra: Almedina, 2004, § 6.º, pp. 97/116.

80 MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*, cit., pp. 8/9.

81 Cfr. LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico*, cit., Cap. 4.º, p. 171 et seq.

82 NERY JUNIOR, Nelson. *A base do negócio jurídico*, in Selma Negrão Pereira dos REIS (coord.) et al. *Questões*, cit., p. 69.

83 Sobre os riscos da relação duradoura, cfr. ARAÚJO, Fernando. *Teoria*, cit., § 26-C, p. 385.

si uma «*álea*»⁸⁴ (um campo de incerteza), de modo que as perturbações que ocorrerem *dentro* dessa *álea* do contrato, *álea* «*normal*» do contrato, na feliz expressão do CC ita. 1467,^{85, 86} não ensejam a revisão [*renegociação* ou *judicialmente*] ou a resolução do contrato [trata-se de uma *onerosità tollerabile*].⁸⁷

Porém, essa assunção de riscos deve ser compatibilizada com a lembrança de que o contrato é *sempre*, em qualquer circunstância, uma operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lédimas e legítimas pretensões.⁸⁸ Há, assim, um *limite de sacrifício* [*Opfergrenze*] tolerado dentro da idéia de assunção de riscos, dentro da *álea normal do contrato* [*rappporto di tolleranza* ou *zona di immunità o di tolleranza*], cujo limite é variável e deve ser compatível conforme o *tipo* de contrato, sua *causa* e suas *peculiaridades* [*alea contrattuale tipica*].⁸⁹ A *álea normal do contrato* constitui, assim, um *critério* a ser observado quando se analisa, *in concreto*, a necessidade de adequação (*adeguamento*), revisão ou resolução de contratos de longa duração.⁹⁰

84 Em verdade, até mesmo o contrato aleatório, que é caracterizado pela incerteza, situa-se também dentro de uma certa *álea* aceita pelas partes. Assim, se por exemplo alguém faz uma aposta em uma loteria, paga, por isso, um preço, e esse contrato é, a toda evidência, um contrato *aleatória*, caracterizado pela *incerteza*, pois ele adimpliu com a sua obrigação [pagamento do valor da aposta], sem saber se virá ou não a ser o sorteado. Contudo, embora se tratando de um contrato *aleatório*, é preciso ao menos que essa *álea* seja possível de ocorrer, de tal sorte que se a loteria é extinta, antes do jogo ser realizado, ainda que se trate de contrato aleatório, ele deve ser desfeito, com a devolução dos valores ao apostante, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa.

85 CC ita. 1467:

«*Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).*

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)».

86 Em sentido diverso, entendendo não ser a expressão adequada, *cfr.* BOSELLI, Aldo. *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in 'Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile'. Milano: Giuffrè, 1948, pp. 769/795 [*cfr.* p. 795].

87 MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*, cit., p. 4; e MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., p. 275.

88 NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado*, cit., coments. 2 CC 478, p. 579. V., também, MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*, cit., p. 32.

89 NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado*, cit., coments. 3 CC 478, p. 580; Aldo BOSELLI. *Rischio*, cit., p. 794; e Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., p. 12/17. V. também Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCHI. *Commentario*, cit., coment. V CC ita. 1467, p. 1552.

90 MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., p. 240.

Nesse contexto, a teoria da *base objetiva do negócio jurídico* na realidade confere *maior segurança às relações duradouras*, pois os contratantes sabem, de antemão, que ficam, sim, vinculados ao contrato, mas enquanto permanecer inalterada a sua base objetiva contratual, de tal sorte que se essa for sensivelmente perturbada, *ultrapassando a fronteira [objetiva] dos riscos assumidos [álea normal do contrato]*, haverá *revisão [renegociação ou judicialmente]*; a fim de restabelecer o *originalmente acordado*] ou *resolução* desse contrato.

2.1. Notas e considerações acerca do dever de renegociação contratual

2.1.1. Cláusula de renegociação [cláusula hardship]

As *cláusulas de renegociação* [ou *cláusulas hardship*] se consubstanciam na previsão contratual celebrada entre as partes prevendo a possibilidade de *renegociação do contrato* caso sobrevenha significativa alteração das circunstâncias [perturbação da base objetiva], de sorte a afetar o equilíbrio econômico-jurídico contratual originalmente pactuado, visando a restabelecê-lo.⁹¹

Em nosso sentir, a ausência da *cláusula de renegociação* não inviabiliza nem impede o *dever de renegociar*, decorrente da *equidade* e da *boa-fé objetiva*,⁹² bem como a presença de *cláusula de renegociação* não impede a possibilidade de *resolução contratual*, caso sobrevenha a frustração ou o incumprimento dessa cláusula.⁹³

Contudo, ela tem a vantagem de não só traduzir-se em *desejo das partes*, mas também de franquear-lhes a possibilidade de delinear os contornos e os *campos de atuação* da referida cláusula e, especialmente, a «*forma*» [«*método*»] a ser observada no esforço conjunto de readequar o contrato às suas bases originais.⁹⁴

91 Cfr. GOMES, Júlio. *Cláusulas de hardship*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 167 e 188/189; e CESÀRO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, § 1.º, pp. 10 et seq.

92 NANNI, Giovanni Ettore. *A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro*, in Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista do Advogado*, n.º 116, julho de 2012, p. 95.

93 Sobre a compatibilização entre a *cláusula de renegociação contratual* e a disciplina legal da *resolução contratual*, v. CESÀRO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione*, cit., § 5.º, pp. 71 et seq.

94 GOMES, Júlio. *Cláusulas de hardship*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 167 e 189/190.

Assim, por meio da *cláusula de renegociação* as partes podem discriminar as regras sobre como se desenvolverá o *procedimento* da renegociação, é dizer, exemplificativamente, como se iniciará o procedimento, como se dará a comunicação entre as partes, prazos de comunicação [v.g., respostas], tempo em que o procedimento deverá desenvolver-se, etc.

Podem, ainda, como de fato tem se intensificado nos últimos tempos, recorrer à Arbitragem como meio eleito para readequar o contrato, elegendo a Câmara de Arbitragem e Árbitros, ou recorrer à Mediação, ou, ainda, ao auxílio de negociadores, v.g.⁹⁵

Deste modo, as *cláusulas de renegociação*, ao contrário de traduzirem-se em supressão do *dever de renegociação contratual* decorrente da *equidade* e da *boa-fé objetiva*, consubstanciam-se em exercício da *liberdade contratual* e da *autonomia privada*, fixando as partes *contornos* e *procedimentos* que a renegociação contratual deve observar, caso sobrevenham perturbações das prestações e alteração das circunstâncias [base objetiva] a ponto de desequilibrar a relação contratual, conforme originalmente contratada.

2.1.2. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. Princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração

Se as relações obrigacionais – especialmente as *duradouras* – traduzem-se, como vimos, em *relações de cooperação*, a *boa-fé*, por sua vez, apresenta-se como «*el clima o el ambiente dentro del cual la relación patrimonial debe desenvolverse*»,⁹⁶ criando um *ambiente de confiança* [trust].⁹⁷

E nesse *ambiente de confiança recíproca* que marca as relações de longa duração nasce para os contratantes um *ambiente de renegociação permanente* [cooperação renegociadora continuada],⁹⁸ na busca de *soluções de adequação* ou *readequação* que permitam a conservação do contrato [princípio da conservação dos contratos, que se consubstancia em *princípio fundamental do*

95 GOMES, Júlio. *Cláusulas de hardship*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 196/199; CESÀRO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione*, cit., § 2.º, pp. 26/28; e BONELL, Michael Joachim. *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, in 'Rivista del diritto commerciale'. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, anno LXXVI (setembro/outubro), 1978, pp. 315 et seq.

96 Díez-PICAZO Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial – introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias*, 1.º v. Madrid: Tecnos, 1972 [reimp.], Cap. I, § 2.º, 11, p. 46. A *boa-fé objetiva* se traduz, assim, em *bitola de comportamento*; DA ROCHA António Manuel e António MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2007 (3ª. reimp), pp. 162/170.

97 ARAÚJO, Fernando. *Teoria*, cit., § 26-A, p. 380.

98 Sobre a necessidade de *renegociação permanente*, cfr. Augusto M. MORELLO. *Contrato*, cit., pp. 43/54.

ordenamento jurídico e do qual o dever de renegociação contratual é clara expressão⁹⁹], sempre que essa *relação duradoura* sofra sensível perturbação nas prestações que lhe destrua base do negócio.

E nesse ambiente [de confiança recíproca¹⁰⁰] no qual a relação jurídica patrimonial de longa duração deve desenvolver-se, a boa-fé passa a funcionar mais do que como *standard* comportamental¹⁰¹ [bitola de comportamento], ela, boa-fé, passa a *integrar* o contrato [eficácia integrativa],¹⁰² sendo «fonte de direitos e deveres» para as partes-contratantes.

É justamente como expressão dessa «eficácia integrativa da boa-fé» que surge o *dever de renegociação contratual*, consubstanciando-se a *readequação do contrato* [adequamento] em verdadeiro «princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração»,¹⁰³ extraído do ordenamento jurídico, tendo-se como fonte primeira do dever de renegociação contratual a «boa-fé»¹⁰⁴ [as obrigações devem ser executadas de boa-fé],¹⁰⁵ daí falar-se em «obrigação» de renegociar [= dever de renegociação].¹⁰⁶

99 MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*, cit., p. 41.

100 Nesse sentido, DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1941, tradução de Fernando de MIRANDA, § 19, pp. 186/187: «Segundo o § 157.º do Cód. Civil, os negócios jurídicos devem interpretar-se como o requeira a boa fé, atendendo aos usos sociais ... As palavras 'boa fé' significam confiança, segurança e honorabilidade baseadas nela, pelo que se refere, sobretudo, ao cumprimento da palavra dada; especialmente a palavra 'fé', fidelidade, quer dizer que uma das partes se entrega confiadamente à conduta leal da outra no cumprimento das suas obrigações, confiando em que esta não a enganará».

101 Cfr. NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado*, cit., coment. 12 ao CC 422, p. 536. V. também MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários*, v. V, t. II, cit., p. 42: para quem a boa-fé constitui, «em sua acepção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos *participantes* da relação obrigacional um agir pautado pela *lealdade*, pela *consideração dos interesses da contraparte*».

102 NERY JUNIOR, Nelson. *Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo*, in 'Revista de Direito Privado', n.º 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2001, p. 201; NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado*, cit., coment. 8 ao CC 422, p. 535; no mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412; FABRIZIO CRISCUOLO. *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del Giudice) di equità*, in 'Rivista dell'Arbitrato'. Milano: Giuffrè, 1999, p. 76; MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*, cit., p. 110; MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., pp. 147 et seq. 314 (equidade integrativa), e 330 (valorização do princípio da boa-fé em suas dimensões interpretativa e integrativa). V. CC ital. 1175, 1374 e 1375.

103 MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., pp. 93 et seq.

104 No direito italiano, cfr. Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 149, com base no CC ita. 1374: «*Integrazione del contratto*. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità».

105 MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*, cit., pp. 127/128.

106 MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., pp. 311 et seq. (especialmente p. 314); e Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 113 e 121 et seq.

Assim sendo, antes de *contratual* [caso as partes tenham previsto *cláusula hardship*], o *dever de renegociação contratual* se traduz em «*obrigação decorrente da equidade e da boa-fé objetiva*, como expressão do *dever de cooperação dos contratantes*, consubstanciando-se em um *dever lateral de conduta*.¹⁰⁷

Nesse ínterim, em suma, a renegociação do contrato se afigura como a *solução mais óbvia e preferível* para o correto enfrentamento do problema da alteração das circunstâncias,¹⁰⁸ garantindo a sobrevivência do contrato [*princípio da conservação dos contratos*], o que está em consonância justamente com as modernas disciplinas que os Princípios *Unidroit*¹⁰⁹ e o Código Europeu dos Contratos¹¹⁰ têm dado aos contratos.

107 Giovanni Ettore NANNI. *A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro*, in Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista do Advogado*, n.º 116, julho de 2012, pp. 95/96.

108 Fernando ARAÚJO. *Teoria*, cit., § 45-A, p. 676; Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 22.

109 Sezione 2: *Hardship*

Articolo 6.2.1

(*Obbligatorietà del contratto*)

Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'*hardship*.

Articolo 6.2.2

(*Definizione di hardship*)

Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e

- (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto;
- (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto;
- (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e
- (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

Articolo 6.2.3

(*Effetti dell'hardship*)

(1) In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata.

(2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione.

(3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice.

(4) Il giudice, se accerta il ricorrere di un'ipotesi di *hardship*, può, ove il caso,

- (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure
- (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

Cfr. João Baptista VILLELA (editor responsável) et al. *Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais/2004* [versão em língua portuguesa], São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 193 et seq.

110 Art. 157. *Rinegoziazione del contratto*

- 1. Se si sono verificati degli avvenimenti straordinari e imprevedibili, quali indicati nell'art. 97 comma 1, la parte che intende avvalersi della facoltà prevista da tale

2.1.3. Conteúdo do dever de renegociar. Adimplemento e inadimplemento do dever de renegociar

O *dever de renegociar*, seja advindo de *previsão contratual*, seja advindo da «obrigação» decorrente da *equidade e da boa-fé objetiva*, prescreve, sempre, um dever mútuo *esforço* das partes-contratantes no sentido de obterem a readequação do contrato, restabelecendo-se o equilíbrio originalmente pactuado.

Não estipula, por evidente, a *obrigatoriedade de êxito* na renegociação, mas apenas e tão somente o *esforço – sério* [efetivo] e de *boa-fé – de renegociar*.

Trata-se, pois, de um *dever de procedimento* [*dever procedimental = dever de cooperar para que a readequação seja possível*], e não um *dever de resultado*. Conquanto, evidentemente, esse *dever de procedimento* seja orientado pelo resultado visado pelas partes [readequação do contrato], sua obrigação é de *esforçar-se «séria» e «efetivamente»* [*esforçar-se de boa-fé; tentativa séria*] nesse sentido [*obrigação de meio*], mas não se traduzindo, contudo, em uma *obrigação de resultado* [= efetivo êxito na renegociação].¹¹¹

norma deve indirizzare alla controparte una dichiarazione che contenga le necessarie indicazioni e inoltre precisi – a pena di nullità della richiesta – quali diverse condizioni ella propone per mantenere in vita il contratto stesso. A tale dichiarazione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 36 comma 2.

2. Nessuna azione può essere iniziata prima che siano decorsi sei (tre) mesi dal ricevimento della dichiarazione indicata nel comma precedente, per dar modo alle parti di comporre stragiudizialmente la questione. E' fatta salva la facoltà, in caso di urgenza, di chiedere al giudice le misure di cui all'art. 172.
3. Se si verifica il caso di cui al comma 1 che precede, la controparte può intimare, al soggetto legittimato ad esercitare la facoltà ivi prevista, di dichiarare entro un termine non inferiore a sessanta giorni se egli intende chiedere o meno la rinegoziazione del contratto. Decorso inutilmente tale termine, si considera ad ogni effetto che il soggetto medesimo abbia rinunciato a procedervi. Alla predetta intimazione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 36 comma 2.
4. Se entro il termine di cui al comma 2 che precede le parti non raggiungono un accordo, il soggetto legittimato ha l'onere nei sessanta giorni successivi, a pena di decadenza, di formulare la sua richiesta al giudice osservando le norme processuali in vigore nel luogo in cui il contratto deve essere eseguito.
5. Il giudice, valutate le circostanze e tenuto conto degli interessi e delle richieste delle parti, può, ricorrendo eventualmente ad una consulenza tecnica, modificare o risolvere il contratto nel suo complesso o nella parte ineseguita, e, se del caso e ciò gli venga richiesto, ordinare le restituzioni dovute e condannare al risarcimento del danno.

Cfr. POSENATO, Naiara e PAULO NALIN (orgs. do volume traduzido). *Código europeu dos contratos – projeto preliminar (Livro primeiro – Dos contratos em geral)*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 73/74.

111 GOMES, Júlio. *Cláusulas de hardship*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: atualidades e evolução*, cit., pp. 167 e 192; Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 134 e 147; e MACARIO, Francesco. *Adeguamento*, cit., p. 343 et seq.

Impõe-se, assim, uma obrigação de *participar* «ativamente» e «seriamente» das negociações de readequação [comportamento sério e ativo, como, por exemplo, analisar seriamente a proposta do outro, responde-la em tempo hábil, efetuar contrapropostas sérias etc.]; em suma, caracteriza-se em dever de *renegociar de boa-fé* e não em uma obrigação de concluir positivamente o acordo de renegociação.

Deste modo, a simples frustração no esforço de readequar o contrato não se traduz em inadimplemento do *dever de renegociar*.¹¹²

Em verdade, o *adimplemento* das obrigações decorrentes do dever de renegociar se verifica no comportamento sério, ativo e de boa-fé das partes-contratantes no curso do *procedimento de readequação* do contrato. Sendo assim, da mesma forma que o próprio dever de renegociação nasce do princípio da boa-fé na execução das obrigações, essa mesma *boa-fé* se apresenta como o *critério fundamental* para indicar se o comportamento da parte durante o procedimento de readequação do contrato consubstanciou-se em *comportamento cooperativo efetivo* [sério e ativo] *ou não*.¹¹³

Exemplificativamente, podem [não necessariamente *caracterizam*, posto que a caracterização efetiva acerca de eventual inadimplemento do dever de renegociação dependerá da avaliação *in concreto* do comportamento das partes durante o processo de renegociação, segundo a boa-fé objetiva] caracterizar inadimplemento do *dever de renegociar*: a recusa imotivada em participar ou dar curso ao procedimento de renegociação [procedimento de readequação contratual]; o incumprimento em responder em tempo hábil [ou mesmo *tempestivamente*, em caso de obrigação de renegociação decorrente de *cláusula hardship*, haja vista que as partes podem estabelecer contratualmente os prazos de resposta]; incumprimento do dever de examinar seriamente a proposta do outro, motivando a recusa [e, até mesmo, se possível efetuando contraproposta]; silêncio da parte acerca da proposta do outro.¹¹⁴

O inadimplemento no dever de renegociar pode dar margem [além, evidentemente, da possibilidade de *revisão judicial do contrato* ou de *resolução do contrato por onerosidade excessiva*] a eventual indenização por perdas e danos, caso a parte prejudicada com impossibilidade de conservar o contrato [em razão do incumprimento dever de renegociar] demonstre e comprove ter efetivamente experimentado danos decorrentes desse inadimplemento [perda de uma chance, *v.g.*].¹¹⁵

112 MACARIO, Francesco. *Adeguamento, cit.*, p. 350.

113 ÍDEM, p. 352.

114 MACARIO, Francesco. *Adeguamento, cit.*, pp. 349/350; e Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione, cit.*, pp. 147 e 168.

115 *Cfr.* MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione, cit.*, pp. 170 *et seq.*

2.1.4. Abuso de direito no exercício do direito à renegociação.

Um «risco» trazido pelo *dever de renegociação* é o *desvirtuamento de sua finalidade*, traduzindo-se em hipótese de mera *protelação* indevida do cumprimento das obrigações assumidas contratualmente.¹¹⁶

Infelizmente, todas as regras do ordenamento estão sujeitas a que se lhes pretenda dar mau uso, desviando-se de suas finalidades, servindo-se delas para fins e interesses que não são juridicamente protegidos.

Esse comportamento, que se consubstancia em efetivo *abuso de direito* [*rectius: exercício abusivo de posição* (ou prerrogativa) *jurídica* ou *abuso no exercício de posição jurídica*],¹¹⁷ deve ser coibido, sancionando-se [*punindo-se*] esse comportamento *desleal* da parte.

O abuso de direito se consubstancia em *ilicitude de meios* ou *ilicitude no exercício*, de tal sorte que não é o *direito* em si mesmo que é ilícito, mas a «forma» *disfuncional* [*o modus operandi*] como o foi exercido que caracteriza a sua *abusividade*, sendo que o *abuso de direito* se traduz em ato ilícito [*ilícito* «objetivo»], exurgindo-se-lhes os consectários legais decorrentes de todo e qualquer ato ilícito.¹¹⁸

Deste modo, *abusando* a parte de seu direito de pleitear a renegociação contratual [como, *v.g.*, tão somente para protelar o cumprimento de suas obrigações], esse abuso caracteriza ato ilícito objetivo, devendo ser punido pelo juiz, como, por exemplo, impondo-lhe o dever de ressarcir ou indenizar a outra parte, prejudicada com o seu comportamento abusivo.

2.1.5. Distinção entre renegociação e intervenção judicial nos contratos (*revisão judicial do contrato e resolução contratual por onerosidade excessiva*).

O *dever de renegociação contratual*, conquanto guarde íntima relação, não se confunde com os institutos da *revisão judicial do contrato* e da *resolução do contrato por onerosidade excessiva*.

116 ARAÚJO, Fernando. *Teoria, cit.*, § 45-A, p. 676.

117 Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 3.2, pp. 116/123; na tradução para o espanhol: Thiago RODOVALHO. *Abuso del derecho y derecho subjetivos*, traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y César Edwin Moreno More, Lima: Ara Editores, 2014, § 3.2, pp. 120/127.

118 Cfr., entre outros, Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 2.8, pp. 84/87, § 3.5.3, p. 169, e § 3.7, pp. 175 *et seq*; na tradução para o espanhol: Thiago RODOVALHO. *Abuso del derecho y derecho subjetivos*, traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y César Edwin Moreno More, Lima: Ara Editores, 2014, § 2.8, pp. 89/92, § 3.5.3, pp. 178/179, e § 3.7, pp. 185 *et seq*.

Nesse contexto, os dois últimos – *revisão judicial do contrato* e *resolução do contrato por onerosidade excessiva* – consubstanciam-se em *intervenções «judiciais»* nos contratos de execução diferida ou de longa duração, ao passo que o *dever de renegociação contratual* se traduz em tentativa [«esforço» *efetivo e concreto*] das *partes-contratantes* em buscar uma readequação do contrato, de modo a restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico contratual originalmente pactuado entre elas.

Assim sendo, as formas de intervenção judicial nos contratos de execução diferida ou de longa duração são *consequência* da *frustração* ou do *incumprimento* do dever de renegociar existente entre as partes-contratantes [quer por expressa previsão contratual (cláusulas *hardship*) quer como decorrência da «obrigação» *decorrente da equidade e da boa-fé objetiva*].

Deste modo, *frustrando-se* os objetivos da renegociação contratual [é dizer, as partes *efetivamente* se esforçaram na busca da readequação contratual, porém não lograram êxito no intento] ou, então, *incumprindo-se* o dever de renegociação [a parte sequer *tentou* ou não se esforçou *seriamente* (de boa-fé) no *processo de renegociação contratual*] abre-se margem para a intervenção judicial no contrato.

Nesse ínterim, em sendo possível a *conservação do contrato* [é dizer, caso seja possível conservar e conciliar o interesse (*original e objetivo*) das partes], o juiz, preservando-o, procede à *revisão judicial* do contrato; sendo inviável ou impossível a conservação do contrato, alternativa não restará, ao juiz, senão a *resolução* do contrato.

Portanto, a *revisão judicial do contrato* aproxima-se, e muito, ao *dever de renegociação*; contudo, enquanto a aquela readequação é feita pelo juiz [*sentença determinativa*], essa última é tentada pelas próprias partes-contratantes. Já a *resolução do contrato por onerosidade excessiva* de traduz na *extinção «judicial»* do contrato, ante a *alteração das circunstâncias* e da *impossibilidade* de conservar-se o contrato. ¹¹⁹

2.1.6. Cláusula ou dever de renegociação contratual e intervenção do juiz no contrato. Sentença determinativa

Em havendo *frustração* ou *inadimplemento* do dever de renegociação contratual, como vimos, *duas* situações tornam-se possíveis: (i) a *revisão judicial do contrato*; e (ii) a *resolução do contrato por onerosidade excessiva*.

119 Sobre *revisão judicial do contrato* e *resolução do contrato por onerosidade excessiva*, cfr. NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coments. 2 e 4 CC 478, pp. 579/580.

Se houve *inadimplemento* do dever de renegociar, mais ainda justifica-se a tentativa, agora *judicial*, de conservar o contrato, adequando-o, em razão da alteração das circunstâncias.

Contudo, mesmo em se tratando em *frustração* do dever de renegociar, é dizer, as partes tentaram *renegociar*, mas não lograram êxito em chegar a um consenso, tal fato, por si só, não exclui nem impede que o juiz, mesmo assim, tente conservar o contrato, revendo-o para readequá-lo. É evidente que, em se tratando de *frustração* do dever de renegociar, a possibilidade de *revisão judicial do contrato* já se apresenta como uma tarefa mais difícil, exigindo maior *cautela* do juiz para que não se substitua às partes, violando a autonomia privada.

Mesmo com essas dificuldades, ainda assim, antes de proceder-se a uma *resolução do contrato*, deve ser analisada, *in concreto*, pelo juiz, a possibilidade de conservá-lo, nele intervindo [*revisão judicial do contrato*].

O limite dessa *revisão judicial do contrato* é a própria *autonomia privada*.¹²⁰ Contudo, em sendo possível conciliar, judicialmente, os *interesses originais das partes-contratantes* [*objetivamente considerados*]¹²¹ com a *readequação do contrato*, deve o juiz, em respeito ao princípio da conservação dos contratos, proceder à *revisão do contrato* e não à sua *resolução*.

Nessa hipótese [*revisão judicial do contrato*], o juiz não *substitui a vontade das partes*, mas *integra e participa* do negócio jurídico [*integra a relação jurídica material controvertida*], proferindo *sentença determinativa* [*festsetzendes Urteil*],¹²² isto é, *integrativa* do negócio jurídico, na qual ele pode *rever e modificar* cláusulas contratuais [*função criadora (Richterrecht)*], a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico global do contrato, conforme originalmente pactuado entre as partes-contratantes [*restabelecendo a base objetiva do negócio jurídico*]. Os parâmetros dados ao juiz para rever e reescrever as cláusulas contratuais afetadas pela alteração das circunstâncias são os próprios parâmetros que integram a base objetiva do negócio jurídico.¹²³

120 CESÀRO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoiazione*, cit., § 1.º, p. 20; Gerardo MARASCO. *La rinegoiazione*, cit., pp. 53 e 182.

121 Cfr. Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA. *Adimplemento e extinção das obrigações*, in Miguel REALE e Judith MARTINS-COSTA (coord). *Biblioteca de direito civil – estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 63/64.

122 Sobre *sentenças determinativas*, cfr., entre outros, RASELLI, Alessandro. *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, in Alberto TRABUCCHI (org.). *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, v. 2 (Diritto Processuale). Padova: Cedam, 1950, pp. 567/623.

123 NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria DE ANDRADE NERY. *CC comentado*, cit., coment. preliminar. 24 CC 1.º, pp. 197/198, coments. 31/32 CC 422, p. 541, e coments. 4/5 CC 478, p. 580;

Entretanto, em não sendo possível a conciliação dos *interesses originais das partes-contratantes* [objetivamente considerados] com a *readequação do contrato*, alternativa não resta ao juiz senão a resolução do contrato por onerosidade excessiva.

3. CONCLUSÃO

A *renegociação contratual* tem se consubstanciando, modernamente, em tema que tem ganhado, cada vez mais, a atenção da doutrina, da jurisprudência e, inclusive, das modernas legislações [como, por exemplo, os Princípios *Unidroit* e do Código Europeu dos Contratos].

Isso se deve, como vimos, às exigências que as complexas relações contratuais modernas têm exigido, com grande volume de celebração de contratos de execução diferida ou de longa duração, inclusive internacionalmente, de modo a sujeitar cada vez mais as partes-contratantes às *intempéries* que o tempo pode ocasionar à execução e ao fiel cumprimento do contrato celebrado, perturbando-lhe as prestações e a base objetiva.

Deste modo, sem ter a pretensão de traduzir-se em trabalho exaustivo sobre o tema, objetivamos tecer breves considerações sobre o *dever de renegociação contratual*, para servirem de auxílio à compreensão do tema.

RASELLI, Alessandro. *Le sentenze determinative*, in Alberto TRABUCCHI (org.). *Scritti*, v. 2, cit., pp. 602 *et seq*, especialmente pp. 605/606.

Desarrollo del daño al proyecto de vida como aporte del Derecho peruano al Derecho continental

Guillermo Andrés Chang Hernández*

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. El daño a la persona. – 3. Clasificación del daño a la persona. – 3.1. El daño moral como subespecie del daño a la persona. – 3.2. Regulación del daño moral en la legislación peruana. – 4. Daño al proyecto de vida, como subespecie del genérico daño a la persona. – 5. El daño al proyecto de vida en la legislación comparada. – 5.1. El caso venezolano. – 5.2. La experiencia brasileña. – 5.3. El caso colombiano. – 5.4. La experiencia argentina. – 5.5. En el Derecho peruano. – 6. El daño al proyecto de vida como aporte de la doctrina peruana.

1. INTRODUCCIÓN

Ya se conoce que los seres humanos en su vida de relación con los demás, en ciertas situaciones suelen atentar contra un derecho subjetivo del otro y a con ello generarle daños, ante lo cual deben someterse a la obligación de responder a una pena (desde el Derecho penal) o a resarcir el mal causado (desde el Derecho Civil).

Los daños que puede sufrir una persona se agrupan en patrimoniales y extrapatrimoniales, entre los primeros encontramos aquéllos que van en contra del patrimonio

* Abogado por la Universidad Nacional de «San Luis Gonzaga» de Ica, miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil, Profesor de Derecho Civil de la Universidad Privada «San Juan Bautista». Postgrado en Derecho civil por la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo, España). Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil.

de la víctima; es decir, que afectan los bienes que poseen una valoración económica los mismo que son identificable y cuantificable de manera más o menos sencilla(para lo cual es necesario que la victima realice una correcta identificación y cuantificación del daño), empero respecto a los daños extrapatrimoniales encontramos aquéllos que afectan a bienes cuya valorización no se encuentra dentro del ámbito económico o del intercambio comercial, como es el caso del mal llamado daño moral (lo propio seria hablar de daño psicológico), del daño al proyecto de vida o del genérico daño a la persona, adhiriéndonos a la clasificación y diferenciación que hace el maestro Fernández Sessarego,¹ de los diversos daños que puede sufrir la persona distintos a los económicos o extrapatrimoniales. Por ello, es de suma importancia conocer qué alcances engloban cada uno de estos daños, así como delimitar claramente sus diferencias.

En este trabajo, fundamentalmente, abordaremos el tema del daño al proyecto de vida, el cual – en esencia – es un daño extrapatrimonial o por decirlo de otra manera no es valorizable económicamente, aunque son merecedores de un resarcimiento a favor de quien los sufre.

2. EL DAÑO A LA PERSONA

Durante los últimos años del siglo xx la responsabilidad civil ha experimentado un importante cambio en su estructura y concepción, pues ha pasado de reaccionar únicamente por los daños materiales que sufre una persona para empezar a hacerlo también cuando se afectan intereses no patrimoniales como el honor, el dolor o la angustia de un individuo (daño moral) o el reconocimiento de un daño a la libertad de decisión que tiene todo ser humano, de hacer con su vida lo que mejor crea conveniente, o aquello que lo realice plenamente, o como comúnmente se le viene conociendo realizar su proyecto de vida, en tales casos se ha empezado a reconocer la centralidad de la persona humana como sujeto de derecho, lo cual ha permitido percibir que lo que interesa (en la responsabilidad civil), básicamente, no es tanto la determinación de la culpa del agente del daño, sino la protección integral del ser humano, a fin de que no se prive de un adecuado resarcimiento frente a las consecuencias de un daño injusto. Así la aparición del daño a la persona, para Tunc, es uno de los acontecimientos más importantes ocurridos en los últimos años en tema de responsabilidad civil.

1 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho de Daños en el umbral de un nuevo milenio*. Edición electrónica, p. 61.

La primera intención de estudio del daño a la persona, la encontramos en el profesor italiano Francesco Busnelli y posteriormente en el también italiano Guido Alpa, quienes sostienen que existe un daño al ser humano, más importante que cualquier daño a los objetos del mundo, el cual debe ser reparado en toda circunstancia, con criterios y técnicas que tengan en cuenta su singular naturaleza.²

En el medio peruano para el maestro de la universidad Mayor de San Marcos, Carlos Fernández Sessarego, el daño a la persona «supone la reparación de las consecuencias de todo orden del daño causado a lo que constituye el ser humano, es decir, a la unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. Por tanto, son objeto de reparación las consecuencias de los daños ocasionados al *somma* o cuerpo en sentido estricto, y a la *psique*. Pero, sobre todo, debe atenderse a la reparación de las consecuencias del daño al ejercicio de la libertad en cuanto expresión mundana de una decisión subjetivamente libre».³

Posteriormente, ya en 1986 el profesor Fernández Sessarego, a su regreso de Italia al Perú, señala sobre el tema que «En general, el daño a la persona, es todo aquel que produce efectos desfavorables en el ámbito psicológico o moral de la persona, ya sea perturbando su equilibrio espiritual, generando distorsiones o deterioros mentales de cualquier tipo y por cualquier causa, interfiriendo en su intimidad, lesionando su honor, deteriorando su prestigio, imputándole conductas que no le corresponden, atribuyéndose la paternidad de sus acciones o creaciones, entorpeciendo su vida de relación, atentando contra su salud. En cualquiera de estas hipótesis y en otras, específicamente, no contempladas pero que afectan la esfera personal del sujeto, se produce un daño que, de algún modo debe indemnizarse pese a no ser cuantificable pecuniariamente».⁴

Por tanto, no hay que olvidar que la persona es un ente ontológicamente libre, temporal y coexistencial. Afirma, además que el daño puede ser apreciado desde dos distintos planos: uno en función de la calidad ontológica del ente dañado, es decir, en atención a su naturaleza, y el otro en función de las consecuencias que dicho daño ha ocasionado al ente. Asimismo, expresa que en atención a la calidad ontológica del ente pueden diferenciarse dos tipos de daños: el daño a la persona (o daño subjetivo) y el daño a las cosas (o daño objetivo).

2 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «El Derecho de daños en el umbral de un nuevo milenio».

3 *Idem*.

4 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Op. cit.*

En conclusión para el profesor peruano, «la noción de daño a la persona comprende todos los daños que inciden o lesionan el ente ser humano, entendido como estructura psicosomática, constituida y sustentada en su libertad».⁵

Se habla también de que el daño a la persona opera cuando se causa un menoscabo o afectación a cualquier derecho de la personalidad del individuo; esto es, por ejemplo, cuando afecta el derecho a la salud, al honor, al bienestar o a la libertad.

3. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA

Entender la clasificación esgrimida en relación a los daños que sufre el ser humano,⁶ implica conocer que la idea misma del daño puede ser clasificado en «daño subjetivo» o «daño a la persona», y en «daño objetivo» o daño a las cosas del mundo. Asimismo, que el momento actual admite que por el término daño subjetivo comprende en él tanto al «sujeto de derecho» como al concebido o el daño a la persona natural.

Así, sistematizar hoy el «daño moral» y el «daño al proyecto de vida» dentro del genérico daño a la persona, encuentra sustento en que el ser humano es un ente complejo, ya que está constituido por una unidad inescindible de cuerpo o soma y psique, que se sustenta en su ser libertad. Por consiguiente, a la persona se le puede dañar en cualquiera de dichas manifestaciones, por lo que su tratamiento debe tomar en consideración el específico aspecto de la persona que se ha dañado antes de establecer la modalidad de reparación más idónea en función de sus consecuencias.

Partiendo de la realidad estructural del ser humano el daño a la persona puede darse cuando se lesiona la unidad psicosomática (daño moral) o la libertad (daño al proyecto de vida), o ambas vertientes. Esta comprobación nos lleva a determinar que el daño a la persona puede englobar una diversidad de daños, que para algunos se sintetizan en el daño a la unidad psicosomática y el daño a su libertad.

3.1. El daño moral como subespecie del daño a la persona

También llamado daño no patrimonial o inmateriales, no económico o extrapatrimonial. Aunque para nosotros lo pertinente sería llamarlo «daño psicológico». Sin embargo, a pesar de la multiplicidad de conceptos,

5 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. «Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral».

6 Refiriéndose al daño como objeto de reparación civil.

no existe en doctrina una definición clara de «daño moral», porque el objeto afectado es de lo más heterogéneo a lo que se le debe sumar el problema de su cuantificación que permita un adecuado y justo resarcimiento, que, en esencia, es la razón de ser del sistema de responsabilidad civil.

Sobre daños morales Santos Briz expresa: “Es criterio que puede considerarse predominante la concepción del daño moral como el que afecta principalmente a los derechos de la personalidad. Puede afectar, sin embargo también a otros derechos que —al menos— en sentido estricto, no se incluyen entre los de la personalidad, como a los derechos de familia, corporativos, etc., pero no cabe negar que el sector fundamental de los daños morales, tenga lugar en los derechos de la personalidad. En este sentido, Norr establece como presupuesto mínimo de la indemnización del daño inmaterial la infracción del derecho general de la personalidad».⁷

Resumiendo lo anotado, podemos decir que el daño moral operará cuando se trasgrede los derechos de la personalidad de un sujeto, esto es lo que el constitucionalismo moderno llama derechos fundamentales de la persona.

Actualmente —señala el peruano Juan Espinoza— conforme a la sistemática de nuestro vigente Código Civil, se puede definir al daño moral, distinguiéndolo del daño a la persona, como «el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc., padecidos por la víctima que tiene el carácter de efímeros y no duraderos».⁸

Felipe Osterling Parodi, entiende también por daño moral aquel daño no patrimonial, es inferido en el derecho de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica.

En el Perú la jurisprudencia ha intentado definir el daño moral así ha establecido que: «es aquél traducido en el dolor y sufrimiento que significa someterse a tratamiento médico y quirúrgico».⁹

Por su parte, la Corte Suprema del Perú mediante Resolución Casatoria n.º 1676-2004-Lima, ha señalado que: «El daño moral consiste en el dolor y sufrimiento causado que debe ser apreciado teniendo en cuenta la magnitud o menoscabo producido a la víctima o a su familia de

7 MORALES GODO, Juan. «Naturaleza del daño moral. ¿Punitiva o resarcitoria?». En *Responsabilidad civil II*. Lima: Ed. Rodhas, 2006, 1.ª edición, p. 188.

8 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Derecho de responsabilidad civil». Lima: Ed. Gaceta Jurídica, 2007, 5.ª edición, p. 228

9 Res. n.º 23 del Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, de fecha 28 de agosto de 1998 (Exp. n.º 1997-55729-0-1000-J-CL-23).

acuerdo a las circunstancias que rodean el caso así la situación económica de las partes». ¹⁰

De igual forma en la Casación n.º 949-95, la misma Corte Suprema peruana ha precisado:

El daño moral es el daño no patrimonial inferido en derechos de la personalidad o en valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica. El dolor, la pena, la angustia, la inseguridad, etc., son sólo elementos que permiten aquilatar la entidad objetiva del daño moral padecido, el mismo que puede producirse en uno o varios actos; en cuanto a sus efectos, es susceptible de producir una pérdida pecuniaria y una afectación espiritual. El legislador nacional ha optado por la reparación económica del daño moral, el que es cuantificable patrimonialmente, y su resarcimiento, atendiendo a las funciones de la responsabilidad civil (reparatoria, disuasiva y sancionatoria), debe efectuarse mediante el pago de un monto dinerario, o en su defecto, a través de otras vías reparatorias que las circunstancias particulares del caso aconsejen al juzgador.

Asimismo, en la CAS. n.º 1125-95: agrega que: «La impugnada emite una errada apreciación conceptual del daño moral al señalar que este, no teniendo contenido patrimonial, no puede ser expresado en términos económicos, toda vez que el daño material no ha sido probado; por lo que, de esta manera, se desconoce la autonomía del daño moral como auténtico instrumento reparador del perjuicio ocasionado en la víctima cuando dicho daño efectivamente se ha irrogado» o la CAS. n.º 31-96: que expresa:

Si bien es cierto que en doctrina se discute la reparación económica del daño extrapatrimonial, aparece del texto de los artículos 1322, 1984 y 1985 del Código Civil vigente que el legislador optó por dicha solución, decisión a la que debe atenerse el Juzgador conforme a los artículos Sétimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil y Sétimo del Título Preliminar del Código Civil.

Más allá de las definiciones existentes, el debate central es determinar si el reconocimiento y más aún la determinación económica del daño moral, es el correcto. En efecto, se entiende que el daño moral como daño extrapatrimonial, por definición no puede medirse en dinero, ni consecuentemente, repararse en dinero.

El maestro Fernando De Trazegnies, agrega que «[...] es posible obligar al causante de un daño a que pague el costo de la operación, de los remedios y de la rehabilitación de la persona a la que le quebró una pierna en un accidente de automóvil.

Pero, ¿cómo puede medirse cuánto vale en dinero el puro dolor que sintió el atropellado, el sentimiento del terror y de impotencia que tuvo que verse arrojado intempestivamente por tierra, la aprehensión de la intervención quirúrgica, etc.?

10 Data 30,000 Gaceta Jurídica digital.

Y, ¿aun si asignaremos un valor arbitrario al sentimiento, acaso la víctima sentimental «volverá al estado original» — que es la función de la reparación — por el hecho de recibir una suma de dinero?¹¹

Por su parte, el extinto profesor Lizardo Taboada,¹² sobre el daño moral nos dice: «Por daño moral se entiende la lesión a los sentimientos de la víctima y que produce un gran dolor o aflicción o sufrimiento en la víctima. Así, por ejemplo, se entiende que en los casos de la muerte de una persona, los familiares sufren un daño moral por la pérdida del ser querido, bien se trate del cónyuge, hijos, padres y familiares en general».

Frente a este criterio se anota bien que el daño moral, desde la perspectiva de una función reparadora del sistema de responsabilidad nuestro y del latino, en general, a diferencia del daño patrimonial, tendría un carácter de satisfacción.

Así, Fernando De Trazegnies,¹³ recogiendo lo que se ha escrito y fundamentalmente en el Derecho romano ha esbozado sobre el particular, precisa que: «Algunos juristas contemporáneos han comprendido correctamente el enfoque romano y distinguen entre el carácter de “reparación” que tiene la indemnización frente al daño material y el carácter de “satisfacción” que tiene frente al daño moral. Más adelante, De Trazegnies, agrega: «... esta distinción ilumina la verdadera naturaleza vengativa de la indemnización por daño moral: no es una reparación sino una satisfacción del deseo de que al agresor le pase también algo, que sufra cuanto menos en su patrimonio».

3.2. Regulación del daño moral en la legislación peruana

a. Código Civil de 1852

En éste cuerpo legislativo, al igual que su similar francés el daño moral sencillamente no apareció, argumentando que el Derecho civil está orientado a la reparación; por consiguiente dado que el daño moral es una pena, no tiene cabida en el código civil de 1852.

b. Código Civil de 1936

Este código de manera tímida empieza a regular el daño moral en nuestro país, pues en su artículo 1148 expresa que «el juez puede tomar en consideración el daño moral». De igual forma, en Derecho

11 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Ed. PUCP, 1988, 1.ª edición, pp. 92-93.

12 TABOADA MORALES, Lizardo. «Elementos de la responsabilidad civil».

13 *Idem*, p. 95.

de Familia, en el artículo 79 autoriza facultativamente al juez a fijar una indemnización en caso de ruptura de esponsales. Sin embargo nada se dice de daño moral en responsabilidad contractual.

Sin embargo fue la jurisprudencia nacional que se encargó de reconocer de manera más habitual la existencia del daño moral, así encontramos una larga lista de Ejecutorias Supremas que así lo informan.

c. El Código civil de 1984

Nuestro actual código civil recoge la noción del daño moral indemnizable en los artículos 1322 si se trata de una obligación de indemnizar derivada de inejecución de obligaciones y en los artículos 1984 y 1985 del mismo código en el caso de responsabilidad extracontractual. En tal sentido podemos decir que nuestro actual código si recoge la idea del daño moral indemnizable.

En artículo 1984 del Código civil, precisa: «El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia», sobre lo cual cierta doctrina, critica el alcance del precitado artículo argumentado que no solo la familia del dañado podría sufrir daño moral, pues habilitan la posibilidad que también lo sufran el ahijado, por ejemplo; posición que no compartimos, pues en ese caso, la amiga de la víctima también podría reclamar un daño moral ante la muerte de aquella, lo cual no es aceptable, pues la lista de sujetos a ser indemnizados sería bastante larga y además porque estimamos que los alcances de éstos artículos están bien definidos hacia la familia, ya que será esta que en todo caso ya sea por voluntad o por Ley debe asistir a su familiares en caso de dependencia y además que es más razonable entender un daño moral ante las afectaciones que sufra un familiar que un amigo, fundamentalmente por razones probatorias, hoy solo debemos limitarnos a ese alcance.

4. DAÑO AL PROYECTO DE VIDA, COMO SUBESPECIE DEL GENÉRICO DAÑO A LA PERSONA

Dentro de la clasificación genérica de daño a la persona, no podemos dejar de mencionar aquella categoría concebida y desarrollada fundamentalmente por la doctrina peruana en la persona de Carlos Fernández Sessarego.

Para entender el daño que se genera al proyecto de vida, es imprescindible seguir el pensamiento de Fernández Sessarego, quien sobre el tema explica que: «la decisión libre, que subjetivamente adopta la per-

sona, se concreta o fenomenaliza en la ejecución y cumplimiento de un proyecto de vida».

Asimismo, no obstante el ser humano es libre para elegir sin limitación su proyecto de vida, éste en ocasiones se ve frustrado por un daño a la persona (aquel daño que afecte los derechos de la personalidad del individuo) que puede frustrarse, cumplirse sólo parcialmente, menoscabarse en alguna medida o retardarse en su ejecución. Asimismo se entiende que el daño al proyecto de vida es un daño radical, de consecuencias incalculables, pues puede llegar a crear en la persona un vacío existencial.

Para comprender lo que significa el proyecto de vida –agrega el maestro Fernández Sessarego– hay que partir de la concepción del ser humano como una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad. La libertad en cuanto ser del hombre, lo convierte en un ser espiritual, único, singular, dotado de dignidad. La libertad es lo que diferencia al ser humano de los demás entes del universo conocido. Así, también Sessarego entiende que se afecta el proyecto de vida cuando se atenta a la libertad ontológica del individuo, entendiendo por ésta la capacidad del hombre de decidir por sí mismo un proyecto de vida, estando dirigida a exteriorizarse, a concretarse en la realidad de la vida.

En consecuencia, tenemos que el daño al proyecto de vida, afecta fundamentalmente la libertad del individuo de desarrollar de acuerdo a su libre elección, pues el ser humano tiene derecho a ejercer plenamente su libertad y por ende decidir libremente que hacer de su existencia. Asimismo, dicha libertad de decisión interna de qué querer ser y hacer se materializa o fenoménica, por eso hablamos que el daño al proyecto de vida también afecta la libertad fenoménica del individuo.

Por su parte La jurisprudencia supranacional de la Corte Interamericana de Derecho humanos (CIDH) distingue el daño al proyecto de vida y el lucro cesante y el daño emergente (daños al patrimonio), así han sostenido, en el caso María Loayza Tamayo contra el Estado peruano, que «el denominado proyecto de vida atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas». ¹⁴

De igual forma se debe mencionar que hace bien la Corte, a través del voto disidente del juez Roux Rengifo, en entender el daño al proyecto de vida como un daño objetivo diferenciándolo del daño moral, de

14 Resolución de la CIDH del 27 de noviembre de 1998, consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf.

naturaleza subjetiva. En efecto dicho magistrado sostiene acertadamente que al «daño moral» como un sufrimiento o dolor de carácter subjetivo, distinguiéndolo del daño al «proyecto de vida» que es una modificación de orden objetivo que suele prolongarse en el tiempo mucho más allá del momento en que cesan la aflicción o congoja ocasionada por el hecho dañino.

5. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Luego del reconocimiento del daño al proyecto de vida por la jurisprudencia supranacional y de las novísimas concepciones de la noción de personas vemos como en las diversas legislaciones, en algunas de manera expresa en otras tácitas, se ha empezado a reconocer el daño a la persona y entre ellos el del proyecto de vida.

El *Code* francés de 1804, al contener una norma amplia en cuanto a la reparación de daño (artículo 1832), a través del término *dommage* (equivalente a daño) sin restricción alguna, lo que ha facilitado la creatividad jurisprudencial y permitiendo el reconocimiento del daño a la persona y sus variantes ya comentadas.

A nivel latinoamericano podemos encontrar un aumento progresivo de tendencia jurisprudencial, en países como Argentina, Venezuela o Colombia, que empiezan a reconocer el daño al proyecto de vida como una tipología de daño indemnizable; sin embargo, a nivel legislativo aún existen reticencias para su reconocimiento.

Así podemos citar casos argentinos, mencionados por Jorge Mario Galdós, como el de «don José Daniel Posse», resuelto por la Corte Suprema con sentencia de fecha 1 de diciembre de 1992; el caso «Carlos Esteban Kuko», resuelto por la misma Corte con sentencia de fecha 12 de diciembre de 1995; el caso NN con la Municipalidad de Buenos Aires, según fallo de la Sala «L» de la Cámara Nacional Civil de 27 de septiembre de 1995; el caso «Juan Millone», sentenciado por la Corte Suprema el 16 de octubre del 2004.

Cabe recordar que quien introdujo en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el «daño al proyecto de vida» en el caso «María Elena Loayza Tamayo», conjuntamente con la representante de la víctima, fue Óscar L. Fappiano quien, en 1998, presidía la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En un artículo titulado *El daño al proyecto de vida en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina*, se refiere a las circunstancias que motivaron la sustentación jurídica del daño al proyecto de vida” ante la mencionada Corte Interamericana.

Cabe señalar que en Argentina el artículo 1600 del Proyecto de Código Civil de 1998 para dicho país, que se encuentra en el Congreso, se introduce la reparación de las consecuencias del «daño al proyecto de vida».

5.1. El caso venezolano

Aquí el reconocimiento del daño a la persona parte de un aporte jurisprudencial y constitucional, en efecto se empieza a reconocer los daños extrapatrimoniales en el caso *José Tesorero vs. Hilados Flexilón* (TSJ del 7 de marzo del 2002); asimismo, con la entrada en vigencia de la Constitución venezolana, pues dicha norma empieza a reconocer tutela a la persona y al respecto a su dignidad, por lo cual la reparación de los daños a la persona podría asumir una dimensión constitucional.

5.2. La experiencia brasileña

Bajo la vigencia del Código Civil brasileño de 1916, podía incluirse diversas figuras relacionadas al daño moral, podían ser comprendidas en el daño moral entendido en sentido amplio, en efecto —señala Pinto Oliveros— que dicho texto normativo carecía de restricciones a la resarcibilidad del daño moral (o no patrimonial) y a la formulación de nuevos supuestos (siendo materia regulada por diversas cláusulas generales).¹⁵

5.3. El caso colombiano

El proyecto de Código Unificado (Colombia) incluyó expresamente, en dos de sus artículos, el daño al proyecto de vida,

5.4. La experiencia argentina

El artículo 1109 del CC argentino reconoce el principio *alterum non laedere* y dispone una noción amplia de daño, así ha sido la jurisprudencia que ha ido incluyendo en el debate el denominado daño al proyecto de vida, bajo el rotulo de «frustración del desarrollo pleno de la vida», empero en dicho país tampoco existe una norma que particularmente se refiera a dicha tipología de daño.

15 PINTO OLIVEROS, Sheraldine. «La experiencia Latinoamericana del daño a la persona». En *Persona, Derecho y Libertad - nuevas perspectivas*. Lima: Ed. Motivensa, 2009, 1.^a edición, pp. 385-406.

5.5. En el Derecho peruano

En el Perú existe jurisprudencia sobre el «daño al proyecto de vida», pues, aparte de diversas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional existen varios pronunciamientos de los jueces civiles de primera instancia y, al menos, tres casos de «daño al proyecto de vida» que han sido amparados y reparados por la última suprema instancia jurisdiccional. Entre los casos resueltos por el Tribunal Constitucional, en los que se reconoce el «daño al proyecto de vida», podemos citar el de «Félix César Calderón Urtecho», sentenciado con fecha 21 de enero del 2004 y el de “Juan Carlos Callegari Herazo”, resuelto con fecha 5 de julio del mismo año.

Entre los casos resueltos por el Poder Judicial en los que se reconoce la existencia y reparación del «daño al proyecto de vida» podemos referirnos al caso «NN con Backus y Jhonston», resuelto por la Corte Suprema, con fecha 1 de septiembre del 2003, expediente n.º 937-2002; el caso «Mariátegui Chiappe», sentenciado con fecha 26 de junio del 2007, expediente n.º 1529-2007; el caso «Frida Fabiola Salinas Janssen», resuelto el 13 de diciembre del 2006, expediente n.º 3973-2006 y el caso de la menor «Lady Meylin Encarnación Osorio», representada por su padre Manuel Washington Encarnación Toscano, fallado por la Corte Superior de Lima, con fecha 2 de julio de 1996, expediente n.º 181-94, causa n.º 31824. Conocemos también de otros casos resueltos a nivel de los jueces civiles como son el caso «Concepción Alcázar Rojas», sentenciado por el Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima con fecha 1 de diciembre del 2001, expediente 51622-02 y el caso «José Robles Godoy» sentenciado por el Décimo Segundo Juzgado Civil de Lima con fecha 8 de agosto del 2005, expediente 33346-2003.

Asimismo, se tiene que en el Perú no solo la jurisprudencia ha reconocido la existencia del daño al proyecto de vida, sino que ha sido el propio legislador que en el artículo 1985 del Código civil de 1984 de manera clara señala «La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral», constituyéndose de esta forma en uno, sino en el primer ordenamiento jurídico positivo en reconocer expresamente el daño a la persona y de allí su desarrollo jurisprudencia en daño al proyecto de vida.

6. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA COMO APORTE DE LA DOCTRINA PERUANA

El daño al proyecto de vida como categoría específica del daño, es presentado a la comunidad académica, por Carlos Fernández Sessarego, en el año 1985 en un congreso de Derecho civil desarrollado en Lima.

Como ya se ha explicado el «Daño al proyecto de vida» se sustenta en la naturaleza misma del hombre en su ser libertad.

Por otro lado y en otro continente, el profesor de la Universidad de Trieste, Paolo Cedón, en Italia concibe la noción del «Daño existencial»; en consecuencia, se tiene que ambos profesores llegan a las mismas conclusiones, el de reconocer a la persona humana como pasible de sufrir daños que afecten derechos de la personalidad como al desarrollo, al honor o a su libertad.

En efecto, conforme lo anota Francesco Bilotta,

Desde esta perspectiva, las dos teorías (del daño al proyecto de vida y del daño existencial) se encuentran en absoluta sintonía. Sea en un caso como en el otro, podemos decir que el sujeto de derecho es considerado como un ser que desea, libre de autodeterminar su propia esfera existencial. Además en ambos casos, las condiciones personales y el contexto en el cual actúa el sujeto tienen una enorme importancia para valorar la magnitud existencial de las alteraciones negativas consiguientes a la lesión sufrida.¹⁶

En consecuencia no se puede negar que en ambos países (Perú e Italia) se concibió casi en paralelo la misma tipología de daño resarcible, con nombre distinto pero con una fundamentación jurídica y alcance similar, en tal sentido no se puede negar tampoco que se le debe al maestro Carlos Fernández Sessarego la construcción, sustentación y desarrollo del daño al proyecto, pensamiento que ha sido acogido, como se ha dicho, por Tribunales supranacionales como la CIDH y por legislaciones novísimas que empiezan a legislar sobre el particular.

Asimismo no podemos dejar de reconocer que el daño al proyecto de vida ha recibido innumerables críticas, empero a pesar de lo cual estimamos que el Derecho no debe dejar de proteger los derechos de la personalidad y si aún en el estado actual de la cuestión demanda un perfeccionamiento a éste tema, es tarea del foro y de la academia afinar ésta categoría de daño que lo único que busca es colocar, en el ámbito del Derecho civil y particularmente en la Responsabilidad civil, a la persona como centro de protección e interés jurídico.

16 BILOTTA, Francesco. «El daño a la persona en el Derecho peruano», «Daño al bienestar», «Daño al proyecto de vida» y «Daño existencial: una lectura comparada». En *Persona, Derecho y Libertad – nuevas perspectivas –*. Op. cit., p. 326.

La afectividad como fundamento de la paternidad social

Marco Carmona Brenis*

Hijo es un ser que Dios nos prestó para hacer un curso intensivo de cómo amar a alguien más que a nosotros mismos, de cómo cambiar nuestros peores defectos para darles los mejores ejemplos [...].

José Saramago
Premio Nobel de Literatura

SUMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *Nueva visión de la familia y afectividad.* – 2.1. *Nueva visión de la familia.* – 2.2. *La afectividad.* 3. *Filiación.* 3.1. *Definición.* 3.2 *Fuentes.* 3.3. *Régimen y prueba.* – 4. *La filiación socio-afectiva.* – 5. *Filiación social y la filiación biológica.* – 6. *Conclusiones.* – 7. *Referencias bibliográficas.*

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más recurrentes que se está presentando en la judicatura nacional, está referido entorno a los procesos de impugnación de paternidad, en el caso

* Abogado por la Universidad César Vallejo. Doctorado en Derecho por la Universidad César Vallejo. Magíster en Docencia Universitaria por la Universidad César Vallejo. Estudios de Máster en Bioética por la Universidad Europea Miguel de Cervantes-España. Segunda Especialidad en Derecho de Familia por la Universidad Señor de Sipán. Docente Ordinario de la Universidad Señor de Sipán del curso de Derecho de Familia y Sucesiones y Derecho Genético. Docente del curso de Filiación y Bioética en la Segunda Especialidad en Derecho de Familia. Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro de la Asociación Latinoamericana de la niñez, adolescencia y Familia de Argentina. Docente Investigador de la Universidad Señor de Sipán. Miembro del Comité de Relaciones Internacionales de la Universidad Señor de Sipán.

que son iniciados por un tercero que se considera padre de un menor, que ya ha sido registrado como hijo de otra persona como su progenitor, generando una serie de conflictos de intereses entre el padre que expresó su voluntad de reconocer a una persona como su hijo, y el presunto progenitor, así como entre el interés del menor frente a los intereses de ambas personas.

La determinación del vínculo filial ha pasado por varios procesos legislativos, en donde en un comienzo se restringía el derecho de corroborar o investigar el verdadero vínculo filial de una persona, hasta que en un segundo momento, se empezó a configurar los casos en que se podría investigar el verdadero origen biológico de las personas, regulándose en la actualidad un proceso especial de determinación de filiación, basado en la certeza del dato genético a través de la prueba de ADN, regulación que fue motivada debido a una gran cantidad de procesos judiciales en la que los menores se quedaban con la incertidumbre de conocer a sus verdaderos progenitores, ante la negativa de éste de someterse a esta prueba a fin de corroborar o no la paternidad.

Ante la regulación de este proceso de determinación de paternidad, hoy en día se viene presentando otro problema en donde no existe norma expresa, ni uniformidad de criterios en la judicatura nacional, como es el caso en que se quiere resolver un problema de impugnación de una paternidad ya determinada, por un tercero o cuando la madre cuestiona la paternidad de su marido, con el fin de dejar sin efecto la primera filiación determinada (fundado además de un criterio legal, en el nacimiento de un criterio afectivo) por una segunda, basado en el derecho a conocer el verdadero origen biológico de un menor y en el derecho del presunto padre de establecer una relación filiatoria con su presunto hijo. Por tanto, ante esta problemática se pretende en este trabajo dar a conocer un marco teórico, a partir de la doctrina comparada y la legislación actual, a fin de analizar esta problemática, señalándose criterios para poder delimitar los casos en que se deban fundar o no la impugnación de paternidad ya establecida, priorizándose el interés superior del menor.

2. NUEVA VISIÓN DE LA FAMILIA Y AFECTIVIDAD

2.1. Nueva visión de la familia

La familia ha pasado por grandes cambios desde el punto de vista estructural, así como de sus finalidades. Hoy en día se abandona esa visión institucional de la familia, en donde la familia era concebida como la célula básica y fundamental de la sociedad, para pasar a ser comprendida como

el núcleo privilegiado para el desarrollo de la personalidad humana.¹ Por tanto, la familia se ha convertido en un instrumento que le sirva al ser humano como medio de desarrollo de su persona, y no como un fin en sí mismo, en donde se priorizaba el grupo social familiar.

Para referirse a la familia, desde el punto de vista de la psicología, se afirma que «desde la perspectiva de los hijos que en ella viven, la familia es un contexto de desarrollo y socialización. Pero, desde la perspectiva de los padres, en un contexto de desarrollo y de realización personal ligado a la adultez humana y a las etapas posteriores de la vida. [...]».

Asimismo, se señala que cuanto más rica sea la relación que se genere entre las dos personas, más numerosos y profundos serán los elementos de subjetividad puestos en juego, de manera que no estamos hablando de una unidad de subsistencia y reproducción, sino de un núcleo de existencia común, de comunicación, de afecto, de intercambio sexual.²

La nueva visión de la familia, se afirma es, «una relación basada en la comunicación emocional, en que las recompensas derivadas de tal comunicación son la principal base para la continuación de la relación».

La familia ha dejado de ser comprendida como un núcleo económico y reproductivo, pasando a ser una comprensión socio-afectiva (como expresión de una unidad de afecto y de ayuda).

Por tanto, el Derecho como instrumento regulador de las relaciones de familia, deberá de tener en cuenta el afecto como elemento estructural de dichas relaciones.

La familia solamente se legitima en cuanto permite amparar y proteger a sus integrantes y asegurar el desarrollo de los mismos. De lo contrario, carece de legitimidad, lo que autoriza la intervención del Estado para proteger los más desamparados. Se ha consagrado así estándar mínimo de protección, que es en sí un objetivo y un medio para lograr el derecho a la felicidad de cada uno de sus integrantes.

Por consiguiente, la familia debe concebirse como el ámbito de realización del ser humano y regirse por el principio de mayor libertad de formas, debiendo el orden jurídico establecer los requisitos mínimos de legitimidad necesarios para su constitución. (Ricardo Pérez, p. 197).

1 CHAVES, Cristiano & Nelson ROSENVALD. *Direito das familias*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 3.^a edición, p. 6.

2 RODRIGO, María & Jesús PALACIOS. *Familia y desarrollo humano*. Lima: Alianza Editorial, 2010, p. 35.

2.2. La afectividad

Habiendo delimitado es nueva concepción de familia, en donde como hemos señalado debe basarse en el afecto que se genera entre los miembros que la conforman, señalaremos la concepción de la figura del afecto o del apego (como lo denomina la psicología), la cual para Ricardo Pérez,³ ésta se ve traducida en el respeto de cada uno de por sí y por todos los miembros – a fin de que la familia sea respetada en su dignidad y honorabilidad por ante el cuerpo social – es, sin duda alguna, una de las mayores características del mundo actual.

Del mismo modo, señala que la afectividad deberá de probarse o acreditarse por la detección de elementos que son indiciarios de su existencia en la relación familiar: los cuidados y atención, el trato dispensado, los apoyos espirituales y materiales entre los integrantes.

Desde el punto de vista de la psicología del desarrollo, se ha definido la figura del afecto, partiendo de las funciones básicas de la familia en relación con los hijos, distinguiéndose las siguientes funciones:

- a) Asegurar la supervivencia de los hijos, su sano crecimiento y su socialización en las conductas básicas de comunicación, diálogo y simbolización;
- b) Aportar a sus hijos un clima de *afecto y apoyo*, sin los cuales el desarrollo psicológico sano no resulta posible. *El clima del afecto implica el establecimiento de relaciones de apego, un sentimiento de relación privilegiada y de compromiso emocional* (aquel viejo aforismo repetido profusamente por Bronnfenbrenner, de acuerdo con el cual «para desarrollarse normalmente, todo niño necesita que alguien esté loco por él»).

3. LA FILIACIÓN

3.1. Definición

Belluscio⁴ define a la filiación como «el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores». Varsi,⁵ citando a Barbero, señala que la filiación es definida como «el hecho de la generación por nacimiento de una persona, llamada «hijo», de otras dos personas, a quienes se les llama

3 PÉREZ, Ricardo. *El afecto como elemento estructurante del Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley, 2012, 1.ª edición, p. 190.

4 BELLUSCIO, Augusto. *Derecho de Familia*, p. 245.

5 VARSÍ, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, 1.ª edición, p. 69.

«progenitores». Como podemos ver en estas definiciones de filiación, se está considerando como fuente de la misma, en el primer caso, el origen legal; y en el segundo, el origen biológico de las relaciones filiales.

Si partimos de que la «familia» es entendida como medio de desarrollo de las personas y como el grupo social basado en valores de solidaridad y afecto, no podemos definir a las relaciones filiales usando sólo el criterio biológico, sino que además este criterio debe, en la medida de lo posible, completarse y/o coincidir con otro criterio como es el «afectivo».

Considerando el criterio afectivo como fuente de filiación, Cristiano Chaves,⁶ citando a Rodrigo da Cunha, señala que la filiación constituye, según el psicoanálisis, una función. Es esta función paterna ejercida por un padre que es determinante y estructurante de los sujetos.

Por tanto, un «padre» puede representar una serie de personas o personajes: el padre, el marido de la madre, el amante oficial, el compañero de la madre, el protector de la mujer durante el embarazo, el tío, el abuelo, aquél que cría al niño, aquél que le da su apellido, aquél que reconoce legalmente al niño, aquél quien lo adoptó; en fin, aquél que ejerce una función de padre.

Po lo tanto, podemos concluir que el criterio biológico no es el único elemento a tener en cuenta para definir a la filiación, sino que, además, el criterio afectivo, puede o no coincidir con el criterio biológico, como en los casos antes mencionados, definiéndose como aquel vínculo legal, biológico, o sociológico (afectivo) que existe entre una persona respecto a otra, en la que uno ejerce la función de padre o madre y la otra de hijo o hija.

3.2. Fuentes

La filiación también puede distinguirse por razón de su fuente, en:

- a) Por naturaleza, la que puede originarse mediante el reconocimiento (manifestación de voluntad) o mediante declaración judicial (prueba genética).
- b) Por uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la cual debe fundarse en el consentimiento informado y libre de las personas intervinientes que accedan a dichas técnicas, fundándose en el «Principio de la voluntad procreacional».
- c) Por adopción, en donde el vínculo filial se establece por el acuerdo entre el adoptante y adoptado.

6 CHAVES, Cristiano & Nelson ROSENVALD. *Ob. cit.*, 2011, p. 613.

Cabe señalar que en cada uno de estas formas de vínculo filial debe tenerse en cuenta el «principio general de doble vínculo filial»; es decir, que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, por tanto, si se cuestiona una filiación ya determinada por algunos de los medios señalados por la ley, deberá de conservarse o cambiarse dicho vínculo, teniendo en cuenta el interés del menor.

3.3. Régimen y prueba

El régimen de filiación ha pasado por varios procesos evolutivos, así en un inicio se prohibía la investigación de la paternidad (*Code francés*), luego se basó en el principio de «Legitimación de la filiación» o de *favor legitimitatis*, señalándose en la ley las formas de establecimiento de la filiación en matrimonial y extramatrimonial (es decir, teniendo como base la condición jurídica de los progenitores).

Posteriormente, se da lugar al principio de *favor veritatis*; es decir, se prioriza el derecho a conocer el verdadero origen biológico, a través de una prueba genética, convirtiéndose en un instrumento que ofrece seguridad para el conocimiento de la verdad como una inclinación natural del ser humano. Este derecho tiene su amparo en los instrumentos jurídicos internacionales, como el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño, que establece:

El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos [...].

Y en lo señalado en el artículo 8.1 al prescribir que

Los Estados parte se comprometen a respetar el derecho del niño, a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

Asimismo, nuestra normatividad en el artículo 6 del Código de los Niños y Adolescentes establece que:

El niño y adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también el derecho al desarrollo integral de su personalidad.

En cuanto a la prueba de la filiación, el Código Civil, en su artículo 375 establece que la filiación (matrimonial) se prueba con la partida de nacimiento del hijo y del matrimonio de los padres [...]. A falta de esta prueba, la filiación queda acreditada por sentencia recaída en juicio en que se haya demostrado la posesión constante del estado.

Del mismo modo, en su artículo 387 señala que la filiación extramatrimonial se prueba mediante *el reconocimiento* y la sentencia declaratoria de la paternidad. Por consiguiente, podemos afirmar que el término de reconocimiento puede reflejar una filiación socio-afectiva.

Asimismo, el artículo 402 del Código Civil, regula la procedencia de la declaración judicial de paternidad extramatrimonial, cuando el hijo se halle o hubiese hallado hasta un año antes de la demanda, *en la posesión constante del estado de hijo extramatrimonial* [...].

Como se puede ver, esta norma señala que el vínculo filiatorio se fundan en la posesión de estado filial, es decir, teniendo en cuenta los elementos de *nomen, tractatus* y fama.

Esta visión de determinación y prueba de la relación filial, es concordante en protección de los intereses del niño y/o adolescente, asimismo, por el hecho de que hoy en día la familia ha pasado de ser una institución basada en un vínculo sanguíneo, a ser una institución sustentada en vínculos de afectos.

Del mismo modo, podemos afirmar que en cuanto al artículo 377, que regula la adopción, por ser ésta también una forma de paternidad social o nacida del afecto, por cuanto el adoptante deja pertenecer jurídicamente a su filiación sanguínea para dar lugar al nacimiento de una nueva filiación llamada adoptiva.

Como vemos, la normatividad que regula la determinación y prueba de la filiación, regula expresamente la filiación biológica, pero al mismo tiempo, implícitamente la filiación social o nacida del afecto, pero es necesario, además, se cuente con criterios o principios en aras de protección de los derechos del menor, que dé respuestas a los casos en que exista un entroncamiento de derechos al concurrir acciones de reclamación de paternidad basadas en los mecanismos legales antes mencionados.

Cristiano Chaves⁷ señala al respecto que el derecho filiatorio infraconstitucional deberá estar sometido necesariamente a unas características fundamentales:

- i) La filiación tiene que servir para la realización personal y el desenvolvimiento de la persona humana (carácter instrumental del instituto, significando que la filiación sirve para la afirmación de la dignidad del hombre);
- ii) La despatrimonialización de las relaciones paterno-filiales (o sea, la transmisión del patrimonio como mero efecto de la filiación, no marcando su esencia; y
- iii) La ruptura entre la protección de los hijos y el tipo de relación experimentado por los padres.

7 CHAVES, Cristiano & Nelson ROSENVALD. *Ob. cit.*, 2011, p. 562.

4. LA FILIACIÓN SOCIO AFECTIVA

Varsi⁸ define a la filiación socio-afectiva como «aquella que no se basa en el nacimiento (hecho biológico) sino en el acto de la voluntad cimentado a diario por el tratamiento y la publicidad, encauzando, al mismo tiempo, la verdad biológica y las presunciones legales. Es decir, que se debe considerar a la expresión de voluntad también como verdadera fuente del vínculo filial.

La verdad socio afectiva, bajo la noción de «posesión de estado de hijo» quien gana abrigo bajo las recientes reformas del Derecho Internacional, no se funda con el nacimiento, sino en un acto de voluntad, que se sedimenta en el terreno de la afectividad, colocando en peligro tanto la verdad jurídica como la certeza científica, no estableciéndose la filiación.⁹

Por tanto, hacemos nuestras lo señalado acertadamente por el doctor Madaleno¹⁰ al decir que:

No pueden ser considerados progenitores personas que nunca quisieron ejercer las funciones de padres o madres, y en todos los casos se debe desvincular los efectos sociales, personales y materiales con los padres naturales [...].

Asimismo,

No puede ser considerado padre o ascendente biológico con la mera concepción, sólo porque proporciona el material genético para la concepción y nacimiento del hijo que nunca deseó criar.

La paternidad socio-afectiva puede también ser definida como

La paternidad sociológica es un acto de opción. Fundándose en la libertad de elección de quien ama y tiene afecto. Lo que no acontece, a veces, con quien es sólo fuente biológica. Aunque lo ideal sea la concentración entre las paternidades jurídica, biológica y socio afectiva, el reconocimiento de la última no significa el desprecio a lo biológico [...].¹¹

5. LA FILIACIÓN SOCIAL Y LA FILIACIÓN BIOLÓGICA

Doctrinariamente existen tres posiciones respecto a la priorización de estas dos clases de filiación, es decir entre la social y la biológica.¹²

- A) Positiva, es decir los que sostienen la legitimación del padre biológico de impugnar la paternidad, basada en el derecho a toda persona a constituir familia y a recibir una protección, sustentándose que el negar legitimación al padre biológico implica negar el derecho a

8 VARSÍ, Enrique. *Tratado de Derecho de Familia*. Gaceta Jurídica, tomo IV, cit., 2012, p. 597.

9 MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Família*. Río de Janeiro: Editora Forense, 2010, 1.ª edición, p. 97

10 MADALENO, Rolf. *Ob. cit.*, pp. 92-93.

11 PÉREZ, Ricardo. *Ob. cit.*, p. 191.

12 KEMELMAJER, Aída. *El nuevo Derecho de Familia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010, 1.ª edición, pp. 410-412.

establecer vínculos familiares. Asimismo, que el conocer la realidad, sus orígenes, su historia a temprana edad, permite un mejor desenvolvimiento en su vida tanto afectiva como social.

- B) Negativa, es decir los que sostiene negar la legitimación al presunto padre biológico, se justifica en el mayor favor del mantenimiento de paz social o la paz familiar. Asimismo, en el interés superior del niño, por cuanto la acción de impugnación de paternidad supone desplazar al niño de su estado de filiación (por ejemplo de matrimonial a extramatrimonial). Por último, que el negar la impugnación de paternidad al presunto padre biológico, no es definitivo, por cuanto queda abierta la posibilidad del que el menor al alcanzar la mayoría de edad pueda realizarla.
- C) Ecléctica, que tiene en cuenta según cual sea la situación familiar de cada caso concreto: si el menor goza de posesión de estado respecto a su padre biológico, corresponde otorgarle la legitimación para el esclarecimiento de la verdadera legitimidad, por el contrario si el niño es tratado como hijo por el marido de la madre, esa legitimación debe ser negada. Pero, sin embargo cada caso debe ser abalizado en concreto, para lo cual es necesario considerar las siguientes circunstancias. a) Edad del niño b) conformación del grupo familiar en el que está inserto, c) relaciones familiares fácticas previas.

Por nuestra parte, coincidimos con la doctora Aída Kemelmajer, quien señala que esta posición (ecléctica) sería la más beneficiosa, por cuanto se concilia mejor los intereses en juego; el interés superior del niño y el derecho del padre biológico a establecer vínculos jurídicos.

Por último, la jurisprudencia brasilera, se ha pronunciado respecto al enfrentamiento de estas dos clases de filiación, en la que se prioriza la verdad social ante la biológica, al señalar que:

[...] Al final, por medio de una gota de sangre, no se puede destruir un vínculo de filiación, simplemente diciendo a un niño que no es nada más que eso, que un día dijo a la sociedad en acto solemne y en reconocimiento público que es su padre (STJ REsp 932.692-DF, Rel. Min. Nancy Andriighi, 3º turma, julgado em 9/12/2008).¹³

6. CONCLUSIÓN

Considerando que las familias de hoy en día se deben fundar en vínculos de respeto, solidaridad y de afecto, las relaciones filiales deben guardar concordancia con estos valores o principios, por cuanto exista

13 DA CUNHA PEREIRA. Rodrigo. «A nova organização jurídica das famílias». En *Revista de Instituto Brasileiro de Derecho de Familia*. Porto Alegre, 2013, 2.ª edición, p. 35.

una discusión en la determinación de la paternidad, hay que darle la solución deben fundarse en los principios antes señalados.

No se puede negar que los cambios culturales y sociales están dando lugar a la presencia de la paternidad social, como unas de las fuentes de la filiación, por tanto ante la existencia de diversas normas y criterios para la determinación de la paternidad (la biológica y afectiva), y ante la divergencia entre estas dos formas de paternidad, se debe –según sea el caso– conservar la filiación ya establecida, es decir la filiación social o afectiva y dejar de lado la filiación biológica, para lo cual deberá de considerarse, por ejemplo, el desarrollo psicológico del niño o niña (edad) y que el niño o niña se encuentre en la posesión constante de hijo de su padre, por cuanto la relación social ya se encuentra consolidada y debe mantenerse a efectos de no perjudicar al menor.

Sin embargo, de no presentarse estos dos presupuestos, se desconstituirá la paternidad establecida, dándose paso a la paternidad biológica, como, por ejemplo, en el caso de que el niño tenga menos de cuatro años de edad y no se halle en posesión constante de estado de hijo. Por cuanto, como señala Malaurie, en materia de filiación no existe una sola verdad. [...] hay muchas verdades: la afectiva («verdadero padre es el que ama»); la biológica («los lazos sagrados de la sangre»); la de la voluntad individual («para ser madre o padre es necesario quererlo»), por tanto, inclusive, según el caso presentado y a favor de los derechos de los padres y del interés de los niños o niñas, se podría determinar en conservar ambas filiaciones, es decir, la biológica y la social, tal y como se presenta en la jurisprudencia brasilera, que sería materia de otro análisis.

7. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- CHAVES, Cristiano & Nelson ROSENVALD. *Direito Das familias*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2011, 3.^a edición, p. 6.
- KEMELMAJER, Aida. *El nuevo Derecho de Familia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2010, 1.^a edición.
- MADALENO, Rolf. *Novos Horizontes no Direito de Familia*. Río de Janeiro: Editora Forense, 2010, 1.^a edición.
- PÉREZ, Ricardo. *El afecto como elemento estructurante del Derecho de Familia*. Buenos Aires: La Ley, 2012, 1.^a edición.
- RODRIGO, María & Jesús PALACIOS. *Familia y desarrollo humano*. Lima: Alianza Editorial, 2010.
- VARSÍ, Enrique. *Tratado de derecho de familia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2012, 1.^a edición.

La multipropiedad y su inserción en los derechos reales Particularidades de su encuadre

Víctor C. Martínez*

SUMARIO: 1. *Fundamentación.* – 1.1. *Condominio y propiedad horizontal.* – 1.2. *Uso y goce alternativo-participación.* – 1.3. *Propiedad horizontal- implementación.* – 2. *Congresos y Jornadas.* – 2.1. *Nacionales.* – 2.1.1. *Primer Encuentro Jurídico Notarial (14-15 noviembre 1985).* – 2.1.2. *VI Congreso Nacional de Derecho Registral (Posadas, 18-21 junio 1986).* – 2.1.3. *XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Capital Federal, 19-22 agosto 1987).* – 2.1.4. *VIII Jornada Notarial Cordobesa (julio 1988).* – 2.1.5. *II Encuentro Jurídico Notarial de San Martín (Provincia de Buenos Aires, mayo 1987).* – 2.1.6. *XXVII Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 12-14 mayo 1988).* – 2.2. *Internacionales.* – 2.2.1. *II Jornada Notarial Iberoamericana (Santiago de Chile, 17-21 junio 1985).* – 2.2.2. *II Jornada Latinoamericana de Tiempo Compartido (Punta del Este 21-23 noviembre 1986).* – 3. *Legislación extranjera.* – 3.1. *Colombia.* – 3.2. *España.* – 3.3. *Estados Unidos de América.* – 3.4. *Francia.* – 3.5. *Gran Bretaña.* – 3.6. *Grecia.* – 3.7. *Italia.* – 3.8. *México.* – 3.9. *Portugal.* – 3.10. *Uruguay.*

* Víctor Cristian Martínez, abogado, notario, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Titular de Derechos Reales y de Derecho Registral II de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de grado y postgrado en universidades nacionales y extranjeras. Ex - Subsecretario del interior y Asuntos Institucionales del Poder Ejecutivo Provincial. Ex - Convencional Constituyente Provincial de la Provincia de Córdoba. Ex-Vocal de Cámara de Familia del Poder Judicial de los Tribunales de la Provincia de Córdoba. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia de Derecho de Córdoba. Autor y Coautor de numerosas publicaciones en la materia. Consejero de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Córdoba. Actualmente Vocal de Cámara de Apelaciones de los Tribunales de Faltas de la Municipalidad de Córdoba.

Se propone: «La necesidad de dictar una ley específica que institucionalice el sistema conocido como «multipropiedad» conceptualizándolo como un derecho real autónomo».

1. FUNDAMENTACIÓN

En el entendimiento de que el tema en análisis debiera permitir amplia injerencia del orden público —sin desconocer que lo tiene sobre los derechos personales también—, analizaremos con cierto favorable sesgo, la configuración del tiempo compartido dentro de los derechos reales, en especial, a la luz de la doctrina y los proyectos legislativos.

Se acercan al tipo de la nueva figura el uso, usufructo, y la habitación; ensayando los autores trasplantes diversos dentro de las figuras ya existentes. La crítica dominante que motiva el transporte, es que los incoados derechos recaen sobre cosa ajena donde, por imperativo de los artículos 2822, 2828, 2969 y 2920 del Código Civil, no pueden tener duración mayor que la vida de su titular, cuando se trata de persona física; ni vigencia superior a veinte años si se refiere a una persona de existencia ideal.

1.1. Condominio y propiedad horizontal

Considerar al tiempo compartido como derecho real¹ sobre cosa propia, implica sostener que puede organizarse bajo el régimen de propiedad horizontal.

Convenimos que la estructura del condominio —cuando cierta doctrina admite esta adecuación— preferentemente se lo reglamenta en nuestro ordenamiento a título excepcional y carente de organización, privado de facultades materiales y llamado a la eventual como previsible partición; por lo mismo, no resulta compatible su trasplante, dadas las exigencias propias de la multipropiedad.

Sin embargo, las semejanzas que parecen favorecer el criterio de quienes prefieren encuadre en este derecho real,² están dadas por la pluralidad de sujetos titulares de derechos cualitativamente iguales sobre una misma cosa, que permanece en situación de indivisión material, en razón de su destino.

1 ABROGUÉ, Manuel I. *Ob. cit.* Capítulo I, nota 27, p. 101.

2 DI FILIPPO, María Isabel. *Tiempo compartido. Algunas consideraciones acerca de su objetivo*. L. 1986-C., p. 883.

Sostiene la autora citada, que el derecho que se constituye a favor del adquirente se traduce en un condominio de disfrute periódico, cuyo objeto inmediato está dado por la cuota parte asignada a cada titular, medida en espacio y tiempo.

El objeto mediato del condominio de uso y goce alternativo, con indivisión forzosa, está determinado por las cosas, muebles e inmuebles, respecto de los cuales se operará el disfrute.

El uso y goce recae, tanto sobre la cosa principal; es decir, unidad vacacional, por ejemplo, cuanto sobre los accesorios, equipamientos e instalaciones de aquélla, y partes comunes del edificio.

En su mayoría, dichas unidades funcionales se hallan comprendidas en el régimen de la Ley n.º 13.512, de suerte que el derecho de cada comunero no sólo se extenderá al disfrute de la unidad vacacional para él reservada y por el lapso acordado cada año, sino que comprenderá las partes indivisas sobre el terreno y demás cosas comunes que previamente se encuentran determinadas en el respectivo reglamento de copropiedad y administración; deberá quedar perfectamente descrito sobre cuál o cuáles unidades funcionales ha de ejercerse, la fracción de tiempo y porcentuales indivisos mínimos que correspondan al uso exclusivo de una o varias unidades vacacionales para cada condómino, delimitándose de este modo en tiempo y espacio la extensión de sus potestades reales.³

En conclusión, para algunos autores, pasible de encuadre dentro del condominio es la figura en cuestión⁴ aplicándose simultáneamente las normas contenidas en el Código Civil y la Ley n.º 13.512 de propiedad horizontal, con las siguientes salvedades:

- a) No tendrá límite temporal.
- b) El derecho de cada comunero será transmisible *mortis causa*, pues integra su patrimonio.
- c) Será de indivisión forzosa.

Asimismo, en su modalidad de indivisión forzosa concordadas con las relativas a la propiedad horizontal y de pre-horizontalidad, específicamente es considerado también que, a la Multipropiedad le son aplicables las normas jurídicas correspondientes al derecho real de condominio.⁵

3 Cfr. ABROGUÉ, Manuel. *Ob. cit.*, nota 5, p. 101.

4 DI FILIPPO, María Isabel. *Ob. cit.*, nota 4, p. 880.

5 DE ROSA, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, nota 6, p. 1123.

Lo caracteriza como una variante peculiar existiendo cierta identidad de naturaleza jurídica entre la multipropiedad y la comunidad. La multipropiedad, más allá de ciertas particularidades —se sostiene— no desborda el molde típico del condominio, tratándose de un supuesto de indivisión forzosa y no de un condominio simple o normal.

La figura del condominio junto con la propiedad horizontal constituyen, en la visión de los autores, camino apto para preservar la subsistencia del sistema, en la medida que se limite el ejercicio de la *actio communi dividendo*; lo que debe hacerse por vía normativa a los fines de otorgar seguridad.

La indivisión en el condominio se establece para asegurar el uso pleno de la cosa común por cada uno de los condóminos. El ejercicio del derecho de usar toda la cosa está condicionado al respeto que se tenga, tanto del destino al que ésta haya sido afectada, cuanto de los derechos iguales de los restantes copartícipes.

La naturaleza de la cosa unida al destino dado a ella es, generalmente, el fundamento mismo, la razón de ser de la indivisión. Al no poder dividir la cosa común, toda la vida de ese condominio o comunidad, se desenvuelve alrededor de la idea del destino a perpetuidad o por largo tiempo.

La situación comunitaria denominada multipropiedad, no escapa a tales consideraciones, en tanto el destino al que la cosa se halla sometida, es el verdadero centro de gravedad del sistema.

La peculiaridad de la multipropiedad consiste en que su destino y el novedoso sistema de turnos emergen muy consustanciados; de manera que la interdependencia sólida forma un todo inescindible.

Esta figura no requiere reunión de todos los condóminos después de constituido el condominio, para decidir recién que harán con la cosa (*v. gr.*, si la dan en alquiler o la ponen en administración), como sucedería en un condominio normal (artículo 2699); porque esa decisión, incluido el régimen de uso, en la multipropiedad, habrá de ser tomada antes, en oportunidad de adquirirse las respectivas cuotas y adhiriendo a un destino ya impuesto por los propietarios originarios.⁶

Aspecto negativo surge entorpeciendo la adecuación dinámica de la figura nueva al condominio simple o común, cuando se considera la utilización de este molde, como consecuencia directa del perjuicio adverso del codificador para con el tipo.

6 DE ROSA, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, nota 6, p. 1123.

Así, la facultad establecida (artículo 2692) que cada condómino tiene para pedir en cualquier momento la división de la cosa común, es una verdadera invitación al desaliento, en tanto se intenta persuadir a los potenciales constituyentes de la comunidad.

Potestad en ejercicio – como la doctrina indica – que es irrenunciable por ser esencial a este derecho y, como todo real, por estar involucrado el orden público; no teniendo en el código originario otra limitación que la existencia de situaciones de indivisión forzosa.

Actualmente, contemplamos los siguientes escenarios de indivisión forzosa:

- a) Artículo 18 de la Ley n.º 13.512 de propiedad horizontal.
- b) Artículos 51 y ss., Ley n.º 14.394.
- c) Disposiciones concernientes al bien de familia.
- d) Artículo 3573 *bis* del Código Civil, supuesto, en cuanto consagra el derecho real de habitación del cónyuge supérstite.
- e) Artículos 2326 y 3475 *bis*, casos contemplados referentes a la división antieconómica de la cosa.
- f) Artículo 21 del Código Civil, nuevo texto por efecto de la Ley n.º 23.515.

Según la doctrina la indivisión forzosa puede ser clasificada desde el plano temporal en:

- 1) *Temporaria*. Cuando su duración se sujeta al vencimiento de un plazo (artículos 2693 y 2694 del Código Civil); al igual que los supuestos previstos en los artículos 51,52 y 53 de la Ley n.º 14.394, respecto de bienes de origen hereditario, con lo que se pone de manifiesto la idea de transitoriedad.
- 2) *Perdurable*. Cuando tiende a protegerse indefinidamente (por ejemplo, accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades, artículo 2710; bien de familia, artículos 34 y ss.; Ley n.º 14.394, las partes comunes en la propiedad horizontal, artículo 18 de la Ley n.º 13.512 y concordancias.
- 3) *Circunstancial*. En los casos en que, siendo la división calificada de nociva por los jueces, se mantiene el *statu quo* que, prolongándose, en consecuencia, la partición, hasta tanto cesen las circunstancias que la hacen perjudicial para los restantes condóminos.⁷

7 DE ROSA, Carlos Alberto. *Ob. cit.*, nota 6, pp. 1123 y ss.

Tanto la doctrina como los proyectos legislativos que se inclinan por la regulación de la multipropiedad, como un tipo de condominio, advierten la necesidad de que éste sea considerado como una variante de indivisión forzosa, y no como un condominio simple; siendo menester consagrar esta solución normativamente para saltar los obstáculos que plantea esta figura.

Previsto el goce de una persona por noventa y nueve años del tiempo compartido, es evidente que su naturaleza no está en el condominio de indivisión forzosa. Piénsese para los usuarios lo azaroso de convenir y firmar la validez de ulteriores convenios cada cinco años.

1.2. Uso y goce alternativo-participación

Aun cuando reconocen la básica inestabilidad del derecho real de condominio, conforme a lo regulado en nuestro Código Civil según la concepción romanista, hay quienes expresan que corresponde tipificarlo como participación de uso y goce alternativo, más allá que reformar, quepa a la normativa que se refiere a la acción de división, la potestad de ejercer los condóminos.⁸

Pronunciándose, en realidad, en contra de la creación indefinida de derechos reales, dichos autores se inclinan por esta postura. Y al indagar alternativas de aplicación en los existentes, sostienen que cuando al adquirente de tiempo compartido se le otorga un derecho real de condominio, sobre las partes privativas de un complejo con destino vacacional o turístico, la partición del uso y goce, mediante la atribución de períodos temporales de disfrute alternado, se puede ordenar en el ámbito de las llamadas «normas reglamentarias»; estipulaciones a las que pueden arribar, perfectamente, los condóminos en los términos del artículo 2684 del Código Civil.

Destacan que los elementos del tiempo compartido y del condominio son idénticos, ya que en ambos hay pluralidad de sujetos, cuyos derechos están representados por una cuota o parte indivisa que recae sobre la totalidad de la cosa. Respecto de las facultades de los titulares, también resultan idénticos, tanto en cuanto a la posibilidad de disposición, como en cuanto a la posibilidad de usar y gozar de la cosa que constituye su objeto. En cuanto al factor tiempo, la titularidad asignada le otorga la

8 TRANCHINI, Marcela y Jorge CAUSSE. «Encuadre pragmático del negocio». *Revista del Notariado*, n.º 805, p. 64.

prerrogativa de usar con exclusividad la cosa y los bienes accesorios por su período y en forma alternada o a perpetuidad. Por ello, concluyen los autores citados, se trata de la titularidad de un derecho subjetivo ejercitable durante un turno, cada año y a perpetuidad.

1.3. Propiedad horizontal-implementación

También suele darse el caso de que se trate de un condominio de unidades funcionales sobre inmueble dividido en Propiedad Horizontal, para lo cual serán necesarios distintos instrumentos jurídicos a fin de implementar el sistema, a saber:

- a) *Reglamento de Copropiedad y Administración*. Que habrá de instrumentarse en escritura pública, tal cual lo exige la normativa vigente, pero bajo ciertas particularidades, como la expresión de su finalidad o de su destino, ya que el tiempo compartido tiene características especiales que requiere para mejor interpretación de su organización, la expresión de que el mismo será sometido al tiempo compartido y la inclusión de las normas disciplinarias.
- b) *Reglamento de Uso*. La forma de utilización del complejo deberá ser establecida en el Reglamento de Uso, y su remisión a éste se debe reflejar claramente en el Reglamento de Copropiedad y Administración.
- c) *Administrador y Sistema*. Su designación resulta ineludible, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley n.º 13.512 y artículo 3 del Decreto n.º 28.734/48.
- d) Derecho real. Su tipificación: si no tipificamos el tiempo compartido como un derecho real, faltaría todo efecto de publicidad registral; esto es, cuando sustancialmente y formalmente el documento no expresare un derecho real típico, vacío de contenido jurídico vinculante.⁹

9 SING, José V. «La multipropiedad y el registro de la propiedad». *Revista del Notariado* n.º 805. Buenos Aires: Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1986, pp. 1578 y ss.

2. CONGRESOS Y JORNADAS

2.1. Nacionales

2.1.1. *Primer Encuentro Jurídico Notarial (14-15 noviembre 1985)*

Se arriba a la conclusión de que el instituto en cuestión, excede el marco del derecho positivo por no estar íntegramente contenido dentro del sistema jurídico vigente, siendo de aplicación diferentes normas jurídicas.

Como figuras que se pueden utilizar considera como menos objetables las relativas a la sociedad civil y al condominio, vinculado o no a la propiedad horizontal.

Recomienda la sanción de una ley que regule el instituto como Derecho Real.

2.1.2. *VI Congreso Nacional de Derecho Registral (Posadas, 18-21 junio 1986)*

El despacho de mayoría sobre el tema considera necesario dotar al instituto de una regulación jurídica propia que capte su verdadera esencia, por entender que las diferencias que existen entre las figuras jurídicas utilizadas en nuestro medio, uso, usufructo, habitación, sociedad civil, sociedad anónima, condominio, propiedad horizontal, impiden subsumir esta nueva figura jurídica dentro de las mencionadas, por ello propugna la sanción de una ley que cree un nuevo derecho real autónomo, sobre cosa propia, bajo la denominación de multipropiedad.

2.1.3. *XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Capital Federal, 19-22 agosto 1987)*

En sus conclusiones se sostiene que, en virtud del principio del *numerus clausus*, adoptado por el artículo 2502 del Código Civil, las llamadas nuevas formas de propiedad no pueden encuadrarse dentro de ninguno de los derechos reales permitidos.

Se recomienda legislar sobre la materia, debiendo la figura configurarse como nuevo derecho real autónomo.

La figura del condominio es considerada insuficiente para solucionar los problemas jurídicos y prácticos que ofrece el instituto en cuestión.

2.1.4. *VIII Jornada Notarial Cordobesa (julio 1988)*

En cuanto a las nuevas manifestaciones del derecho de propiedad, se establece que deben ser legisladas como derechos reales, sosteniendo

que respecto a la multipropiedad, en donde el módulo temporal hace a la particularidad esencial de este derecho real, puede regularse como un nuevo supuesto de condominio de indivisión forzosa.

2.1.5. II Encuentro Jurídico Notarial de San Martín (Provincia de Buenos Aires, mayo 1987)

La posición mayoritaria advierte la necesidad de dictar una ley específica que institucionalice el sistema conocido como multipropiedad, conceptualizándolo como un derecho real autónomo. La minoría sostiene que la figura jurídica con mayor aptitud para receptar el derecho originado por esta nueva figura, es la del condominio, y que el inconveniente comúnmente señalado de la divisibilidad del condominio, se subsanaría con la modificación del artículo 2715 del Código Civil, que permite la indivisión forzosa en el supuesto de constitución de condominio sobre un conjunto de cosas, con asignación a los condóminos de usos y goces sucesivos y alternados por períodos determinados. Que, no obstante ello, la estructura del derecho real de condominio no aprehende, en su totalidad, la gama de relaciones jurídicas que esta modalidad contractual origina, razón por la cual se hace necesario el dictado de normas específicas que contemplen la organización del sistema.

2.1.6. XXVII Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 12-14 mayo 1988)

Propone que se apoye el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1988, en cuanto a las modificaciones que se introducen al Libro III del Código Civil, siendo necesaria la adecuación de normas y regímenes legales vigentes.

2.2. INTERNACIONALES

2.2.1. II Jornada Notarial Iberoamericana (Santiago de Chile, 17-21 junio 1985)

Recomienda la sanción de una legislación que regule el sistema fundado en los principios de los derechos reales.

2.2.2. II Jornada Latinoamericana de Tiempo Compartido (Punta del Este 21-23 noviembre 1986)

En el marco jurídico se considera necesario sancionar normas reguladoras del sistema en el ámbito de los derechos reales o de los derechos personales, según las particularidades de cada orden jurídico.

3. LEGISLACIÓN EXTRANJERA

Desde la década del 60, los distintos países que adoptaron este sistema le han dado diverso encuadramiento. Por orden alfabético:

3.1. Colombia

En esta república, el instituto se denomina «Sistema de tiempo compartido turístico» y está regulado por el Decreto n.º 1076/14-04-77 del Ministerio de Desarrollo Económico. En particular, el artículo 4, bajo el título «Naturaleza jurídica del tiempo compartido», admite ambos caracteres –real o personal–. Es de carácter real, cuando los usuarios adquieren sobre un establecimiento, derechos de multipropiedad o multiusufructo como modalidades especiales del derecho real de dominio y del derecho real de usufructo. Es de carácter personal, cuando los usuarios establecen relaciones jurídicas que generan un derecho personal, que los faculta para ejercer su atribución de utilización o disfrute del establecimiento sometido al régimen de tiempo compartido turístico.

3.2. España

En este país se impide la utilización para esta figura del término «propiedad». En general, puntualiza la importancia de la publicidad, comercialización y transmisión del derecho de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles y establece plazo para algunos tipos de contratos siguiendo directivas de la Unión Europea. En especial una, del año 1994, fundada en la inseguridad del adherente, incorpora la figura del arrepentimiento del usuario. La ley española n.º 42/98 sobre «Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias», establece a favor del adquirente, un derecho de desistimiento unilateral en un plazo a contar desde la celebración del contrato, decisión que puede darse sin necesidad de alegar causa.

Por otra parte, y como deber de información, se le impone al vendedor la obligación de disponer a favor de cualquiera que lo solicite, de un documento informativo de todos los aspectos del negocio y de lo que está comprando. La omisión de esta carga faculta al usuario a resolver el contrato hasta tres meses después de la fecha de su celebración.

A pesar de ser uno de los países turísticos por excelencia, el fenómeno de la multipropiedad no ha sido objeto de una normativa especial que la regule, a diferencia de lo que ocurre en Francia. Rige plenamente el principio de la autonomía de la voluntad, posibilitando una organización más acorde con la naturaleza del instituto como una comunidad funcional atípica.

El ordenamiento vigente del *numerus apertus*, les permite manejarse con cierta flexibilidad y aún más, con una matrícula madre, con una submatrícula y 52 folios correspondientes a 52 semanas. El derecho se transfiere *inter vivos* y *mortis causae*, pudiéndose gravar.

El adquirente, bajo el sistema descrito, es directamente propietario, por lo cual no existen limitaciones en cuanto a la duración del derecho, a su transmisibilidad *mortis causae*, ni a su disponibilidad por cualquier título, salvo las que pudieran derivarse de la configuración convencional de algún derecho de adquisición preferente. Se trata de un auténtico derecho real, cuyo especial contenido deriva del propio título, esencialmente la limitación del disfrute del inmueble a un período de tiempo preestablecido y que es el mismo cada año.

Para algunos autores españoles, la multipropiedad consistía en una propiedad periódica, cuyo objeto es el tiempo, pues se venden «períodos de tiempo» en propiedad perpetua, y los titulares de estos períodos no se integran en una comunidad. Para otros, se trata de una «propiedad por períodos», esto es una «propiedad», por oposición al carácter perpetuo del instituto. Mientras que otros entienden que se trata de una «comunidad», reconociendo las dificultades de su inclusión en una u otra clase y que la principal de ellas es que el Código Civil español, no regula una comunidad estable.

Con fecha 15 de diciembre de 1998, España aprobó la Ley sobre «Derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias».

Como surge de la Exposición de Motivos que acompaña, la cuestión clave de la política legislativa consistía en determinar si debían regularse varias fórmulas institucionales o si se debía limitar su regulación a una sola, dejando fuera de la ley a las demás.

En definitiva, se optó por una vía intermedia consistente en detallar la regulación de un nuevo derecho real de aprovechamiento por turno, por un lado; y por el otro; se previó la configuración del tiempo compartido como una variable de arrendamiento de temporada, al que resultan aplicables el conjunto de las disposiciones de la Ley (artículo 1).

Para ambos casos, se establece una duración mínima de tres años y máxima de cincuenta (artículo 3, inciso 1). Extinguido el régimen por el transcurso del plazo de duración, los titulares no tendrán derecho a compensación alguna (artículo 3, inciso 2).

3.3. Estados Unidos de América

Podemos distinguir en este país tres períodos que tuvieron lugar en un corto lapso. El primer período se caracterizó por el encuadre de la figura como un supuesto de «condominio», circunstancia que no fue acogida por algunos Estados. Con posterioridad se inició la nueva tendencia de legislar en forma específica sobre el instituto, intentando no forzar las normas correspondientes a otras figuras. Y por último, se elaboró una «ley uniforme» sobre la materia, a fin de evitar el caos normativo derivado de la innumerable cantidad de leyes estatales.

Esta ley uniforme denominada «Acta de Uniformación de Bienes Raíces de Tiempo Compartido» (*Time-Share Real Estate Uniformity Act*), fue redactada por la Conferencia Nacional de Agentes Comisionados para la Uniformación de Leyes Estatales (*Commissioners National Conference for State Laws Uniformity*), y consiste en un instrumento legal complejo que consagra distintas fórmulas para la configuración de la multipropiedad.

La mencionada ley prevé la posibilidad de establecer la multipropiedad con simple carácter obligante o personal, mediante licencias temporales, derivadas de relaciones de negocios de diversa naturaleza.

Desde el plano registral, la norma exige el otorgamiento de instrumento público para constituir la multipropiedad, precediéndose a su anotación como efecto de oponibilidad a terceros como excepción, se permite la documentación privada, cuando el número de períodos sea inferior a doce.

La doctrina estadounidense ha distinguido tres posibilidades:¹⁰ a) a partir del concepto de «comunidad» (*tenancy in commori*), sugiere la idea de una suerte de descomposición, que parte de la premisa de la posesión típica de aquella figura y se traduce en una serie de usos periódicos (*use periods*) que se atribuyen a los distintos copropietarios; con verdaderos «derechos exclusivos de ocupación» (*exclusive right to occupy*), b) la «propiedad plena» (*free simple*), en la que cada titular o multipropietario tiene un derecho independiente de los restantes, derecho que se caracteriza por su plenitud, en tanto recae sobre cosa propia, con la única limitación del «tiempo» (circunstancia que ha dado lugar a su categorización como «propiedad cuatridimensional» por agregarse una cuarta dimensión — el tiempo — a las tres ya conocidas del espacio, altitud, latitud, longitud; c) la denominada «propiedad de intervalo» (*interval ownership*) que consagra

10 DE ROSA, Carlos Alberto. «La llamada multipropiedad y su inserción en el ámbito de los derechos reales». L.L. 1987-D., p. 1128.

una suerte de «arrendamiento a título de propietario», que se constituye sobre un inmueble cuyo verdadero titular es el promotor (*developer*).

3.4. Francia

Habilitó la multipropiedad por vía societaria, teniendo la sociedad por objeto el funcionamiento del soporte del complejo, y concede como propietaria, derechos a los socios. La Ley n.º 8618 de 6 de enero de 1986, establece que el contrato de tiempo compartido, deberá expresar claramente que la adquisición de la unidad habitacional confiere sólo la cualidad de «asociado» y que el mismo no es propietario del inmueble. De no ser así, se considera engañosa su publicidad pudiendo iniciarse una acción de suspensión y/o una acción penal.

Como ya se señalara, la doctrina francesa mayoritaria se inclinaba inicialmente por la regulación del sistema bajo la órbita de los derechos reales, para lo cual era necesario recurrir a alguno de los esquemas conocidos en esta materia:

- a) *Condominio o comunidad*. Contemplada con cierto disfavor por la posibilidad de eliminación vía acción de división, salvo pacto excepcional de indivisión. No se adaptaba a la vocación de perpetuidad de la multipropiedad.
- b) *La Copropriété Des Immeuble Batis*. Es la propiedad horizontal regida por Ley dictada el 10 de junio de 1965, pensada sólo en criterios espaciales. Por aplicación de los artículos 2 y 3, el elemento en multipropiedad podría recibir la consideración de elemento común.
- c) *Derechos de uso y habitación*. No servía por su carácter vitalicio e intransmisible. También el usufructo es vitalicio.

No obstante esta inclinación de la doctrina a darle un encuadre como derecho real, y en vista de las dificultades arriba señaladas, la legislación terminó optando por regularla como una figura societaria.

Así la Ley del año 1971 en su artículo 5 asume a la *multipropriété*, no como un derecho real, sino como un tipo societario de atribución legal.

La citada ley en el Título II, hace referencia a las sociedades constituidas con vista a la atribución de inmuebles, a los socios por fracciones divididas. Dichas sociedades son las que tienen por objeto la construcción o adquisición de inmuebles en vista de su división por fracciones destinadas a ser atribuidas a los asociados en propiedad o en goce. La alternativa «o» permite, a los redactores de los estatutos, limitar el objeto a la atribución en goce; lo cual inhibe a todo asociado el derecho a reclamar la atribución en propiedad de su lote. Esta limitación presenta

un interés evidente para la propiedad espacio-temporal, fórmula que confiere a cada asociado un derecho de goce sobre un lote determinado, pero por un período limitado del año.

Luego de casi cuarenta años con la denominación «multipropiedad», se produce una evolución legislativa y este instituto se configura jurídicamente como una situación de «copropiedad en el tiempo», sobre un mismo bien indiviso y no repartida en cuotas ideales, sino fraccionada en su uso temporalmente, traduciéndose en un derecho de naturaleza personal, derivado de la condición de socio de un club, sociedad o *trust* de propietario. Se ha propuesto la denominación de *multijouissance* (multidisfrute), pero la doctrina mayoritaria insiste en denominarla multipropiedad.

Frente a esta dinámica comercial,¹¹ los promotores franceses recurrieron a la fórmula relativamente flexible del contrato de sociedad y para evitar la nulidad resultante de sociedades que no persiguieran fines de lucro, recurrieron a la Ley del 28 de junio de 1938, que regulaba las sociedades de construcción, exceptuándolas de cumplir aquella regla; hasta que dicha ley, fue derogada por otra de fecha 16 de julio de 1971, que en su Título I, contempla las sociedades civiles de construcción-venta y, en su Título II, las sociedades constituidas con vistas a la atribución de inmuebles a los socios por fracciones divididas y en las cuales la multipropiedad encontró se regulación legal, completándose el vacío jurídico.

Luego se dicta la Ley n.º 8618-06/01/86, que regla minuciosamente todos los aspectos de las sociedades cuyo objeto es la construcción o adquisición de inmuebles para dividirlos por fracciones espacio-temporales, entre otras modalidades, y atribuirles en uso por tiempo compartido. Adquieren la denominación de «Sociedades de atribución de inmuebles en disfrute por tiempo compartido» y pueden adoptar todas las formas autorizadas por la ley, incluso la forma de cooperativas. Su capital está dividido en participaciones o en acciones y al socio (propietario de una participación social o de una acción) se le atribuye un «derecho de estancia», limitado a la unidad y a un lapso; derecho que se ejerce mientras la sociedad existe y el titular es miembro de ella. Se trata de un derecho derivado de la calidad de socio en el activo social y no un derecho autónomo con naturaleza jurídica propia, facultad que tiene ciertos rasgos fundamentales: carácter personal, mobiliario, temporario (limitado al tiempo de duración de la sociedad y el carácter intermitente, ya que sólo puede ser ejercido en una sola y misma época del año por un período fijo).

11 Cfr. HIGHTON DE NOLASCO, Elena y otros. *Nuevas formas de dominio*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1993, p. 434.

3.5. Gran Bretaña

El *timesharing* británico es, quizás, el más extendido a nivel empresarial del mundo.

Sin embargo, dado que ha sido objeto de escándalos y fraudes, la Asociación de Promotores de Tiempo Compartido (*Timeshare Developers Association*), ha elaborado Reglas y Código de Ética, que establecen pautas mínimas a cumplir por las sociedades promotoras.

La institución adolece de normativa jurídica específica. Pero, siempre se ha movido en campo ajeno al derecho real de propiedad, bajo fórmulas de derechos personales: arrendamiento, licencia, sociedad o club.

3.6. Grecia

Lo define como «multiarriendo», vinculado más al contrato hotelero y la Ley n.º 1652, hace referencia al contrato de arrendamiento a tiempo repartido con la regulación de las cuestiones relativas.

3.7. Italia

La práctica italiana ha asumido cuatro diferentes fórmulas jurídicas para estructurar la multipropiedad,¹² a saber:

- a) *Accionaria*. Receta la idea societaria del derecho francés.
- b) *Alberghiera*. Es una comunidad indivisa, cuya administración se encuentra a cargo de una entidad, que realiza todos los servicios propios de la hotelería.
- c) *Inmobiliare*. Que consagra igualmente una comunidad pro indiviso, en la que se atribuye a cada parte ideal, un período determinando de uso y disfrute.
- d) *Cooperativa*. Explotación y organización por una sociedad cooperativa, como su denominación lo indica.

En cuanto a la naturaleza jurídica del instituto, la doctrina, en el plano teórico, ha dividido sus opiniones con tres criterios principales:

- a) Encuadre en la figura de la copropiedad.
- b) Consideración como un supuesto de dominio *ad tempus* o propiedad temporal.
- c) Calificación como un nuevo derecho real, o un derecho real atípico.

12 CASELLI, Giovanni. *La Multiproprietà. Problema Giuridico*. Milán, 1983, p. 102.

3.8. México

País donde mayor desarrollo ha tenido el tiempo compartido hasta la década del 80, no ha acompañado ese desarrollo mediante acorde legislación contemplando la figura; originándose caos tanto en materia contractual como instrumental, reflejado en la coexistencia de hasta treinta y ocho contratos de diversa tipología para formalizar el instituto.

Podemos encontrar hasta cinco sistemas de caracterización jurídica de la multipropiedad:

- a) Venta de acciones de sociedades inmobiliarias que incorporan el derecho ínsito del socio a disfrutar la unidad por un período de días anualmente.
- b) Venta de una cuota del condominio de un apartamento cuya propiedad se estructura en unidades *pro indiviso* por razón del tiempo, dentro de un edificio en que existen varios apartamentos en tal condominio.
- c) Venta del derecho personal al uso de la estancia por determinado tiempo.
- d) *Fideicomiso*. Negocio jurídico por el que el fideicomitente, titular del inmueble, encomienda a un intermediario, fiduciario, una institución crediticia que lo destine a proporcionar a terceros – fideicomisarios de aquél – por períodos temporales.
- e) Club de Vacaciones: el propietario alquila el inmueble a un club, que otorga membresías a sus socios por las que obtienen derecho a usar la unidad vacacional.

También fue regulada como sociedad hotelera o bien como *condo-hotel* o *apart-hotel*. Ambas formas descritas han sido dejadas de lado, pero cualquiera fuera la modalidad adoptada, el sistema del *condo-hotel* representó – y sigue representando – una forma de liberar de su letargo a la propiedad y a la inversión de su esterilidad; mostrándose como herramienta eficaz para las partes. Esta práctica resultó tan buen negocio, que pronto los administradores y operadores tuvieron la idea de hacerlos por sí mismos, sin depender de los condóminos y es aquí cuando el *condo-hotel* se transforma en tiempo compartido.

Se puede afirmar que no existe norma alguna que lo regule específicamente, aunque, usualmente, se lo ha establecido como condominio. A diferencia de experiencias en otros ámbitos, sin embargo, existe un importante marco de protección al adquirente en este país; contándose con cuatro registros, entre los cuales se encuentran: (i) el Registro Nacional

de Turismo y (ii) el Registro de Adquisición de Extranjeros que compran mediando un fideicomiso.

Recién en fecha 21 de agosto de 1989 se dicta el Reglamento de la Prestación del Servicio Turístico del Sistema de Tiempo Compartido y, en sus considerandos, se lee que, como parte fundamental de la «Política de Modernización del Turismo inscrita en el Acuerdo Nacional para la Recuperación Económica con Estabilidad de Precios» –incluido en el propio Plan de Desarrollo–, figura la necesidad de adecuar la normatividad y regulación turística mediante la actualización de los reglamentos vigentes y la expedición de aquéllos que contribuyan a dar mayor seguridad jurídica a los usuarios turistas; en virtud de que el sistema de tiempo compartido, incrementa en forma considerable la oferta de servicios turísticos en el país y hacia el exterior.

Su artículo 1 afirma que «Las disposiciones de este Reglamento serán aplicadas en todo el territorio de los Estados Unidos Mexicanos por la Secretaría de Turismo que, en lo sucesivo, se le denominará la Secretaría».

El artículo 3 relata que:

Para efectos de este Reglamento se entiende por:

La Secretaría: El servidor público competente, en los términos del Reglamento Interior de la Secretaría de Turismo.

Sistema de Tiempo Compartido (independientemente de la denominación que se le dé a la forma de contratación): Todo acto jurídico por el cual se concede a una persona el uso, goce y demás derechos que se convengan sobre un bien o parte del mismo, ya sea una unidad cierta, considerada en lo individual o una unidad variable dentro de una clase determinada, durante un período específico, a intervalos previamente establecidos, determinados o determinables.

Usuario-Turista: A la persona que adquiere los derechos mencionados en el párrafo anterior, así como a cualquier otra que haga uso de los mismos, con justo título.

Establecimiento: El bien en el que se presta el servicio turístico del sistema de tiempo compartido.

Prestador: La persona física o moral que tenga a su cargo la administración del sistema, el mantenimiento y operación del establecimiento, debiendo estar domiciliada en el territorio de los Estados Unidos Mexicanos. Aun cuando el prestador contrate con terceros la prestación de los servicios que se proporcionen a los usuarios-turistas y al establecimiento, aquél será el único responsable en los términos del presente Reglamento.

Dispone además entre otras medidas: la necesidad de obtener la inscripción en el Registro Nacional de Turismo (artículo 5); la confección de un Reglamento Interno (artículo 21) que deberá ser depositado en la Secretaría de Turismo; la conformación de una Comisión Consultiva de Establecimientos de Tiempo Compartido (artículo 28), órgano de consulta colegiado encargado de analizar todo lo relacionado con la operación de los establecimientos; sanciones por infracciones del prestador (artículo 48).

3.9. Portugal

Con la sanción de los Decretos-Leyes n.ºs 335-31/12/81, 368/83 y 130/89 Portugal fue el primer país que específicamente reglara la Multipropiedad como «derecho real de habitación periódica»,¹³ de carácter perpetuo y libremente transmisible por actos entre vivos o *mortis causae*; sin mencionar el derecho de propiedad.

Sus notas más sobresalientes las encontramos en los primeros artículos del citado Decreto, en cuya Exposición de Motivos se afirma que:

Lo que se pretende con este texto es crear un nuevo derecho real, el derecho real de habitación periódica, lo que equivale en la práctica a un régimen de propiedad fraccionada no ya por segmentos horizontales, sino por cuotas partes temporales, dando mayor garantías a los inversores, que en este momento, a través de la movilidad vulgarizada de los títulos de vacaciones, apenas tienen acceso a la protección legal precaria de tipo obligacionista.

Se trata de fundamentos de neto contenido axiológico. Se pretende factibilizar la «seguridad jurídica» de los inversores poniéndose de manifiesto un criterio coincidente con las posturas doctrinarias que prevalecen en los diferentes países: para dar operatividad a la pretendida «protección del adquirente», se hace imprescindible acudir a figuras jurídicas de naturaleza «real».

Ahora bien, el nuevo derecho real de habitación periódica, nada tiene de común con el clásico derecho de habitación regulado en el Código Civil de Portugal ya que por un lado, la nueva figura se destaca por su perpetuidad, en contraposición con el carácter vitalicio del derecho tradicional; y por el otro, frente a la transmisibilidad de éste, el nuevo derecho de habitación periódica es «enajenable».

El titular de la nuda propiedad debe ser la única persona (ya sea individual o jurídica) quién constituya el derecho, declarando en escritura pública la afectación del inmueble al destino turístico. En dicho instrumento se describe tal destino y se consignan el detalle de cada período mensual, las facultades de los titulares del derecho, sus obligaciones, las facultades y deberes del propietario y el régimen aplicable en caso de destrucción de la cosa objeto del derecho. La administración del complejo corresponde al propietario.

Para cada derecho de habitación periódica, el registro inmobiliario expide un certificado que documenta el respectivo derecho y posibilita su enajenación y/o gravamen, lo cual puede tener lugar, por vía de endoso

13 DE ROSA, Carlos Alberto. *La llamada multipropiedad y su inserción en el ámbito de los derechos reales*. L. L. tomo 1987-D. p. 1126.

o anotación. Supletoriamente, se aplican las normas de la propiedad horizontal y del usufructo.

3.10. Uruguay

Los trabajos uruguayos en multipropiedad la orientan hacia una forma de propiedad transmitida a varias personas que concurren a compartir el derecho de goce en fracciones de tiempo separadas como cotitulares.

En 1986 se propone un proyecto de ley de tiempo compartido, elevado a la Cámara de Representantes de la República en 1988 por Ariel Lausarot. En el ínterin, 1987, Mabel Plada Camacho también presenta otro proyecto de multipropiedad.

Derechos Reales *versus* Derechos Obligatorios: ¿la destrucción del área común mediante la obligación de hacer?

*Roger Vidal Ramos**

SUMARIO: 1. *Introducción.* – 2. *Derechos reales y obligatorios.* – 3. *Naturaleza jurídica de la obligación de hacer.* – 4. *La propiedad horizontal.* – 5. *Patrimonialidad* y 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

En reiteradas oportunidades los fallos emitidos por los juzgados y los Tribunales Superiores de Justicia del Perú, inciden con frecuencia en interpretaciones erróneas y confusas respecto a las implicancias de la naturaleza jurídica de las instituciones de los derechos reales y obligatorios, siendo estos fallos los generadores de incertidumbres respecto a la interpretación y aplicación idónea de la verdadera naturaleza jurídica de los derechos reales y obligaciones, los cuales contienen diferencias esenciales.

* Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Título de Segunda Especialización en Derecho Ambiental y los Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad César Vallejo y Universidad Autónoma del Perú. Socio de Vidal, Melendres & Palomino Abogados (www.vmplegal.com).

Es, pues, que en el ejercicio profesional asumimos el patrocinio de un proceso judicial en favor de los demandados; la demanda se interpone bajo la argumentación de una pretensión inusual y novedosa que tiene por finalidad una declaración judicial de ordenar la destrucción de lo construido en un área común (propiedad horizontal) mediante la obligación de hacer.

Por razones didácticas y de confidencialidad, denominaremos a los demandados los esposos *Tristán*, quienes en el año 1985 adquieren mediante contrato de compraventa un departamento en el primer piso, ubicado en un edificio de 4 pisos. Dicho contrato se reguló bajo el régimen de la propiedad horizontal. En el año 1990 los esposos *Tristán* decidieron construir sobre un área común. Este acto que, en forma verbal fuera aprobado por los copropietarios, y que contara con el otorgamiento de licencia de construcción por parte de la entidad municipal competente.

En el año 2002, los esposos *Titanes* adquieren el departamento ubicado en el segundo piso, quienes tuvieron conocimiento previo de la construcción en el área común efectuada por los esposos *Tristán*.

Los esposos *Titanes*, en el año 2008 demandan a los esposos *Tristán*, solicitando al Juzgado Civil de Lima la destrucción de lo construido en el área común, bajo el amparo de la obligación de hacer.

Con la finalidad de brindar mayores nociones resumimos en las siguientes líneas la ayuda memoria del proceso:

- i. **Demanda:** Los esposos *Titanes*, interponen demanda de obligación de hacer en contra los esposos *Tristán* con el petitorio de ordenar la destrucción de lo construido en un área común.
- ii. **Sentencia:** El Juzgado Civil de Lima declara fundada la demanda ordenando que los demandados, los esposos *Tristán*, cumplan con lo estipulado en la Escritura Pública de Independización y Reglamento Interno y Propiedad Horizontal, y procedan a destruir la construcción.
- iii. **Sentencia de Sala Civil:** La Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima,¹ revoca la Sentencia que declara fundada la

1 Fundamentos de la sentencia de la Sala Civil: «Que las disposiciones de hacer importan el comportamiento del obligado de realizar una conducta o actividad a favor del acreedor de la relación obligacional o de un tercero, quienes en virtud del compromiso asumido por el deudor se encuentran en la facultad de exigirle dicha prestación. Que, en este contexto, se aprecia que en el presente caso, no existe conexión lógica entre los hechos que se exponen en la demanda y la naturaleza de la obligación que se peticiona, ya que se está solicitando la realización de una actividad (destrucción de una edificación), sin

demanda y ordena que los demandados cumplan con lo estipulado en la escritura pública de independización y reglamento interno de propiedad horizontal y procedan a destruir la construcción edificada sobre los aires del pasaje común con ingreso por la Av. Santa Catalina n.º 192 - La Victoria y, reformándola, dicha Sala Superior *declara improcedente la demanda en todos sus extremos ya que no existe conexión lógica entre los hechos que se exponen en la demanda y la naturaleza de la obligación que se solicita, ya que se está solicitando la realización de una actividad (destrucción de una edificación) sin que exista una obligación al respecto.*

- iv. **Casación de la Corte Suprema:** Mediante Casación n.º 3010-2011,² de fecha 5 de septiembre de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la República declara fundado el recurso de casación interpuesto por los demandantes y ordena a la Sala Superior que emita una nueva sentencia con arreglo a derecho y a las consideraciones contenidas en la Casación.

2. DERECHOS REALES Y OBLIGACIONALES

Los derechos patrimoniales se distinguen en dos grupos derechos reales y derechos de obligación (crédito), es necesario indicar algunas ideas que nos ayudarán a diferenciar estos derechos patrimoniales; los

que exista una obligación al respecto, pero no pedirlo, a través de la ejecución de una obligación de hacer, en tanto no exista dicha obligación. En ese sentido, la demanda deviene en improcedente de conformidad con lo previsto en el inciso 5 del artículo 427 del Código Procesal Civil. Por estos argumentos, declara IMPROCEDENTE LA DEMANDA.

- 2 Fundamento **Cuarto:** El artículo cuarenta de la Ley n.º 27150 (Ley de Edificaciones del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica) establece que «los bienes de propiedad común pueden ser, según sea el caso [...] los pasajes, pasadizos, escaleras, y en general, vías aéreas de circulación de unos común». **Quinto.-** Por otro lado, el artículo 974 del Código Civil «cada propietario tiene derecho a servirse del bien común siempre que no altere su destino, ni perjudique el interés de los demás» de una interpretación conjunta de las normas precitadas, se tiene que, si bien es cierto que los copropietarios tienen derecho a hacer uso del bien común, entendiéndose como tal las vías aéreas de uso común, no es menos cierto que un copropietario no puede alterar su naturaleza efectuando construcciones que sirvan, exclusivamente, a sus intereses, puesto que no sólo desnaturaliza la cualidad del bien común de tales vías, sino que perjudica el interés de los demás copropietarios, al atributo que se le confiere a los copropietarios de servirse del bien común de tales vías, sino que perjudicaría el interés de los demás copropietarios. Al atributo que se le confiere a los copropietarios de servirse del bien común, le corresponde como correlato un deber de no alterar su destino ni perjudicar el interés de los demás copropietarios. **Sexto.-** En tal sentido, si un copropietario se ve afectado por el uso indebido del bien común por parte de otro copropietario, puede pedir que éste retire la causa que originó el perjuicio, lo cual se puede traducir, de ser el caso, en la destrucción de lo indebidamente construido en el área de uso común.

glosadores dividieron en *ius in rem* y el *ius in personam*, basándose en la oposición que había formulado el Derecho romano entre el *actio in rem* y el *actio in personam*, es que se distingue entre derechos reales y derechos de obligación.

En los derechos reales, el objeto del derecho lo constituyen los bienes y las cosas, mientras que en los derechos de obligación el objeto del derecho lo constituyen las prestaciones ajenas en cuanto puedan proporcionar una cierta utilidad al acreedor. Igualmente, los derechos reales giran alrededor del derecho de propiedad y sus desmembraciones, y la relación es entre el sujeto al que corresponde el derecho y el bien objeto de él, mientras que en los derechos de obligaciones la relación es de persona a persona, entre sujeto activo o acreedor, y sujeto pasivo, o deudor; por lo tanto, la relación con las cosas es siempre indirecta a través de las personas comprendidas en la prestación, son derechos de naturaleza transitoria, pues la facultad correspondiente a ella se agota al hacerse efectiva, mientras que las facultades correspondientes a un deber jurídico distinto al obligacional no se agota por su uso normal.

Las consecuencias que se derivan de los derechos reales y de los derechos de obligación son también distintas. Así, la pérdida de la cosa en los derechos de propiedad importa la extinción del derecho, lo cual no sucede en todos los casos cuando se trata de los derechos de obligación, por cuanto ellos subsisten transformándose en la indemnización de daños y perjuicios. El derecho real tiene entre sus atributos la persecución (*rei persecutoria*) mientras el de las obligaciones no. de otro lado, el derecho obligacional puede consistir en un dar, hacer o no hacer, y el derecho real da nacimiento a una obligación de no hacer (de los demás) de carácter universal.

Finalmente, debe destacarse que los derechos reales son oponibles a todos (*erga omnes*) y los derechos de obligación se caracterizan justamente por lo contrario, ya que son oponibles únicamente a un sujeto determinado, específico. De allí que a los primeros se les llama absolutos, y a los segundos relativos.³

Un tema que no puede dejar de advertir es respecto a las diferencias procesales que se puedan ubicar en la tutela procesal de los derechos reales y obligacionales, siendo que las instituciones de los interdictos, división-partición, o reivindicación son propios de los derechos reales y en contraposición a las acciones personales, tales como demandas de

3 FERRERO COSTA, Raúl. *Curso de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Ed. Grijley, 2004, 3.^a Ed., pp. 8-9.

obligación de dar suma de dinero, de hacer, no hacer o por incumplimiento contractual tiene como fuente los derechos obligatorios.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE HACER

El Código Civil y la doctrina establecen que las obligaciones con prestaciones de hacer, nacen de las obligaciones de índole económico entre el acreedor y deudor, siendo entre estas obligaciones muy diversas como la elaboración de una escultura, un cuadro o la ejecución de algún servicio o trabajo, obligaciones que se pueden generar de los contratos de locación de servicios y los contratos de obra.

Es así que el profesor Díez-Picazo⁴ refiere: la prestación de hacer, como objeto de una relación obligatoria, puede tener contenidos muy variados. Habrán de ser las partes, en cada caso, quienes describan sus características y establezcan el programa o proyecto de la actividad prometida. No hay inconvenientes en que esta descripción de las características se realice por remisión expresa o implícita, a los usos del tráfico o las llamadas reglas o leyes de cada arte.

Como supuestos típicos en el código civil de actividades que constituyen un posible objeto de relaciones obligatorias pueden mencionarse el desempeño de un trabajo o un servicio (artículo 1583), la construcción de una obra (artículo 1593), el transporte de personas o cosas (artículo 1601), la realización de una gestión o de un encargo (artículo 1709) y la custodia de las cosas ajenas (artículo 1758).

Las obligaciones de hacer se caracterizan por circunstancias de que su objeto consiste en el despliegue de energías de trabajo, sean físicas o morales, prestado por el deudor en favor del acreedor. Responde a la idea arriba expresada de las obligaciones contraídas por los trabajadores manuales bajo las órdenes de un principal, por los artesanos, profesionales, artistas, etc., otros ejemplos les proporciona la obligación de celebrar un contrato, la gestión de negocios de cuentas, el transporte de una cosa o de una persona, el aporte del socio industrial.⁵

Otro arista fundamental en las obligaciones de hacer se encuentran reguladas en el plazo y el modo del cumplimiento de la prestación, existiendo un plazo determinado entre acreedor y deudor, a fin de que se logre el cumplimiento de la prestación debida y la contraprestación, de no

4 DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Las Relaciones Obligatorias. Madrid: Thomson Reuters, 2007, 7.^a Ed., tomo II, p. 244.

5 BAUTISTA TOMA, Pedro y Jorge HERRERO PONS. *Manual de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Ediciones Jurídicas, 2008, pp. 81-82.

existir plazo resulta aplicable lo dispuesto por el artículo 1240 del Código Civil peruano, deberá ejecutarse la prestación después de generada la obligación.

En lo que refiere al modo, manera o forma de cumplimiento, cabe hacer hincapié en que en las obligaciones de hacer es más relevante que en las obligaciones de dar, en tanto en éstas, a menudo no se requiere de un cumplimiento exacto, en cuanto a tiempo de ejecución de la prestación. Resulta evidente que en el modo pactado para el cumplimiento de la obligación de hacer, no se está aludiendo al modo – sinónimo de cargo – como una de las modalidades del acto jurídico.

Según lo dispone el artículo 1148, se está empleando el término en sentido lato, vulgar, debiéndose entender por «modo» a la forma o manera en que deberá ejecutarse la obligación.⁶

4. LA PROPIEDAD HORIZONTAL

A manera de antecedentes el profesor Díez-Picazo,⁷ destaca que la propiedad horizontal representa edificios que constan de diferentes plantas, en las cuales existen apartamentos que disponen de salida independiente.

Un elemento común del edificio puede organizarse en un sistema de vida en el cual coexista una propiedad respecto del espacio destinado a viviendas o a locales de negocio en una comunidad con propietarios respecto de los llamados elementos comunes.

En el Perú, el profesor Gonzales señala:

La propiedad horizontal tiene como presupuesto objetivo la existencia de un edificio dividido en distintos sectores. Sin embargo, modernamente, se habla de «propiedades horizontales atípicas».

Ya que no tienen como sustento fáctico un edificio, sino diversas casas que comparten algunos bienes o servicios comunes. Se habla, por ejemplo, de una propiedad horizontal tumbada, cuya principal nota distintiva consiste en que no hay superposición horizontal de unidades inmobiliarias, pues éstas cuentan con relativa independencia, pero comparten zonas de ingreso o vías comunes.

6 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008, p.Pp.191-192.

7 DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Las Relaciones Obligatorias. Madrid: Thomson Reuters, 2007, 7.^a Ed., tomo VI, pp. 95 y 244.

En nuestro país, es el caso de las llamadas quintas o casas en copropiedad.⁸

En la actualidad, con la expansión y bonanza de la industria inmobiliaria-construcción muchas familias y personas deciden adquirir departamentos, a fin de que puedan cubrir su necesidad de vivienda, con lo cual, voluntariamente aceptan estar sujetos al régimen de propiedad horizontal vigente que prescribe la aceptación del compartir bienes de propiedad común, el respeto al reglamento interno, pago de una cuota de mantenimiento y/o gastos comunes; y generan derechos, tales como: a) derecho de uso, disfrute y disposición de sección exclusiva, b) derecho a realizar obras o modificaciones en la sección exclusiva, c) derecho de uso y disfrute sobre bienes comunes y d) derecho de participación en la junta de propietarios, en razón a estas obligaciones que surgen respecto a los derechos reales de carácter individual y colectivo.

Siempre cabe efectuar una diferencia con la naturaleza jurídica de las obligaciones que surgen de las prestaciones de dar, hacer y no hacer, debido a que la tutela procesal de los derechos reales y obligatorios tiene diferencias muy marcadas en la doctrina como en la jurisprudencia.

En consideración a que los derechos reales (propiedad horizontal) guardan diferencias institucionales y procesales con los derechos obligatorios, resulta que la demanda de obligación de hacer con el petitorio de ordenar la destrucción de lo construido en un área común, resulta ser una demanda improcedente, el argumento de la Sala Civil es el correcto al señalar que:

Toda vez que la Escritura Pública de Indemnización y Reglamento de Propiedad Horizontal no contiene una obligación de la misma naturaleza que la planteada en la demanda, y que a criterio de la sentencia de la Sala Civil “el artículo 38 de la Ley n.º 27157 prevé la posibilidad de que los propietarios puedan optar entre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común o el régimen de independización y copropiedad, en este último caso, sujetos al régimen de copropiedad regulado en el Código Civil, conforme lo prevé el artículo 128.1 del Reglamento. Así también, el artículo 43 de la Ley establece que los copropietarios del bien, pueden acordar la desafectación del bien común, a fin de destinarlo a una sección exclusiva. Lo dispuesto denota que el régimen de la propiedad exclusiva y común no es un régimen de carácter obligatorio, pues los propietarios pueden optar por el régimen de copropiedad a fin de servirse del bien común, según el artículo 974 del Código Civil.”⁹

8 GONZALES BARRON, Gunther. *Tratado de Derecho Registral Inmobiliario*. Lima: Jurista Editores, 2002, p. 725.

9 Tercera Sala Civil de Lima. Expediente n.º 44000-2008-0-1801-JR-CI-04, p. 8.

5. LA PATRIMONIALIDAD

Es esencial precisar que el objeto de la obligación, la prestación, implica el requisito de patrimonialidad de la prestación debida por parte de deudor, pues esto caracteriza toda relación obligacional, siendo, a nuestro criterio, que la patrimonialidad será un factor fundamental que podrá determinar la relación obligacional entre deudor y acreedor, más aún el proceso judicial iniciado por la destrucción de lo construido en un área común de una propiedad horizontal.

La exigencia o no de la patrimonialidad de la prestación es un problema clásico en el que han terciado grandes juristas como *Savigny* o *Ihering*.

Una primera postura sería aquella que exigiría que toda prestación deba ser patrimonial o, al menos, evaluable pecuniariamente. Una posición intermedia señalaría que la prestación no tiene por qué ser estrictamente patrimonial, pero sí, de ser posible, una responsabilidad patrimonial que, si es por equivalente, será pecuniaria.

El razonamiento que late detrás de lo anterior es: si el cumplimiento de la obligación se garantiza con la responsabilidad patrimonial, la propia prestación ha de ser patrimonial. O dicho de otro modo, una prestación que no tuviese ninguna posibilidad de evaluarse económicamente, ni patrimonializarse, es decir, no podría garantizarse por la responsabilidad patrimonial, razón por la cual no sería obligación.¹⁰

Es así que Osterling y Castillo, expresan:

En opinión nuestra, las obligaciones civiles tienen necesariamente contenido patrimonial. Por eso, en los ejemplos propuestos por *Ihering* debe admitirse su significación patrimonial por razón de la contraprestación, o de las consecuencias económicas que su inejecución origine, o de las conductas a través de las cuales se va a satisfacer un interés.

El profesor Castillo Freyre,¹¹ en su informe legal, opina respecto a la controversia lo siguiente:

Es decir, la Escritura Pública de independización y Reglamento Interno de Propiedad Horizontal del Inmueble no contiene, de modo alguno, ninguna obligación en los términos que el Derecho de Obligaciones peruano posee. Por ejemplo, ¿cuál sería la patrimonialidad del objeto de la obligación? Esta pregunta no podría ser respondida, pues, simplemente, no existe tal característica en ninguna parte de dicho documento.¹²

10 NAVARRO MENDIZÁBAL, Iñigo. *Derecho de Obligaciones y Contratos*. Navarra: Thomson Reuters, 2011, p. 79.

11 CASTILLO FREYRE, Mario. *Informe Legal sobre naturaleza jurídica de las obligaciones de hacer y su pertinencia como marco jurídico aplicable al proceso judicial*, n.º 44000-2008-0-1801-JR-CI-04, 19 de marzo de 2013, p. 11.

12 *Ibidem*, p. 12.

Como sabemos, la palabra «hacer», en términos generales, puede implicar dos cosas:

- a) Producir una cosa (o mejor dicho un bien, dentro de la terminología utilizada por el Código Civil y el Derecho moderno). Ese bien podrá ser tanto material como inmaterial.
- b) Hacer implica ejecutar alguna acción o trabajo.¹³

Las obligaciones de hacer pueden consistir en la elaboración de algún bien, o en la ejecución de algún servicio o trabajo. Ellas pueden ser de dos tipos: obligaciones de hacer que concluyen en un dar y obligaciones de hacer que concluyen en el propio hacer.

Una obligación de hacer es de una u otra clase, dependiendo de si el cumplimiento de aquella, supone o no la entrega de un bien que es producto de ese hacer. La diferencia entre una obligación de dar y una de hacer que termina en un dar, es que en la segunda lo verdaderamente relevante es la ejecución de aquello que luego se va a entregar. Sin perjuicio de lo anterior, cabe indicar que en ese tipo de obligaciones de hacer la entrega, aunque no es lo esencial, igualmente es exigible, pues de lo contrario la ejecución de la prestación le sería inútil al acreedor.¹⁴

Dicho esto, nos volvemos a preguntar ¿en qué parte del analizado artículo 1148 calza el supuesto de hecho descrito por los demandantes en su escrito de demanda?

En efecto, la naturaleza jurídica del contenido del artículo 1148 no puede ser invocada en el caso bajo estudio, pues lo que se discute en él es la validez de los actos de los demandados al edificar sobre, aparentemente y según los demandantes, un bien que les pertenece en copropiedad.¹⁵

6. CONCLUSIONES

- i. Que, afirmamos que nos encontramos ante una inexistencia de una relación obligacional entre los demandantes y demandados, pues en ningún momento surge una relación obligatoria, por carecer de los elementos de la obligación: acreedores y deudores, prestación y vínculo obligacional, considerando que las relaciones jurídicas que surgen de la Escritura Pública de Independización y Reglamento de Propiedad Horizontal generan un régimen de copropiedad que se encuentran enmarcado dentro de los alcances que atribuyen los

13 *Ibidem.*

14 *Ibidem*, p. 22.

15 *Ibidem.*

derechos reales (propio de los derechos reales mas no obligacionales), los demandantes pretenden desconocer la naturaleza jurídica de la obligación de hacer la cual está destinada a regular la relación obligación entre un acreedor y deudor, según lo dispone el artículo 1148, que se entiende que el deudor se obliga a realizar una prestación, como la elaboración de algún bien o la ejecución de algún servicio o trabajo, y cabe repetir las interrogantes: ¿existe una relación obligacional entre los demandantes acreedores y los demandados deudores? ¿Cuál sería el negocio jurídico donde los demandados se obligan a prestar un servicio o elaboración de una obra? ¿Cuál sería la prestación económica que estaría obligados a realizar los demandados a favor de los demandantes?

- ii. Los demandantes (*Titanes*) incurren en un error de improcedencia respecto a que su pretensión de una obligación de Hacer se encuentra bajo una inconsistencia entre el petitorio y los argumentos facticos y legales de la demanda, debido a que la copropiedad y la Ley de Propiedad Horizontal no contienen la patrimonialidad que se exige según la naturaleza jurídica de la obligación de hacer, siendo que pertenece al ámbito estricto de los derechos obligacionales y por cuanto dicha escritura no contiene una obligación de esta naturaleza.¹⁶
- iii. Cabe precisar que los demandantes tendría expedito su derecho de acción y de tutela judicial bajo la interposición de las instituciones jurídicas que tenga por finalidad tutelar los derechos reales como lo podría ser la acción de división y partición, la reivindicación, los interdictos o la aplicación del artículo 975¹⁷ del código civil (indemnización por uso exclusivo del bien común, que si guarda una relación jurídica entre el petitorio y la tutela de los derechos reales.¹⁸

16 Todo lo hasta aquí señalado tiene plena concordancia con lo establecido en los considerandos Décimo y Undécimo de la Resolución n.º 9 de la Tercera Sala de la Corte Superior de Justicia de Lima, pues en ellos se sostiene que «no se puede ordenar, como lo ha hecho el *A quo* [refiriéndose al 31 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima], que los demandados cumplan con lo estipulado en la escritura pública de independización y reglamento de propiedad horizontal y procedan a destruir la construcción edificada sobre los aires del inmueble materia de *litis*, por cuanto dicha escritura no contiene una obligación de esta naturaleza.

17 Artículo 975.- El copropietario que usa el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás, debe indemnizarles en las proporciones que les corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo 731.

18 Mediante la obligación de hacer no se podría discutir un tema que meramente versa sobre derechos reales, existiendo acciones procesales (reivindicación, interdictos) que podría ser los pertinentes a una discusión adecuada sobre construcción en áreas comunes por parte del cualquier copropietario.

- iv. Consideramos que no es adecuado el criterio de la Corte Suprema establecido en el fundamento sexto de la Casación n.º 3010-2011 sobre obligación de hacer: «En tal sentido, si un copropietario se ve afectado por el uso indebido del bien común por parte de otro copropietario, puede pedir que este retire la causa que originó el perjuicio, lo cual se puede traducir de ser el caso, en la destrucción de lo indebidamente construido en el área de uso común»; no puede ordenarse judicialmente la destrucción de lo indebidamente construido en el área común bajo la obligación de hacer, por cuanto los derechos obligatorios están destinados a exigir el cumplimiento de prestaciones de índole patrimonial y, en consecuencia, podría interponerse la demanda bajo las instituciones que tutelan los derechos reales.
- v. Finalmente, es importante resaltar que la naturaleza jurídica de los derechos reales y obligaciones radica en las diferencias de índole jurídico y procesal que se expresan en los derechos que se tutelan, siendo pues que el petitorio de los esposos *Titanes* incurren en una inconsistencia lógica y jurídica entre los hechos que se exponen en la demanda y la naturaleza de la obligación que se solicita, ya que se está solicitando la realización de una actividad (destrucción de una edificación) sin que exista una obligación de hacer al respecto, la demanda debió de haber sido declarada improcedente por el *Ad Quo* de primera instancia y la Corte Suprema en su Casación debió haber confirmado la improcedencia de la demanda que fuera decretada por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Novación legal

*Felipe Osterling Parodi**
*Mario Castillo Freyre**

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como bien sabemos, las obligaciones pueden nacer de la voluntad o de la ley, existiendo, en este último caso, numerosos preceptos que generan relaciones obligacionales al margen de la voluntad y que incorporan, sin duda, casos de novación legal que operan de pleno derecho o en virtud de resolución judicial.

No obstante estos principios incontrovertibles, la doctrina omite tratar sobre la novación legal, sea de pleno

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor emérito de la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com

derecho o a mérito de una declaración judicial. En tal sentido, no existe sustento que permita confrontar opiniones.

Tal vez lo que determina ese silencio sea la ausencia, en estos casos, del *animus novandi*, considerado como uno de los requisitos de toda novación, bajo la premisa de que esa exigencia es privativa de la voluntad de los intervinientes.¹

La presencia del *animus novandi* se desprende del artículo 1277 del Código Civil peruano, norma que se limita a señalar que por la novación se sustituye una obligación por otra; y que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste indubitablemente en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Antes de analizar la novación legal en el Código Civil peruano, debemos anotar algunas consideraciones de importancia.

Como se percibe del estudio de la novación, la doctrina se refiere exclusivamente a la novación voluntaria.

La novación legal —a entender nuestro— siempre ha existido. De ella, sin embargo, no ha tratado ni la citada doctrina ni la legislación de los diversos países correspondientes a nuestra tradición jurídica.

Dentro de tal orden de ideas, estimamos imprescindible señalar que si bien es cierto que la mayoría de efectos de la novación voluntaria se generan por igual en la novación legal —ya opere ésta de pleno derecho o en virtud de resolución judicial—, uno de ellos no se produce. Se trata de la extinción de las garantías correspondientes a la obligación original, lo que equivale a decir que, contrariamente a lo dispuesto por el artículo 1283 del Código Civil,² en la novación legal sí se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario.

1 Incluso, uno de los autores de este tratado, en una anterior investigación (CASTILLO FREYRE, Mario. *Los contratos sobre bienes ajenos*. Lima: CONCYTEC, 1990), analizando un artículo del Código Civil, llegó a la conclusión de que al no estar presente «el elemento volitivo, indispensable para la constitución del contrato de novación», se inclinaba por negar la existencia de la novación legal.

No obstante, en una investigación posterior (CASTILLO FREYRE, Mario. *El bien materia del contrato de compraventa*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Volumen XIII. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995; y, posteriormente, en *La venta de bien ajeno. 20 años después*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2010) opinó lo contrario, concluyendo en la existencia de la novación legal.

2 Artículo 1283.- En la novación no se transmiten a la nueva obligación las garantías de la obligación extinguida, salvo pacto en contrario. Sin embargo, en la novación por delegación la obligación es exigible contra el deudor primitivo y sus garantes, en caso que la insolvencia del nuevo deudor hubiese sido anterior y pública, o conocida del deudor al delegar su deuda.

Si se aplicara ciegamente el artículo 1283 citado a los casos de novación legal, ello podría generar graves perjuicios al acreedor, que vería extinguidas las garantías que cautelaban sus derechos, sin su asentimiento para que operara tal extinción.

Sostenemos esta tesis porque con frecuencia la novación legal opera al margen de la voluntad de las partes, y extinguir garantías, en estas circunstancias, conduciría a situaciones no sólo injustas sino absurdas.

Por tales razones, y en el entendido de que el artículo 1283 del Código Civil ha sido concebido privativamente para la novación voluntaria, es que exceptuamos su aplicación a la novación legal.

Aquí deseamos dejar expresa constancia de que acogemos los mismos criterios, esto es, que las garantías se mantienen cuando la prestación es posible, pero ante la inejecución de la obligación el acreedor opta por la vía de los daños y perjuicios. Esta circunstancia resulta determinante para sostener que en la novación legal no opera la extinción de las garantías. La opinión contraria resultaría arbitraria y susceptible de generar las mayores injusticias. Y aunque la doctrina consultada no aborda el tema, nadie podría sostener razonablemente que cuando se opta por la vía indemnizatoria las garantías se perjudican.

Por lo demás, antes de ingresar al estudio de los casos en que la novación legal opera de pleno derecho o por resolución judicial, debemos establecer algunas reglas que, en opinión nuestra, precisan tenerse en consideración.

En primer lugar, estaremos ante supuestos de novación legal sólo en aquellas hipótesis en que la sustitución de una obligación por otra se produce en virtud de un mandato legal, aun cuando la causa fuente de la obligación originaria fuese la voluntad humana.

Luego, no habrá novación legal cuando, ante la imposibilidad absoluta de cumplimiento de una obligación, por haberse extinguido la prestación, o por haberse declarado rescindido o resuelto el contrato, la ley establezca determinadas consecuencias a través de la creación de nuevas obligaciones, como la de pagar una indemnización por daños y perjuicios. Éste sería el caso, por citar un solo ejemplo, del deudor que se obliga a entregar a su acreedor un bien cierto, el cual se pierde — antes de su entrega — por culpa de dicho deudor. En esta eventualidad, en virtud a lo establecido por el primer párrafo del inciso 1 del artículo 1138 del Código Civil, la obligación del deudor queda resuelta, pero el acreedor deja de estar obligado a su contraprestación, si la hubiere, y el deudor queda sujeto al pago de la correspondiente indemnización.

Se presentará un supuesto de novación legal cuando la obligación originaria no se hubiese extinguido, pero por resultar inútil al acreedor,

el deudor – por mandato de la ley – se encuentre obligado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en sustitución al pago de la obligación originaria. Por ejemplo, la hipótesis del deudor en mora cuyo incumplimiento acarrea que el acreedor pierda interés en la prestación por resultarle inútil. En este caso, el acreedor podría recurrir a la vía de la resolución del contrato, reclamando (en lugar de aquella prestación que se le debía) el pago de la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, se produce novación legal cuando, resultando aún existente y útil la prestación, el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios.

Por otra parte, no estaremos ante una novación legal cuando la ley estatuye un principio supletorio de la voluntad de los contratantes, vale decir, cuando a falta de previsión por las partes deba aplicarse una disposición determinada. Éste sería el caso previsto por el artículo 1238 del Código Civil, según el cual el pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso.

Para estos efectos también podríamos citar lo dispuesto por el artículo 1240, en el sentido de que si no hubiese plazo designado, el acreedor puede exigir el pago inmediatamente después de contraída la obligación; y lo prescrito por el artículo 1241, que establece que los gastos ocasionados por el pago son de cuenta del deudor, salvo pacto en contrario.

No habrá novación legal, en fin, cuando la ley prevea como opción para alguna de las partes la posibilidad de sustituir alguno de los elementos accesorios de la obligación originaria. Sería el caso, por ejemplo, de lo establecido por el artículo 1239 del Código Civil, al prescribir que si el deudor cambia de domicilio, habiendo sido designado éste como lugar para el pago, el acreedor puede exigirlo en el primer domicilio o en el nuevo; aplicándose igual regla respecto al deudor cuando el pago deba verificarse en el domicilio del acreedor.

2. CLASES DE NOVACIÓN LEGAL

2.1. Novación legal que opera de pleno derecho

El Código Civil peruano contempla numerosos supuestos de novación legal que operan de pleno derecho, los que pasamos a analizar.³

3 Por la naturaleza de este estudio, dejaremos de lado la novación legal en otras áreas del Derecho, para analizar únicamente los casos más visibles y representativos previstos por el Código Civil, sin que dicha enumeración signifique, en modo alguno, agotar los supuestos que acoge la ley civil.

2.1.1. *Inicio de la persona jurídica. Actos celebrados en su nombre con anterioridad a su inscripción registral*

El artículo 77 del Código Civil presenta un supuesto de novación legal subjetiva, pudiendo darse por cambio de acreedor o de deudor, según fuese el caso, pues la norma establece que la existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. Y agrega que la eficacia de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita.

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.

Esto significa que en tanto no se inscriba la persona jurídica y se ratifiquen los actos previos practicados, los sujetos de las obligaciones contraídas en su nombre (ya sea en calidad de acreedores o de deudores) serán aquellas personas que los hubieran celebrado, con responsabilidad solidaria en el caso de los deudores.

Pero, si la persona jurídica se inscribe en el Registro y se ratifican los actos previos, los deudores o acreedores dejarán de ser sujetos de la relación obligacional, sustituyéndose en tales prestaciones la persona jurídica, lo que origina novación.

2.1.2. *Pérdida del derecho a utilizar el plazo*

De acuerdo con el artículo 181, inciso 3, del Código Civil, el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo cuando las garantías desaparecieren por causa no imputable al deudor, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras equivalentes, a satisfacción del acreedor.

Dicha hipótesis determina la supresión del plazo estipulado, que debe ser esencial, de suerte que si el deudor ha contraído una obligación modal – producido el supuesto de hecho de la norma –, en lo sucesivo adeudará una obligación pura y simple, cuyo pago sería exigible inmediatamente (argumento del artículo 1240 del Código Civil).

Este supuesto de novación legal se producirá, entonces, por sustituirse – en virtud de un mandato legal – una obligación modal esencial (sujeta a plazo) por otra pura y simple.

2.1.3. *Derecho de acrecer del colegatario*

De acuerdo con lo previsto por el artículo 775 del Código Civil, cuando un mismo bien es legado a varias personas, sin determinación de

partes o en partes iguales, y alguna de ellas no quiera o no pueda recibir la que le corresponde, ésta acrecerá las partes de las demás.

Aquí debemos recordar el artículo 660 del mismo Código, cuando preceptúa que, desde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores. No existe pues la *res nullius*, generando efectos la sucesión del legado desde el instante mismo del fallecimiento del causante.

En tal sentido, al ser todos los legatarios acreedores de la sucesión, si nos encontrásemos ante el supuesto contenido en el artículo 775, aquellos colegatarios que hubiesen aceptado el legado se verían beneficiados, pues acrecerían sus partes en la eventualidad de que otro u otros de los colegatarios no quisieran o no pudieran recibirlo.

Dentro de ese orden de ideas, y respecto a los colegatarios beneficiados por el derecho de acrecer, diríamos que el objeto de las obligaciones de las que son acreedores sufriría una novación de carácter legal, al transformarse en una prestación distinta, por ser mayor, y singularmente porque el legatario sucedió, pero al no querer o no poder recibir su parte, se genera novación de esta obligación en favor de los otros colegatarios.

2.1.4. *Carácter en que se heredan las obligaciones solidarias*

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1187 del Código Civil, si muere uno de los deudores solidarios, la deuda se divide entre los herederos en proporción a sus respectivas participaciones en la herencia, aplicándose regla similar si fallece uno de los acreedores solidarios.

En estos casos nos encontraremos ante supuestos de novación legal objetiva, ya que varía, en virtud a lo prescrito por el citado numeral, el carácter de la obligación con pluralidad de sujetos, la que, de ser solidaria, pasa a ser mancomunada para los herederos del deudor o acreedor que hubiese fallecido.

Estimamos que este cambio resulta fundamental para considerar que hubo novación objetiva en relación con las personas mencionadas.

2.1.5. *Efectos de la insolvencia de un codeudor*

Prescribe el artículo 1204 del Código Civil que si alguno de los codeudores es insolvente, su porción se distribuye entre los demás, de acuerdo con sus intereses en la obligación. Y agrega que si el codeudor en cuyo exclusivo interés fue asumida la obligación es insolvente, la deuda se distribuye por porciones iguales entre los demás.

Si apreciamos la relación interna entre los diversos codeudores, observaremos que la insolvencia de uno de ellos determinaría que la deuda que finalmente es asumida por cada uno de los otros termine siendo de monto mayor. En este caso, resulta evidente que se habría configurado una novación objetiva derivada del mandato de la ley.

No obstante, podría sostenerse además que también se trataría de una novación subjetiva por cambio de deudor, en la medida en que, respecto a la porción del insolvente, se habría producido en la práctica un cambio de los sujetos obligados, pues la referida insolvencia deberá ser asumida por los codeudores solventes. Sin embargo, podría argumentarse en contrario, aduciendo que tal situación se mantendría en la medida en que subsistiera la insolvencia del deudor, pues al momento en que dejara de encontrarse en dicha situación y contara con patrimonio suficiente, sus codeudores (y ahora acreedores en virtud de la subrogación legal establecida por el inciso 1 del artículo 1260 del Código Civil) podrían cobrar aquellos montos pagados en lugar del insolvente.

2.1.6. Pago con títulos valores

De conformidad con el artículo 1233 del Código Civil, la entrega de títulos valores que constituyen órdenes o promesas de pago, sólo extinguirá la obligación primitiva cuando hubiesen sido pagados o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado, salvo pacto en contrario. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso.

Cuando los documentos se perjudican por culpa del acreedor, la obligación primitiva y la obligación cambiaria que originan tales documentos, antes de perjudicarse, se extinguen por la creación de la obligación que nace de los documentos perjudicados. En tal sentido, se habrá producido novación.

Por lo demás, remitimos al lector a los comentarios que efectuamos al analizar el artículo 1233.

2.1.7. Pago con subrogación legal en las obligaciones indivisibles y solidarias

De acuerdo con el artículo 1263 del Código Civil, en los casos del artículo 1260, inciso 1, el subrogado (de obligación indivisible o solidaria) está autorizado a ejercitar los derechos del acreedor contra sus codeudores, pero sólo hasta la concurrencia de la parte por la que cada uno de éstos estaba obligado a contribuir para el pago de la deuda.

Como se recuerda, el artículo 1263 está destinado a disipar la posibilidad de que opere la teoría de los círculos concéntricos en los supuestos de subrogación legal de quien paga una deuda a la cual estaba obligado, indivisible o solidariamente, con otro u otros.

En tal sentido, por mandato de la ley se quiebra la indivisibilidad o solidaridad (según sea el caso), transformándose la obligación en el campo de las relaciones internas entre los codeudores, en divisible o mancomunada.

2.1.8. Pago indebido y supuesto de enajenación del bien recibido con mala fe

El principio general de pago indebido previsto por el artículo 1267 del Código Civil prescribe que quien por error de hecho o de derecho entrega a otro algún bien o cantidad en pago, puede exigir la restitución de quien lo recibió.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1270, si quien acepta un pago indebido de mala fe, enajena el bien a un tercero que también actúa de mala fe, quien efectuó el pago puede exigir la restitución, y a ambos, solidariamente, la indemnización de daños y perjuicios.

Sin embargo, de acuerdo a lo prescrito por el segundo párrafo del numeral 1270, en caso de que la enajenación hubiese sido a título oneroso pero el tercero hubiera procedido de buena fe, quien recibió el pago indebido deberá devolver el valor del bien más la indemnización de daños y perjuicios.

Consideramos que la hipótesis del segundo párrafo del artículo 1270 constituiría un supuesto de novación objetiva, toda vez que la obligación de devolver el bien se transformaría, por mandato de la ley, en una nueva obligación: la de devolver su valor.

2.1.9. Carácter en que se hereda la cláusula penal solidaria y divisible

De conformidad a lo prescrito por el artículo 1349 del Código Civil, si la cláusula penal fuese solidaria, pero divisible, cada uno de los deudores queda obligado a satisfacerla íntegramente.

En caso de muerte de un codeudor, la penalidad se divide entre sus herederos en proporción a las participaciones que les corresponda en la herencia.

Se trata de un supuesto de novación objetiva en la medida en que se transforma la naturaleza fundamental de la obligación con pluralidad de sujetos, que se convierte de solidaria en mancomunada, y es legal, pues

opera en virtud de lo dispuesto por el propio artículo 1349 del Código Civil.

2.1.10. Modificación de los términos contractuales en virtud de disposiciones legales posteriores

El artículo 1355 del Código Civil dispone que la ley, por consideraciones de interés social, público o ético, puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos.

Algunos juristas interpretaban que este artículo (que recién habría sido anticonstitucional en virtud de lo previsto por el numeral 62 de la Constitución Política del Perú de 1993) franqueaba la posibilidad de que las estipulaciones contractuales fuesen modificadas por normas legales que se expidieran en el futuro.

Naturalmente que de haber sido exacta tal interpretación, no todas las disposiciones de esta naturaleza hubieran determinado que se configurasen supuestos de novación, sino sólo aquellas que hubiesen introducido modificaciones sustanciales en las obligaciones nacidas de los contratos.

Tendríamos ejemplos notables de novaciones legales originadas por esa interpretación, tales como los casos de prórroga a plazos sustanciales de contratos de arrendamiento de inmuebles o de congelamiento de la renta de éstos, supuestos que, sin lugar a dudas, constituirían novaciones objetivas de carácter legal.

2.1.11. Garantía de cumplimiento de la obligación del deudor por parte del cedente de su posición contractual

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 1438 del Código Civil, es válido el pacto por el cual el cedente garantiza el cumplimiento de la obligación del deudor, en cuyo caso responde como fiador.

El mencionado supuesto es uno de novación legal, en la medida en que el cedente que garantiza tal cumplimiento no ha celebrado contrato de fianza con el tercero-cesionario. Sin embargo, la ley le impone no las obligaciones propias del pacto celebrado, sino las que resultan inherentes a un fiador.

2.1.12. Contrato en favor de tercero en el cual el estipulante puede exigir a su favor el beneficio pactado en el contrato

El numeral 1460 del Código Civil prevé que si el tercero no acepta hacer uso del derecho, el estipulante puede exigir el beneficio en su favor.

En el contrato en favor de tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona (argumento del artículo 1457, primer párrafo, del Código Civil). Resulta claro que el acreedor de dicha prestación será el tercero – si éste desea beneficiarse con ella – y no el estipulante.

En virtud de la norma consignada en el artículo 1460 del Código Civil, se produce una novación legal subjetiva por cambio de acreedor, pues el tercero deja de ser acreedor y el estipulante pasa a convertirse en beneficiario (acreedor).

2.1.13. Promesa de la obligación o del hecho de un tercero referida a la celebración de un futuro contrato de compraventa, que se transforma en una compraventa propiamente dicha

El artículo 1537 del Código Civil establece que el contrato por el cual una de las partes se compromete a obtener que la otra adquiera la propiedad de un bien que ambas saben que es ajeno, se rige por los artículos 1470, 1471 y 1472, en tanto que el artículo 1538 señala que, en el caso del artículo 1537, si la parte que se ha comprometido adquiere después la propiedad del bien, queda obligada en razón del mismo contrato a transferir dicho bien al acreedor, sin que valga pacto en contrario.

Consideramos que el numeral 1538 constituye un supuesto de novación legal objetiva por cambio de título.

Por ese precepto se novan legalmente las obligaciones de las partes, sustituyendo el contrato mismo, ya que antes se trataba de una promesa de la obligación o del hecho de un tercero y ahora de un contrato de compraventa.

A mérito de la adquisición del bien por el promitente entraría en juego el supuesto del artículo 1538, y así ya no estaría obligado a hacer que ese tercero transfiera la propiedad del bien al promisorio, sino a transferírselo él mismo.

Pero no sólo se habría novado la obligación del promitente respecto del promisorio, sino también la de este último respecto de aquél, ya que no deberá pagar una contraprestación derivada de la obligación del tercero o de la efectiva transferencia de propiedad del bien: el promisorio tendría la obligación de pagar el precio del bien al promitente, pues éste ya no estaría obligado a ejecutar una obligación de hacer (la ya señalada), sino a transferir efectivamente la propiedad del bien al promisorio.

Manuel de la Puente,⁴ refiriéndose a la naturaleza jurídica del artículo 1538, señalaba lo siguiente:

Se trata aquí de un caso de conversión legal, en virtud de la cual el contrato innominado a que se refiere el artículo 1537 del Código Civil, que no es la promesa de la obligación o del hecho de un tercero pese a estar regido por las reglas de este contrato, se transforma automáticamente en un contrato con obligación de transferir la propiedad de bien propio (que eventualmente puede ser una compraventa), sin necesidad de celebrarse un segundo contrato.

Pensamos que, al aludir a la conversión legal, De la Puente pudo haberlo hecho en dos sentidos:

- i) En el sentido lato de la palabra, vale decir, a la mutación de una cosa en otra, lo que equivale a transformar la figura contemplada en el artículo 1537 (que para nosotros es una de promesa de la obligación o del hecho de un tercero y para De la Puente un contrato innominado) en una compraventa.

Por nuestra parte, consideramos admisible esta interpretación, pero fuera del ámbito estrictamente jurídico, ya que el término «conversión» en este campo tiene otro significado.

- ii) En el sentido jurídico de la palabra, vale decir, entendida como una causal de convalidación de los actos jurídicos nulos.

Para aclarar conceptos, debemos hacer un poco de historia.

En la elaboración del Código Civil peruano de 1984, que derogó al Código de 1936, hubo una ponencia sobre el Libro de Acto Jurídico, respecto de la cual se redactó una ponencia sustitutoria por Shoschana Zusman Tinman y Manuel de la Puente y Lavalle. En el Título Sexto de esta ponencia, referida a la convalidación de los actos jurídicos, Capítulo I, se trataba acerca de la conversión. Así, el artículo 38 de dicha ponencia definía a la conversión de la siguiente manera:

Artículo 38.- El acto jurídico que sea nulo según el tipo de acto en que fue celebrado, puede adquirir validez mediante su conversión a un tipo distinto, respecto del cual tenga los requisitos de esencia y forma, siempre que la finalidad perseguida por las partes permita suponer que ellas la habrían querido si hubieran podido prever la nulidad del acto que celebraron.

En la Exposición de Motivos de dicho artículo, Zusman y De la Puente⁵ expresan los fundamentos de su ponencia y las características

4 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra, 2008, tomo I, pp. 441 y 442.

5 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y Susana ZUSMAN TINMAN. «Anteproyecto Sustitutorio del Libro de Acto Jurídico». En PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ Y MINISTERIO DE JUSTICIA. *Proyectos y Anteproyectos de la Reforma del Código Civil*. Lima, 1980, tomo II, pp. 76-78.

que debe reunir un acto jurídico para que le sea aplicable la figura de la conversión.

Exigencia fundamental de la conversión es que el acto celebrado por las partes sea nulo. Pero ese supuesto no encuadra dentro del ámbito del artículo 1537, ya que esta norma presupone un acto plenamente válido, celebrado con el conocimiento de ambas partes acerca del carácter ajeno del bien.

Por no presentarse el requisito esencial para que opere la conversión, ninguno de los otros cuatro presupuestos señalados por los ponentes del anteproyecto sustitutorio del Libro de Acto Jurídico serían aplicables.⁶

Por ello, rescataríamos el primer criterio interpretativo del artículo 1538 esgrimido por De la Puente y descartaríamos el segundo, por no corresponder al presupuesto del artículo 1537.

Esto nos conduce a ratificarnos en que el artículo 1538 constituye un supuesto de novación legal por cambio de título y no una conversión legal (en sentido jurídico).

2.1.14. Arrendamiento de bien ajeno transformado en una promesa de la obligación o del hecho de un tercero referido a la futura celebración de un contrato de arrendamiento

El artículo 1671 del Código Civil prescribe que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno, el contrato se rige por lo dispuesto en los artículos 1470, 1471 y 1472.

Consideramos que esta norma tiene una deficiente redacción, en la medida en que establece expresamente que si el arrendatario sabía que el bien era ajeno (supuesto frecuente sería también el que ambos contratantes supiesen que el bien era ajeno), el contrato de arrendamiento que ambas partes han deseado celebrar, no se registraría por las normas propias del contrato de arrendamiento, sino que se constituiría, en virtud del artículo bajo comentario, en un contrato de promesa de la obligación

6 Tales requisitos son, a saber:

- Que el acto nulo reúna los requisitos y elementos esenciales para la validez del nuevo acto.
- Que si, hipotéticamente, las partes hubieran conocido la nulidad del tipo de acto jurídico que celebraron, habrían querido y habrían celebrado el nuevo tipo.
- Que la finalidad práctica que llevó a las partes a celebrar el acto nulo pueda alcanzarse a través del segundo tipo de acto.
- Que los efectos del segundo tipo de acto no sean mayores que los del acto nulo que hayan celebrado las partes.

o del hecho de un tercero, situación que, además de ser incongruente con las obligaciones nacidas de un contrato de arrendamiento (que es precisamente aquél que se ha celebrado), resulta absurda, pues con ello el Código desnaturaliza la esencia misma del contrato de arrendamiento de bien ajeno, lo que queda en evidencia con una simple lectura del artículo 1671.

Debido a su terminología, el numeral analizado podría constituir un supuesto de novación legal, pues no obstante haberse celebrado un contrato de arrendamiento, en forma incoherente, se convertiría en uno de promesa de obligación o del hecho de un tercero (novación legal objetiva por cambio de título).

2.1.15. Efectos de la enajenación del bien prestado por parte de los herederos del comodatario

En virtud de lo establecido por el primer párrafo del artículo 1749 del Código Civil, si los herederos del comodatario hubiesen enajenado el bien sin tener conocimiento del comodato, el comodante puede exigir que le paguen su valor o le cedan los derechos que en virtud de la enajenación le corresponden, salvo que hubiera hecho uso de la acción reivindicatoria.

En los casos de pago del valor del bien o de la cesión de derechos a que alude el precepto, habría novación legal, pues la prestación todavía resultaría pasible de ser ejecutada, ya que la enajenación del bien prestado no implica imposibilidad jurídica absoluta de devolverlo al comodante. Aquí, simplemente, el comodante no plantearía, porque no lo desea, acción reivindicatoria.

2.1.16. Supuesto de depósito irregular

De acuerdo a lo establecido por el artículo 1843 del Código Civil, el heredero del depositario que enajena el bien ignorando que estaba en depósito, sólo debe restituir lo que hubiese recibido o ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado. Si el heredero conoce que el bien está en depósito, se sujeta a lo dispuesto en el párrafo anterior y responde, además, por los daños y perjuicios.

Estimamos que se trata de un supuesto de novación legal objetiva, en la medida en que el heredero mencionado en el artículo 1843 ya no estaría obligado a devolver el bien, pues solamente se encontraría obligado a restituir lo que hubiese recibido (por el bien) o a ceder sus derechos contra el adquirente, en caso de que el valor no le hubiese sido entregado.

2.1.17. Reemplazo del fiador en caso de insolvencia

De conformidad con lo prescrito por el artículo 1877 del Código Civil, cuando el fiador ha devenido en insolvente, el deudor debe reemplazarlo por otro que reúna los requisitos establecidos en el artículo 1876.

En relación con este precepto, podría sostenerse que estaríamos en presencia de una novación legal de carácter subjetivo, referida al contrato de fianza.

Pero dicha norma (el artículo 1877 del Código Civil) agrega que si el deudor no puede dar otro fiador o no ofrece otra garantía idónea, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento inmediato de la obligación.

Es precisamente en el segundo párrafo del artículo 1877 bajo comentario que encontramos un supuesto de novación legal de carácter objetivo, en la medida en que el cumplimiento de la obligación resultará exigible de inmediato y ya no en el plazo antes vigente.

Ahora bien, claro está que se trataría de un supuesto novatorio, siempre y cuando la variación del plazo sea trascendente o esencial.

2.1.18. Prescripción extintiva

Establece el artículo 1989 del Código Civil que la prescripción extingue la acción pero no el derecho mismo, en tanto que el artículo 2001 del Código citado prevé plazos prescriptorios distintos para el ejercicio de las diversas acciones civiles.

Podría pensarse que éste es un supuesto de novación legal objetiva, ya que el solo transcurso del plazo previsto por la ley determina la inexigibilidad de una obligación por haber operado la prescripción extintiva. En tal sentido, la obligación civil se habría sustituido por una natural.

Antes de finalizar nuestros comentarios sobre la novación legal que opera de pleno derecho anotamos que existen dos supuestos que podrían considerarse, en apariencia, como novatorios, pero que en la realidad de los hechos no lo son. Se trata del falso mutuo y del caso en que el contrato de locación de servicios se rige por las disposiciones sobre compraventa.

En relación con el primero, recordamos que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1665 del Código Civil, cuando se presta una cantidad de dinero que debe devolverse en mercaderías o viceversa, el contrato es de compraventa.

Este caso podría aparentar ser uno de novación legal, en razón de que el mencionado contrato, que es de mutuo, sería considerado por la ley como uno de compraventa.

Sin embargo, no compartimos tal conclusión, en la medida en que el artículo 1665 se limita a reconocer la verdadera naturaleza jurídica del contrato celebrado, independientemente de la denominación que las partes le atribuyeron.

En lo que respecta al segundo caso, debe recordarse que, de acuerdo a lo establecido por el artículo 1770 del Código Civil, las disposiciones de los artículos 1764 al 1769 son aplicables cuando el locador proporciona los materiales, siempre que éstos no hayan sido predominantemente tomados en consideración. De lo contrario, rigen las disposiciones sobre compraventa.

El supuesto contemplado por la parte final del artículo 1770 podría aparentar ser uno de novación legal objetiva por cambio de título. No obstante, somos contrarios a este parecer, sobre la base de las mismas consideraciones vertidas al analizar el falso mutuo.

2.2. Novación legal que opera en virtud de resolución judicial

En opinión nuestra, la novación legal se produce por declaración judicial cuando la extinción de la obligación originaria y la creación de la nueva obligación emanan de una resolución judicial.

En este sentido, serían supuestos de esta forma de novación los que anotamos en las siguientes líneas.

2.2.1. Ampliación y modificación de los fines de una fundación

De acuerdo con el artículo 108 del Código Civil, el Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, respetando en lo posible la voluntad del fundador, puede solicitar a los tribunales civiles la ampliación de los fines de la fundación a otros análogos, cuando el patrimonio resulta notoriamente excesivo para la finalidad instituida por el fundador, o la modificación del fin fundacional, cuando por el transcurso del tiempo haya perdido el interés social a que se refiere el artículo 99.

En ambos casos, tal vez con mayor claridad en el primero, se produciría una novación judicial, ya que a través de la resolución que expidiera el Tribunal Civil se podrían ampliar o modificar (novar) los fines fundacionales.

2.2.2. Supuesto de afectación de los bienes de una fundación no inscrita

Según lo prescrito por el artículo 129 del Código Civil, de no ser posible la inscripción del acto constitutivo de la fundación a que se refiere el artículo 127 del mismo Código, la Sala Civil de la Corte Superior de

la sede de la fundación, a solicitud del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones, del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés, afectará los bienes a otras fundaciones de fines análogos o, si ello no es posible, a otra fundación preferentemente establecida en el mismo distrito judicial.

Aquí nos encontramos ante otro supuesto de novación judicial, debido a que el artículo que le da sustento, vale decir el 127, no trata necesariamente de una imposibilidad absoluta que genere que la fundación no llegue a inscribirse. Esto, debido a que el propio artículo 127 emplea los términos «Si por cualquier causa [...]».

Por otra parte, es novación judicial debido a que quien decide la afectación de los bienes es la Sala Civil de la Corte Superior de la sede de la fundación.

2.2.3. Efectos de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges

En virtud a lo establecido por el artículo 330 del Código Civil, la declaración de quiebra de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios, y para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado.⁷

Sin lugar a dudas, éste es un supuesto de novación legal objetiva, referido a las obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las que se sustituirán por aquéllas concernientes al régimen de separación de patrimonios.

⁷ Cabe señalar que este artículo fue modificado por la Primera Disposición Modificatoria de la Ley n.º 27809, publicada el 8 de agosto de 2002, que entró en vigencia a los sesenta días de su publicación. Así, el texto vigente de dicho precepto legal es el siguiente:
Artículo 330.- La declaración de inicio de Procedimiento Concursal Ordinario de uno de los cónyuges determina de pleno derecho la sustitución del régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios y, para que produzca efectos frente a terceros, se inscribirá en el registro personal de oficio a solicitud de la Comisión de Procedimientos Concursales competente, del deudor, de su cónyuge o del administrador o liquidador, Presidente de la Junta de Acreedores o cualquier acreedor interesado. No obstante lo anterior, en el supuesto de que al momento de iniciarse el procedimiento concursal de una persona natural se encontrase vigente otro procedimiento de la misma naturaleza previamente difundido conforme a la ley de la materia respecto de la sociedad conyugal que integra, no se producirá la consecuencia prevista en el párrafo precedente en tanto se desarrolle el trámite de tal procedimiento.

2.2.4. Separación de cuerpos. Efectos

De conformidad con el artículo 332 del Código Civil, la separación de cuerpos pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, dejando subsistente el vínculo matrimonial.

Dentro de tal orden de ideas, y considerando que las consecuencias de la separación de cuerpos derivan de un proceso, estaríamos en presencia de novación legal de un número indeterminado de obligaciones emanadas del régimen de sociedad de gananciales, las que se sustituyen por las relativas al régimen de separación de patrimonios (ya que la separación de cuerpos deja subsistente el vínculo matrimonial).

2.2.5. Adopción

El artículo 377 del Código Civil dispone que por la adopción el adoptado adquiere la calidad de hijo del adoptante y deja de pertenecer a su familia consanguínea.

En tal sentido, estaríamos en presencia de una novación judicial subjetiva por cambio de acreedor y por cambio de deudor, en la medida en que el hijo continuaría siendo la misma persona, con la salvedad de que sus deberes y derechos de orden patrimonial estarían ahora referidos a su padre, madre o padres adoptivos, en vez de a sus padres biológicos, con quienes ya no lo uniría vínculo jurídico alguno de naturaleza patrimonial (como por ejemplo, la obligación alimentaria).

2.2.6. Cambio en la forma de la prestación alimenticia

Conforme al artículo 484 del Código Civil, el obligado puede pedir que se le permita dar los alimentos en forma diferente del pago de una pensión, cuando motivos especiales justifiquen esta medida.

Un supuesto de tal naturaleza requiere de resolución judicial autoritativa.

La obligación alimenticia, en principio, debe cumplirse en dinero, pero diversas circunstancias podrían determinar que el obligado considere más factible cumplirla en especies (como, por ejemplo, si fuese empleado de una fábrica de comestibles que por encontrarse en difícil situación económica acordara con sus trabajadores pagarles con los alimentos que produce).

Éste sería un supuesto de novación judicial de carácter objetivo.

2.2.7. Efectos de la declaración de indignidad para suceder

En virtud de lo establecido por el artículo 671 del Código Civil, declarada la exclusión del indigno, éste queda obligado a restituir a la masa los bienes hereditarios y a reintegrar los frutos. Si hubiera enajenado los bienes hereditarios, el resarcimiento a que está obligado quien actúa de mala fe se regirá por la segunda parte del artículo 666, norma que establece la obligación de resarcir el valor del bien y de sus frutos y a indemnizar el perjuicio ocasionado.

Consideramos que el artículo 671 citado constituye un supuesto de novación judicial objetiva, pues la obligación de devolver el valor del bien enajenado, los frutos e indemnizar el perjuicio ocasionado, de ser el caso, sustituye a la obligación originaria de devolver el bien hereditario, la que aún resultaría jurídicamente posible, a pesar de las dificultades prácticas que ello importaría.

Por lo demás, estaríamos en presencia de un supuesto de novación judicial, pues la exclusión del indigno, que determina el nacimiento de las obligaciones anotadas, se declara por resolución de los tribunales.

2.2.8. Efectos de la pérdida o deterioro del bien hipotecado

De conformidad con lo establecido por el artículo 1110 del Código Civil, si los bienes hipotecados se deterioran de modo que resulten insuficientes, puede pedirse el cumplimiento de la obligación aunque no esté vencido el plazo, salvo que se garantice ésta a satisfacción del acreedor.

Como se aprecia, en este caso la resolución judicial que ordena el cumplimiento inmediato de la obligación principal nova la obligación originalmente modal por una pura y simple. En tal sentido, estaremos en presencia de una novación objetiva.

2.2.9. Indemnización de daños y perjuicios derivada de causa imputable al deudor

En virtud a lo establecido por el artículo 1321 del Código Civil, queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por dolo o culpa inexcusable, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución. Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación obedeciera a

culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.

En relación con el tema que nos ocupa, la obligación de pagar por los daños y perjuicios ocasionados por causa imputable al deudor (dolo, culpa inexcusable o culpa leve), constituiría un supuesto de novación legal cuando la ejecución de la obligación (su cumplimiento) todavía fuera posible, pero dada la naturaleza de la obligación resultara jurídicamente imposible exigir su cumplimiento forzoso, pues éste tendría que pasar por emplear violencia contra la persona del deudor. Esta situación se presentaría, fundamentalmente, en las obligaciones de hacer y de no hacer.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 1337 del Código Civil, cuando por efecto de la morosidad del deudor, la obligación resultase sin utilidad para el acreedor, éste puede rehusar su ejecución y exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios compensatorios.

La mora supone que el cumplimiento de la obligación todavía resulta posible. En tal sentido, si la prestación, como consecuencia de la mora, fuera inútil para el acreedor, éste podría rehusar su ejecución y demandar el pago de la indemnización por los daños y perjuicios causados.

En este caso, la indemnización de daños y perjuicios constituiría una novación judicial de la obligación originaria, la que no habría devenido en imposible, sino en inútil para el acreedor.

Asimismo, debemos señalar que si el acreedor, aún siendo posible y útil la prestación, opta por el pago de la indemnización de daños y perjuicios en sustitución de la obligación original, se produciría igualmente novación.

2.2.10. Posibilidad de solicitar la reducción de la prestación o el aumento de la contraprestación, por excesiva onerosidad

De acuerdo con lo prescrito por el primer párrafo del artículo 1440 del Código Civil, en los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

En este caso, como resulta evidente, no media incumplimiento alguno de las partes, ya que la excesiva onerosidad de la prestación se origina en hechos ajenos a la voluntad de éstas.

De lograrse cualquiera de las opciones mencionadas —claro está, a través de una resolución judicial—, se produciría una novación judicial objetiva.

2.2.11. Indemnización equitativa en caso de daño causado por persona incapaz

En virtud de lo establecido por el artículo 1976 del Código Civil, no hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento, en cuyo caso responde su representante legal.

El artículo 1977 agrega, sin embargo, que si la víctima no ha podido obtener reparación en el supuesto anterior, puede el juez, en vista de la situación económica de las partes, considerar una indemnización equitativa a cargo del autor directo.

Aquí podríamos encontrarnos ante un supuesto de novación legal de carácter subjetivo por cambio de deudor, en la medida en que ya no sería responsable el representante legal del incapaz, sino el incapaz con su propio patrimonio.

Lima, julio del 2014

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
Gpo. Edit. Lex & Iuris, en el mes de Setiembre de 2014,
www.facebook.com/libreriaLexIuris
Teléf.: 4280599