

**PARTE SUBJETIVAMENTE COMPLEJA, INDIVISIBILIDAD
Y ANULABILIDAD POR INCAPACIDAD RELATIVA:
LA NORMA MÁS OSCURA DEL CÓDIGO CIVIL
TAMBIÉN CUMPLE TREINTA AÑOS (¿Y DICE ADIÓS?)**

***SUBJECTIVELY COMPLEX PART, INDIVISIBILITY AND ANNULLABILITY
FOR RELATIVE INCAPACITY: THE DARKEST ARTICLE OF THE PERUVIAN
CIVIL CODE ALSO CELEBRATES ITS THIRTIETH ANNIVERSARY
(AND SAYS GOODBYE?)***

Leysser León Hilario*
Pontificia Universidad Católica del Perú,
Universidad del Pacífico y Universidad de Piura

The Peruvian Civil Code commemorates its thirty years of existence. Some of its rules' content is clear, while some other rules are –in the words of the author– dark and questionable. One of these controversial rules in its meaning and application is that contained in article 226 of the Code, related with a person's legal capacity.

In this article, the author makes a historical and comparative analysis of such article, to then approach the problems contained in it, contrasting their role in the current social reality and verifying if such figure is still useful in our legal system.

KEY WORDS: *Legal Act; Disability; Annulment; Civil Law.*

El Código Civil peruano cumple treinta años de vigencia. Algunas de sus disposiciones son claras respecto a su contenido y otras son –en palabras del autor– oscuras y discutibles. Una de las normas controvertidas en su significado y aplicación es la contenida en el artículo 226 del Código, relacionado con la capacidad jurídica de la persona.

En este artículo, el autor realiza un análisis histórico-comparativo del mencionado artículo, para luego abordar los problemas en él contenidos, contrastar su función en la realidad social actual y verificar si tal figura es aun útil en nuestro ordenamiento jurídico.

PALABRAS CLAVE: *Acto Jurídico; Incapacidad; Anulabilidad; Derecho Civil.*

* Abogado. Doctor en Derecho por la Scuola Superiore Sant'Anna di Studi Universitari e di Perfezionamento di Pisa (Italia). Socio de la Asociación Italiana de Derecho Comparado (AIDC). Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho y en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad del Pacífico y de la Universidad de Piura-Sede Lima. Miembro titular de la Comisión del Congreso de la República a cargo de la Revisión del Código Civil en materia de Derechos de las Personas con Discapacidad (CEDIS). Árbitro de las nóminas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la PUCP. Socio del Estudio Ferrero Abogados. Contacto: lleon@ferrero.com.pe.

I. INTRODUCCIÓN

En el dictado del curso universitario dedicado a la parte general del Derecho Civil llega siempre un momento que los profesores quisieran evitar para sí mismos y para el alumnado. Es cuando, con esfuerzos redoblados y anuncio previo a los discentes de que la lectura de una norma les provocará, tal vez, confusión y aturdimiento, se tiene que descifrar el significado del artículo 226 del Código Civil: *“La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando es indivisible el objeto del derecho de la obligación común”*.

El trance no se supera informando, como consuelo para el auditorio, que la oscuridad del precepto, coincidentemente subrayada por nuestros autores¹, es inocua, dada su muy escasa aplicación práctica. No se falta a la verdad, desde luego, si se realza la poca fortuna de esta disposición en la jurisprudencia, pero en un ateneo académico se espera y exige de los profesores mucho más que un refugio en el insignificante o nulo desenvolvimiento de las reglas estudiadas en el plano de lo concreto².

Bien vistas las cosas, casos como el del artículo en cuestión representan –confío en poder

demonstrarlo– ocasiones valiosas para reflexionar sobre la técnica legislativa y la necesidad de abandonar para siempre modalidades de elaboración normativa que combinan, trágicamente: (i) la incomprensión del problema de fondo resuelto con las leyes foráneas que se trasplantan al Perú; (ii) los males de la codificación civil inorgánica e incoherente; y, (iii) la informalidad en la traducción y redacción de las reglas jurídicas.

Cuando se ha alcanzado este tema en las lecciones sobre actos y negocios jurídicos, los estudiantes saben ya –o deberían saber– que en el Libro I de nuestro Código Civil se presta más atención a la “incapacidad” que a la “capacidad” de las personas³, y que por una desafortunada e inexplicable fragmentación de la “parte general” (personas, actividad jurídica, prescripción y caducidad) en libros independientes y escritos por legisladores distintos, resulta sumamente complicada la reconstrucción de la exacta incidencia de la “capacidad” en el plano de la validez de los negocios jurídicos.

¿Acaso no se sigue lamentando en estos días, cercanos al trigésimo aniversario del Código, el pronunciamiento del Quinto Pleno Casatorio Civil⁴, donde los magistrados de la Corte

¹ Véanse, entre otros: RUBIO CORREA, Marcial. “La invalidez del acto jurídico”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1990. p. 65; LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “El negocio jurídico”. Segunda edición. Lima: Grijley. 1994. p. 586; VIDAL RAMÍREZ, Fernando. “El acto jurídico”. Quinta edición. Lima: Gaceta Jurídica. 2002. p. 525; PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “Comentario sub artículo 226”. En: AA.VV. “Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. pp. 962 y siguientes; TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. “Acto jurídico”. Tercera edición. Lima: IDEMSA. 2007. p. 808; y ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Acto jurídico negocial”. Lima: Gaceta Jurídica. 2008. pp. 578-579.

Durante la vigencia del Código Civil de 1936, a propósito del artículo 1078, se pronunciaba en el mismo sentido: LEÓN BARANDIARÁN, José. “Comentarios al Código Civil peruano (Derecho de obligaciones)”. Tomo I: Acto jurídico. Lima: Librería e Imprenta Gil. 1938. p. 39.

² CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. “Código Civil – Concordancias y jurisprudencia de la Corte Suprema al día”. Tercera edición. Lima: Editorial Amauta. 1966. p. 342. ID. “El derecho de los contratos”. Tomo I: Teoría general de los contratos. Lima: Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1966. pp. 69-70. El autor informaba, pasadas tres décadas de vigencia del Código Civil de 1936 (las mismas que, por coincidencia, está cumpliendo el Código Civil vigente), una solitaria aplicación de la primera parte del artículo 1078: Una sentencia de 1937, donde se dictaminó que “si un incapaz da a mutuo un capital, el prestatario queda obligado a devolverlo. No puede invocar, en su propio beneficio, la incapacidad del prestatario, para sustraerse a su obligación de pagar lo que debe”.

³ La capacidad de obrar (o “de ejercicio”) “es definida por la ley en sentido negativo, antes que positivo. El Código determina los casos de incapacidad: y del régimen de estos casos la doctrina deduce, a contrario, la noción de la capacidad legal de obrar, porque las hipótesis de incapacidad constituyen los límites de la capacidad”. La observación es de: BETTI, Emilio. “Teoria generale del negozio giuridico”. Reimpresión corregida de la tercera edición. Nápoles: ESI. 1994. p. 214.

⁴ CASACIÓN 3189-2012-Lima Norte, sentencia del 3 de enero de 2013. Publicada como separata especial del Diario Oficial “El Peruano”, edición del 9 de agosto de 2014. La conclusión principal (y errada) del Quinto Pleno Casatorio es que “la impugnación de todo acuerdo emitido por una Asociación Civil, persona jurídica no lucrativa, se fundamenta de manera obligatoria e insoslayable sobre la base de lo dispuesto por el artículo 92 del Código Civil, conforme a los métodos sistemático y teleológico que permiten observar adecuadamente el principio de especialidad de la norma”.

Suprema, instrumentalizando la “seguridad jurídica” e invocando cierto “principio de especialidad normativa”⁵, han dictaminado que la “impugnación” de los acuerdos de asociaciones civiles (según el artículo 92 del Código Civil) constituye el camino exclusivo para cuestionar la validez de estas manifestaciones colectivas de voluntad?

Es indudable que la incongruencia entre las secciones del Código Civil ha sido uno de los factores determinantes de una conclusión tan clamorosamente equivocada como la del Pleno Casatorio, pero es obligatorio anotar que el yerro se habría podido evitar con un esfuerzo interpretativo mínimo de los jueces que participaron en él.

La norma sobre cuyo contexto de origen, vicisitudes y perspectivas versarán estos apuntes integra una regulación diseñada con descuido, pero presenta, en no menor medida, defectos intrínsecos que hacen difícil su interpretación hasta transformarla en un precepto inane.

Así lo demuestran las interrogantes que se pueden proponer con respecto al artículo 226. ¿A qué “capacidad” (del Libro I del Código Civil) se refiere la disposición (anclada en el Li-

bro II)? ¿Cuál es el significado de la expresión “invocar en propio beneficio” la “incapacidad de la otra” parte y quién es “la otra” parte? ¿Es concebible la “indivisibilidad del objeto del derecho de una obligación común”? ¿Ayuda para esclarecer esta última cuestión algún precepto del Libro VI, dedicado al derecho de las relaciones de obligación?

II. ANÁLISIS HISTÓRICO-COMPARATIVO

El artículo 226 de nuestro Código Civil proviene del no menos desconcertante artículo 1078 del Código Civil de 1936: “*La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio, salvo cuando fuese indivisible el objeto del derecho o de la obligación común*”⁶. José León Barandiarán (1899-1985) advirtió en su momento, cuando aquella codificación acababa de entrar en vigor, los “defectos textuales”⁷ de la norma, así como la tarea que recaía en la doctrina para esclarecerla, a imitación de lo acaecido en Brasil, el país de donde se importó la disposición. En uno de sus afamados manuales universitarios, el ilustre autor graficaba su aplicación así: “[...] si A, incapaz, y B, capaz, venden un caballo, del que son condóminos, a C; la anulación puede ser solicitada por A, pero con relación a toda

⁵ Dos siglos después, sigue siendo certera la famosa admonición de Jeremy Bentham: “La inconsistencia del todo será mayor mientras más sean las distintas manos que elaboren cada una de sus partes”. Ver: BENTHAM, Jeremy. “Codification Proposal Addressed to All Nations Professing Liberal Opinions”. Londres: C. and W. Reynell & Robert Heward. 1830. p. 40. En efecto, si el Código Civil peruano se caracteriza –hay que saberlo– por presentar diversos vicios de sistemática, así como enteros regímenes inconexos, ¿cómo se puede postular una “especialidad” entre sus secciones? Si se tiene en cuenta, además, que la redacción de las normas del Libro I (donde se ubica el artículo 92) y del Libro II (donde se establece el régimen general de nulidad y anulabilidad de los negocios jurídicos, en los artículos 219 y siguientes) estuvo a cargo de distintos legisladores, que, como fácilmente se aprecia, ni siquiera tuvieron el cuidado de utilizar el mismo lenguaje técnico, ¿cómo se puede derivar hoy consecuencias “vinculantes” de lo que se dispone, con distinta terminología (reflejo de la distinta formación académica de cada codificador), en una y otra sección del Código Civil? ¿Cómo se puede creer, sin contar con prueba alguna para este acto de fe, que el empleo del término “impugnación” en el artículo 92 fue fruto de una elección consciente de su redactor para engendrar un régimen excepcional, distinto de la “nulidad” y “anulación” contempladas para todos los negocios jurídicos? Sobre estos y otros problemas irresueltos en la historia de nuestra codificación civil, permítaseme remitir a: LEÓN HILARIO, Leysser. “La reforma del Código Civil vista en serio” (2003), ahora en ID. “El sentido de la codificación civil. Estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el Código Civil peruano”. Lima: Palestra Editores. 2004. pp. 247 y siguientes.

⁶ En el Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre (1773-1841), en abierta contradicción a la senda trazada por el Código de Napoleón, se proponía que aquel que celebrara un contrato con una persona “incapacitada” tuviese reconocida a su favor, de todas maneras, la tutela de la acción de nulidad (El artículo 6 señalaba que: “El que contrató con persona incapacitada de contratar, puede decir de nulidad del contrato”). Véase: DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo. “Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes”. Segunda parte: Dominio y contratos. Lima: Imprenta del Constitucional por Justo León. 1835. p. 123. El jurista peruano escribió (*ivi*, p. 128) que: “Si respetamos la justicia, tampoco negaremos el derecho de alegar contra la incapacidad del menor, del que tiene en entredicho la administración de sus bienes, de la mujer casada, al que se obligó en favor de ellos”.

⁷ LEÓN BARANDIARÁN, José. “Comentarios al Código Civil”. *Op. cit.* p. 38. Se aprecia un ejemplar seguimiento del recorrido histórico del artículo, sólo en la obra de Lohmann Luca de Tena, quien enfatiza, con toda justicia, que el error de redacción del artículo 226 del Código Civil vigente “no es heredado del Código anterior”. Ver: LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.* p. 588.

la venta del caballo comprado por C, pues no cabría que se anulase sólo parcialmente”⁸.

El artículo 83 del Código Civil brasileño de 1916, que nuestros codificadores tradujeron literalmente, señalaba: “*A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada pela outra em proveito próprio, salvo se for indivisível o objeto do direito ou da obrigação commum*”. Indicio inequívoco de la ambigüedad de esta plantilla es que en el nuevo Código del vecino país, del 2002, el texto de la norma haya sido modificado, y que su tenor actual sea el siguiente (artículo 105): “*A incapacidade relativa de uma das partes não pode ser invocada pela outra em benefício próprio, nem aproveitada aos co-interessados capazes, salvo se, neste caso, for indivisível o objeto do direito ou da obrigação commum*”⁹.

La regla original brasileña, que se ha mantenido desdibujada en nuestro Código Civil de 1984, debe ser vista como desarrollo de un precepto expresado, en términos menos difíciles de seguir en perspectiva histórica, en el Código Civil francés de 1804 (artículo 1125): “*Le mineur, l’interdit et la femme mariée ne peuvent attaqués, pour cause d’incapacité, leurs engagements que dans les cas prévus para la loi. – Les personnes capables de s’engager ne peuvent opposer l’incapacité du mineur, de l’interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté*”.

Con esta norma, asociada por los exégetas franceses con el principio de que la nulidad “relativa”¹⁰ de un contrato puede ser invocada únicamente por quien ha sido parte en él o por sus representantes, herederos o causahabientes¹¹, se buscaba tutelar la integridad

⁸ LEÓN BARANDIARÁN, José. “Manual del acto jurídico”. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima. 1961. p. 61; ID. “Curso del acto jurídico – Con referencia al proyecto del C.C. peruano”. Lima: Imprenta de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. 1983. p. 69 (lamentablemente, en ambas obras existen notables erratas). Reproduce el ejemplo: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.* p. 809. Como se apreciará en las páginas siguientes de mi estudio, la legitimidad del propio incapaz (“A”, en el ejemplo de León Barandiarán) para demandar la anulación nunca ha estado en entredicho. El problema es establecer si y bajo qué condiciones el coobligado (“B”) también ostenta dicha legitimación, y explicar si y por qué la contraparte (“C”) no puede acceder a dicha tutela.

⁹ Nuestros codificadores también habrían podido tener en cuenta el artículo 1799 del Código Civil Federal mexicano, de 1928: “La incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común”. Sólo que los trabajos de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, iniciados en 1922, se interrumpieron en octubre de 1929, y fueron retomados, debido a la convulsión política del momento, recién en 1933, hasta el año de la promulgación definitiva del nuevo texto, en 1936.

Véase, sobre este itinerario: RAMOS NÚÑEZ, Carlos. “Historia del Derecho Civil peruano – Siglos XIX y XX”. Tomo IV. Volumen II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. pp. 48 y siguientes. Siempre en la experiencia mexicana, el Código Civil del Estado de Aguascalientes (1947) señala en su artículo 1680, integrando convenientemente otras reglas relativas a la incidencia de la incapacidad en la actividad contractual, y dejando a un lado algunos defectos técnicos notorios, que “la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en provecho propio, salvo que sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común; o cuando, no habiéndose cumplido o ratificado válidamente la obligación del incapaz, la otra parte demostrare no haber tenido conocimiento de la incapacidad o haber sido engañado a ese respecto al tiempo de celebrarse el contrato”.

¹⁰ Sobre la clásica distinción francesa entre nulidad “absoluta” o “radical” y nulidad “relativa”, véanse, en la doctrina más antigua: PERRIN, Jean-Baptiste. “Traité des nullités de droit en matière civile”. Lons-le-Saunier: Gauthier Neveu. 1816. pp. 58 y siguientes, (quien diferencia la nulidad “común” de la “relativa”); y SOLON, Victor Hippolyte. “Théorie sur la nullité des conventions et des actes de tout genre en matière civile”. Tomo I. París: Videcoq Lib. & Barba Lib. 1835. pp. 5 y siguientes.

La obra más completa en materia sigue siendo la de: JAPIOT, René. “Des nullités en matière d’actes juridiques – Essai d’une théorie nouvelle”. París: Arthur Rousseau Ed. 1909. pp. 96 y siguientes (sobre el origen de la clasificación). En la doctrina contemporánea, sin embargo, la división es objeto de importantes, si no es que irrefutables, objeciones: FABRE-MAGNAN, Muriel. “Les obligations”. París: Presses Universitaires de France. 2004. pp. 394 y siguientes; MALAURIE, Philippe; AYNÈS, Laurent y Philippe STOFFEL-MUNCK. “Les obligations”. Cuarta edición. París: Defrénois. 2009. pp. 342 y siguientes; y FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc y Éric SAVAUX. “Droit civil. Les obligations”. Volumen I: L’acte juridique. Decimocuarta edición. París: Sirey. 2010. pp. 299 y siguientes.

¹¹ Véanse, entre otros: PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. “Cours de droit français”. Primera parte: Sur l’état des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon. Tomo II. Dijon: Bernard-Defay Imp. 1809. p. 322; TOULLIER, Charles-Bonaventure-Marie. “Le droit civil français suivant l’ordre du Code”. Tomo II. Rennes: Imp. J. M. Vatar. 1812. p. 38; DURANTON, Alexandre. “Cours de droit civil suivant le Code français”. Cuarta edición. Tomo IV. Bruselas: Societé Belgé de Librairie. 1841. p. 94; DEMOLOMBE, Jean-Charles Florent. “Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général”. Segunda edición. París: Auguste Durand Lib. & L. Hachette et CieLibs. 1870. Tomo. I. Volumen XXIV del Cours de Code Napoléon. § 298. p. 279; LAURENT,

del patrimonio¹² de los “incapaces” frente a las pretensiones invalidantes de quienes celebraban acuerdos con éstos pese a tratarse de personas restringidas para el ejercicio de su autonomía contractual, según el propio Código napoleónico, donde la “capacidad de contratar” tenía el rango de condición esencial de validez de toda convención (artículo 1108).

Dicha capacidad se reconocía con carácter general, salvo a aquellas personas que fuesen declaradas legalmente incapaces (artículo 1123). Se señalaba de modo expreso, por lo tanto, que eran “incapaces para contratar” los menores de edad, las personas interdictas, las mujeres casadas en los casos indicados por la ley, así como, en general, los que se encontraban impedidos para la celebración de ciertos contratos (artículo 1124)¹³, y se negaba la oponibilidad de la incapacidad, concebida para

“proteger y conservar” los derechos de los incapaces, por parte de quien asumiera obligaciones frente a éstos¹⁴. Con puntual referencia a las fuentes romanas, además, se añadía el argumento de que “el que contrata con otro es o debe ser sabedor de su condición”¹⁵.

En los trabajos preparatorios del Código de Napoleón consta, por ejemplo, que al debatirse la normativa sobre el contrato de depósito se ofrecieron estas reflexiones:

“[L]os incapaces, los menores, las personas interdictas, y las mujeres casadas podrían contraer obligaciones muy ruinosas por vía de depósito.

El depositante no tiene aquellas personas más que la acción de restitución de la cosa depositada, si ésta existe, y de restitución de lo que

François. “Principes de droit civil”. Tercera edición. Tomo XVI. Bruselas: Bruylant-Christophe&CieLibs.-Éds. 1878. pp. 83 y siguientes; AUBRY, Charles y Charles RAU. “Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariæ”. Cuarta Edición. Tomo IV. París: Imprimerie et Librairie Générale de Jurisprudence. 1871. pp. 250 y siguientes; LAROMBIERE, Léobon-Valéry-Léon-Jupile. “Théorie et pratique des obligations”. París: A. Durand et Pedone-Lauriel Éds. 1885. p. 186; HUC, Théophile. “Commentaire théorique & pratique du Code civil”. Tomo VII. París: Librairie Cotillon. 1894. pp. 87 y siguientes; y BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel. “Traité théorique et pratique de droit civil”. Segunda edición. Volumen XI Des obligations. París: Librairie de la Société du Recueil Générale des Lois et des Arrêts. París. 1900. pp. 260-261. Modernamente, por todos: CARBONNIER, Jean. “Droit civil”. Volumen I. París: “Quadrige”, Presses Universitaires de France (PUF). 2004. p. 545-546.

¹² Como se informa en: CARBONNIER, Jean. *Op. cit.* p. 541, hay quienes consideran, críticamente, que el Código de Napoleón se ocupa más de la protección del patrimonio que de la protección de la persona del incapaz.

¹³ En el Código Civil peruano de 1852 se establecía que tenían “impedimento para contratar” (artículo 1247): los menores no emancipados, las mujeres casadas, sin la autorización suficiente, los locos o fatuos, los pródigos declarados y los religiosos profesos. Respecto de los cuatro primeros, se disponía (artículo 1248) que la contratación era posible con intervención de “las personas bajo cuyo poder se hallen”.

¹⁴ “La incapacidad del menor, de la persona interdicta y de la mujer casada no se ha pronunciado sino para proteger y conservar sus derechos; dicha incapacidad no puede serles opuesta por las personas que se han obligado frente a ellos”. Así, conforme a la exposición de motivos del título del Código napoleónico dedicado a los contratos y obligaciones convencionales en general: BIGOT-PRÉAMENEU, Félix Julien Jean. “Presentation au corps législatif et exposé des motifs”. En: FENET, Pierre-Antoine. “Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil”. Tomo XIII. París: Imp. de Marchand du Breuil. 1827. p. 227.

¹⁵ Digesto, 50.17.19: “*Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis eius [...]*” (Ulpiano). La referencia figura en: CARRIER, Jean-Baptiste. “Traité des obligations d’après les principes du Code civil”. Dijon: Bernard-Defay Imp. 1818. p. 59. El autor remite, igualmente, a Instituciones, 1.21.pr., donde, con relación a la intervención de los tutores, se señala que esta “es necesaria a los pupilos en ciertos actos, y en otros como, por ejemplo, si se estipulan que se les dé alguna cosa, no es necesaria, si los pupilos prometen a otros; pues plugo que les fuera lícito mejorar en verdad su condición aun si la autoridad del tutor, pero no empeorarla de otro modo que con dicha autoridad. De donde resulta que en estos actos de los que nacen obligaciones mutuas, como en las compraventas, arrendamientos, mandatos y depósitos, si no interviene la autoridad del tutor, se obligan ciertamente los que con ellos contratan; mas, por el contrario, los pupilos no se obligan”. Todas las traducciones de las fuentes romanas que consigno son las de la clásica versión del *Corpus iuris Civilis* al cuidado de Ildelfonso L. García del Corral. Ver: GARCÍA DEL CORRAL, Ildelfonso. “Cuerpo del Derecho Civil Romano”. 6 Tomos. Barcelona: Editorial Jaime Molinas. 1889-1898. Este argumento se repite, ahora, cuando al comentarse el nuevo artículo 105 del Código Civil de Brasil se apunta: “Al interesado que sea capaz no le será permitido alegar en su provecho la incapacidad relativa de la parte contraria, justamente porque sólo a esta se le faculta dicha invocación, un instituto creado en su beneficio frente a la excepcional circunstancia generada por la incapacidad. Además, es deber inderogable de todos investigar la situación de la persona con la que se está contratando o estableciendo pactos de cualquier naturaleza, razón por la cual estará prohibido reclamar con posterioridad la constatación de la irregularidad realizada tardíamente”. Así: ZAMPROGNA MATIELLO, Fabrício. “Código Civil comentado – Lei N. 10.406 de 10.01.2002”. Cuarta edición. Sao Paulo: 2011. p. 91.

hubiere resultado en beneficio del depositario si el objeto ya no existe.

[...]

Hemos visto previamente, en la ley sobre las obligaciones convencionales, que las personas capaces de obligarse no pueden oponer la incapacidad de las personas con las que contraten. Y como una consecuencia de este principio debe decirse que el depositario de una cosa confiada por una persona incapaz, está comprometida a todas las obligaciones que el depósito entraña¹⁶.

Con el régimen finalmente establecido se plasmas la enseñanza de Robert-Joseph Pothier (1699-1772) quien, escribiendo sobre el mismo contrato, había prestado singular atención al caso en que alguna de las partes del depósito fuese incapaz de contratar. El mítico jurista esbozaba las consecuencias de dicha circunstancia desde un punto de vista limitado, sin embargo: el de las restituciones que son propias de los cuasicontratos:

“Si recibo una cosa de un niño que todavía no tiene uso de razón, o de un loco, no hay entre nosotros un contrato de depósito respecto de dicha cosa, porque no puede haber contrato entre dos partes si una de ellas no es capaz de dar su consentimiento ni, por lo tanto, de contratar. Lo que acontece es el cuasicontrato *negotiorum gestorum*, si recibo la cosa con buena intención, para que no se pierda en manos del niño o del loco, y con la voluntad de entregarla a sus parientes, o a su tutor o cura-

dor. Si recibo la cosa con mala intención, para usarla en mi provecho, estaría cometiendo un robo¹⁷.”

La dirección trazada en el modelo francés fue seguida en otras normativas del siglo XIX, como en el artículo 1107 del Código Civil italiano de 1865, donde se adicionó una importante integración, relativa a la interdicción derivada de condena penal (“*La persona capace di obbligarsi non può opporre l’incapacità del minore, dell’interdetto, dell’inabilitato, o della donna maritata, con la cui essa ha contrattato. L’incapacità però derivante da interdizione per causa di pena si può opporre da chiunque vi ha interesse*”)¹⁸, en el artículo 1049 del Código Civil argentino de 1869 (“*La persona capaz no puede pedir ni alegar la nulidad del acto fundándose en la incapacidad de la otra parte*”)¹⁹, y en el artículo 1302 del Código Civil español de 1889 (“*Las personas capaces no podrán alegar la incapacidad de aquellos con quienes contrataron*”).

En la experiencia francesa misma, en la segunda mitad del siglo XIX, los repertorios de jurisprudencia comenzaron a rendir cuenta de casos en los cuales los jueces habían tenido que forjar interpretaciones de adecuación de la segunda parte del referido artículo 1125. En la recopilación dirigida por Joseph-André Rogron (1793-1871), una de las más famosas de su género, se planteaba esta pregunta: Si una obligación fuere contraída solidariamente por un mayor y un menor frente a otra parte, ¿la nulidad de la obligación invocada por el menor aprovecha al mayor?²⁰ Y se informaba

¹⁶ Son las palabras pronunciadas por el tribuno Guillaume-Jean Favard de Langlade, en su discurso de exposición de los fundamentos del proyecto sobre el depósito y el secuestro, en: FENET, Pierre-Antoine. *Op. cit.* Tomo XIV. p. 512. El Código Civil francés dispone, por consiguiente (artículo 1925) que “si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por una persona incapaz está comprometida a todas las obligaciones de un verdadero depositario y puede ser demandada por el tutor o administrador de la persona que hizo el depósito”. En el Código Civil peruano vigente (artículo 1846): “En el depósito hecho por un incapaz, el bien no puede ser devuelto sino a quien lo represente legalmente, aun cuando la incapacidad se haya producido con posterioridad al contrato”.

¹⁷ POTHIER, Robert-Joseph. “Du contrat du dépôt”. Tomo VIII. *Œuvres complètes*. París: Thomine & Fortic Lib. 1821. p. 261.

¹⁸ Véase, por todos: PACIFICI-MAZZONI, Emidio. “Istituzioni di diritto civile italiano”. Segunda edición. Volumen V. Florencia: Eugenio e Filippo Cammelli Ed. 1873. p. 100, quien deriva del propio dictado de la norma la conclusión de que “la nulidad de los contratos contenidos por los incapaces no es absoluta, sino relativa, es decir, contemplada sólo a favor de aquellos en cuyo interés fue reconocida la incapacidad; en consecuencia, éstos o sus representantes, y no la persona capaz de obligarse, pueden demandar la nulidad del contrato”.

¹⁹ En el nuevo Código Civil argentino, recientemente promulgado, y en vigor desde el 1 de enero de 2016, se dispone (artículo 388) que “la nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece”.

²⁰ ROGRON, Joseph-Antoine (Director). “Les Codes français expliqués”. Quinta edición. Parte I, Droit civil. París: Henri Plon Imp.-Ed. 1863. p. 351. Este prestigioso repertorio subrayaba, desde su portada, su carácter de “ouvrage destiné aux étudiants en droit”. La causa judicial que se menciona, conocida como Kamerlet

que el Tribunal Real de Besançon, en 1845, se había pronunciado en sentido afirmativo, con respecto a un contrato celebrado por dos hermanos, uno de ellos menor de edad, frente a un acreedor ante el cual se comprometieron a cumplir una obligación que era, además, indivisible.

Años más tarde, en el terreno doctrinal, Henri Capitant (1865-1937) postularía que la primera parte del artículo 1125 del Código de Napoleón, aun cuando literalmente referida a los contratos, podía ser aplicada a la generalidad de los *actes juridiques*, incluso a los unilaterales, como la aceptación o renuncia de herencia, dado que “en todos los actos jurídicos la incapacidad produce el mismo efecto: vicia la declaración de voluntad y la vuelve imperfecta”²¹.

No es imposible que todas estas referencias jurisprudenciales y bibliográficas francesas hayan sido conocida por dos actores destacados de la codificación civil brasileña: Antônio Coelho Rodrigues (1846-1912) y Clóvis Beviláqua (1859-1944), quienes coincidieron en proponer en sus respectivos proyectos soluciones normativas a la interrogante, tal vez porque pensaban que no era aconsejable o realista confiar en que semejantes inconvenientes prácticos fuesen superados mediante correcti-

vos judiciales, como había sucedido en el contexto de proveniencia.

En el proyecto de Rodrigues, que no tuvo acogida, se señalaba (artículo 314): “*A incapacidade de uma das partes não pode ser invocada em benefício da outra, salvo si ambas forem solidarias, ou si o objecto de seu direito ou obrigação commum for indivisível*”²². En el proyecto de Beviláqua, cuyo manuscrito se conserva hasta la fecha, la regla dice (artículo 84): “*A incapacidade de uma dellas não pode ser invocada em benefício da outra, salvo se ambas forem solidarias ou si for indivisível o objecto do direito ou da obrigação commum ás duas*”²³. En la doctrina brasileña no falta algún reconocimiento, de muy destacada autoría, en cuanto a que el problema abordado por los codificadores en este punto “se presta escasamente para la formulación de reglas jurídicas”²⁴.

III. PRIMER PROBLEMA: LA “INCAPACIDAD DE UNA DE LAS PARTES”

Si la norma se analiza centrando la atención en su referencia a la incapacidad, las objeciones que pueden plantearse son múltiples. Basta considerar, para advertirlo, la reformulación que este concepto —el de “incapacidad”— ha experimentado en tiempos recientes, uno

c. Desprez, tuvo que ver con la obligación solidariamente asumida por los hermanos Desprez, uno de los cuales era menor de edad, frente al acreedor (Kamerlet) para el abandono, en un plazo determinado, de un negocio de carnicería, así como para el abono de una indemnización y de una renta anual a favor de tercero. El Tribunal Real de Besançon dictaminó que, tratándose de una “obligación indivisible en cuanto a su objeto”, no se podía constreñir al hermano mayor “a ejecutar totalmente una obligación común, que él no podía haber contraído si no era bajo la conciencia de que su codeudor iba a colaborar con él a cumplirla”. Es de precisar que en este caso, la nulidad fue alegada como excepción, en primer término, por el menor de edad, frente al requerimiento del acreedor común, y que luego el hermano mayor pretendió, con éxito, beneficiarse de la misma situación. Para una información más amplia sobre el caso citado, véase: “*Journal du Palais*”. París. Tomo II. 1847. p. 36.

²¹ CAPITANT, Henri. “Introduction à l’étude du droit civil – Notions générales”. París: A. Pedone Ed. 1898. p. 236. Nótese, que la propuesta generalizadora del ilustre e influyente autor se refiere solamente a la primera parte del artículo 83 del Código Civil de Brasil (artículo 1078 del Código Civil peruano de 1936; artículo 226 del Código Civil peruano de 1984), o sea, a la imposibilidad para la contraparte capaz de oponer a su favor la incapacidad de su contraparte.

²² RODRIGUES, Antônio Coelho. “Projecto do Codigo Civil brasileiro precedido de um projecto de Lei Preliminar”. Edición oficial. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 1893. p. 44.

²³ BEVILÁQUA, Clóvis. “Projecto do Código Civil brasileiro”. Texto manuscrito original. Rio de Janeiro, 1900. Así también figura, como artículo 86, en el “Projecto de Código civil brasileiro”, organizado pelo Dr. Clóvis Beviláqua, lente cathedratice de legislação comparada na Faculdade de Direito do Recife, por ordem da Exm. Sr. Dr. Epitacio Pessoa, ministro da Justiça e Negócios Interiores, publicado en “*Diario Oficial – Estados Unidos do Brazil*”, suplemento al 127. 13 de mayo de 1900. p. 35. La norma debe leerse en concordancia con la disposición que la precede (artículo 83 del manuscrito y 85 de la versión publicada en la gaceta oficial): “*A capacidade das partes presume-se em todos os actos jurídicos*”.

²⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. “Tratado de direito privado”. Parte general. Tomo IV. Segunda edición. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi. 1954. p. 115. A comienzos del siglo XX, ver: GIORGI, Giorgio. “Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano”. Sexta Edición. Volumen I. Florencia: Casa Ed. Libreria Fratelli Cammelli. 1903. p. 307, anotaba que, “lamentablemente, en la teoría de la indivisibilidad la razón se hace ver raramente, y de vez en cuando se hace necesario, para no aumentar la confusión, inclinar la cabeza frente a las máximas que han ganado crédito”.

de cuyos momentos más saltantes ha sido la suscripción y ratificación por parte del Perú, en el período 2007-2008, de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, seguidas por la promulgación de la Ley General de la Persona con Discapacidad (Ley 29973 del 2012) y su Reglamento (Decreto Supremo 002-2014-MIMP del 7 de abril de 2014)²⁵.

El renovado marco legislativo internacional y nacional compromete a la comunidad jurídica entera a reconsiderar la posición de las personas que tradicionalmente, por el fuerte e incuestionado arraigo de una óptica paternalista²⁶, han sido excluidas o limitadas, hasta niveles discriminatorios²⁷, para su libre desenvolvimiento en el plano del Derecho. El paradigma mismo de la “incapacidad” está mutando²⁸, como efecto de la irrupción de la figura de la “persona con discapacidad”, definida en la Ley 29973 (artículo 2) como “aquella que tiene una o más deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter perma-

nente que, al interactuar con diversas barreras actitudinales y del entorno, no ejerza o puede verse impedida en el ejercicio de sus derechos y su inclusión plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás”.

En virtud de la Convención de Naciones Unidas, los Estados Partes reconocen (artículo 12.2) “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida” y están comprometidos (artículo 12.5) a la adopción de “*todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a [...] controlar sus propios asuntos económicos*”. Paralelamente, se promueve un uso cauto (o un no-uso, inclusive) de términos habituales del lenguaje de juristas y abogados como “discernimiento”, “enfermedad mental”, “deterioro mental”, etcétera²⁹. La “interdicción”, en fin, enfrenta duras críticas, que han llevado a legisladores de otras experiencias a derogarla³⁰,

²⁵ Destacadamente sensible frente a las demandas de este nuevo orden internacional es la exposición de ROBLES FARIAS, Diego. “Teoría general de las obligaciones”. México: Oxford University Press. 2011. pp. 185 y siguientes. El autor –nótese– se sitúa en un contexto donde la codificación civil incluye el mismo régimen que es objeto de análisis y cuestionamiento en mis apuntes.

²⁶ Véase, sobre este punto: DEAKIN, Simon. “Contracts and Capabilities: An Evolutionary Perspective on the Autonomy-Paternalism Debate”. En: Erasmus Law Review 2. Volumen 3. 2010. pp. 141 y siguientes.

²⁷ En la experiencia italiana se anota que si se atiende a la posición de los “sujetos débiles” y a la exigencia de promover para ellos mejores condiciones de vida, el sistema de las incapacidades de obrar (“de ejercicio” conforme a la terminología del Código Civil peruano) “*corre el riesgo de dejar fuera del tráfico jurídico (o, en otras palabras, de la vida de relación) a enteras clases de sujetos que la ley también busca proteger*. Se teme que, justamente por fundarse en la invalidez general de sus actos, la protección de los sujetos ‘débiles’ se traduzca en una marginación y opresión de sus opciones existenciales”. Así: ROPPO, Vincenzo. “Il contratto”. En: “Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti”. Milán: Giuffrè. 2001. p. 777 (las cursivas son del autor).

Comparte esta inquietud, remitiéndose a sus impresiones, y ampliando la óptica para ofrecer un cuadro de la situación en el derecho contractual de la Unión Europea: HESSELINK, Martin. “Capacity and Capability in European Contract Law”. Volumen 4. 2005. p. 497, nota (21). Percibe agudamente, sin embargo, la hipocresía de la promoción igualitaria de las capacidades individuales, limitada al plano formal y destinada, en realidad, “a llenar una precondition institucional de una economía basada en la libre competencia”: SOMMA, Alessandro. “Private Law as Biopolitics: Ordoliberalism, Social Market Economy, and the Public Dimension of Contract”. En: Law & Contemporary Problems 76. 2013. p. 110.

²⁸ De cambio de paradigmas habla, precisamente, GLEN, Kristin Booth. “Changing Paradigms: Mental Capacity, Legal Capacity, Guardianship, and Beyond”. En: Columbia Human Rights Law Review. 44. 2012-2013. pp. 93 y siguientes.

²⁹ En un tratado publicado en la segunda mitad del siglo XIX, haciendo gala de erudición, un jurista se permitía exponer en detalle los distintos tipos de “enfermedad” o “alienación” mental que causaban “incapacidad para contratar”: de la depresión (*malinconia*) a las manías, del cretinismo (*imbecillismo*) a la locura (*demenza*), de la ebriedad y somnolencia al sonambulismo y al delirio febril, de la monomanía y la ira a las fobias: CIMBALI, Enrico. “Della capacità di contrattare secondo il Codice civile e di commercio”. En: ID. “Opere complete”. Segunda edición. Tomo IV. Turín: UTET. 1906. pp. 190 y siguientes. Hoy lo aconsejable, sin duda, es abordar esta temática con una perspectiva interdisciplinaria, como la que inspira un volumen compilatorio de estudios de educadores, médicos, trabajadores sociales, terapeutas ocupacionales y juristas (abogados y expertos en mental health law): COOPER, Jeremy. “Law, Rights & Disability”. Londres-Nueva York: Jessica Kingsley Pub. 2000.

³⁰ Este ha sido el camino seguido en Alemania, con la *Betreuungsgesetz* (BtG) de 1990, en vigor desde el 1 de enero de 1992, que sustituyó casi por completo el régimen de curatela por uno de “asistencia” (*Betreuung*). Véanse, sobre esta y otras experiencias en el continente europeo: POUSSON-PETIT, Jacqueline. “La protection personnelle des malades mentaux dans les principaux droits européens”. En: European Review

dada la urgencia de mantener a las personas con discapacidad en el ejercicio pleno de sus derechos salvo que por propia decisión soliciten asistencia o “apoyos”.

Si, como se dispone igualmente en esta novedosa legislación (Ley 29973, artículo 9, inciso 1): “la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida, en igualdad de condiciones que las demás”, ¿conservará algún sentido un precepto como el del artículo 226 del Código Civil donde la tutela conexas con la idea de “incapacidad” prevalecía sobre el derecho de la contraparte “capaz”, impidiendo a esta última “invocar en beneficio propio” el retardo o deterioro mental de la otra, su prodigalidad, ebriedad habitual, toxicomanía y los demás supuestos del artículo 44 del mismo Código?

El trasfondo histórico de la norma examinada es, entonces, el de un estado de cosas contrastante con el de nuestros días. Revisando el añoso antecedente francés se aprecia que el legislador galo tuvo en cuenta la situación singular de los menores de edad, los interdictos y las mujeres casadas no autorizadas³¹, todos considerados “incapaces para contratar” —como he anotado líneas arriba— en el Código

de Napoleón. ¿Y qué es lo que queda, en la actualidad, de dicho contexto? Nada o casi nada.

Hoy, bajo el Código Civil francés, preservándose la regla general de que toda persona puede contratar a menos que sea declarada legalmente incapaz (artículo 1123), sólo mantienen el *status* de incapaces para contratar, “en la medida definida por la ley” los menores de edad no emancipados y los ancianos, siempre que, en el segundo caso, se haya otorgado un “mandato de protección futura” (artículos 477 y siguientes), institución introducida el año 2007, que permite conferir representación a terceros, en previsión de una futura imposibilidad para cuidar los intereses propios debido a una alteración, médicamente verificada, de las facultades mentales, o, si impiden la expresión de la voluntad, de las facultades corporales (artículo 425). El antiguo artículo 1125, a pesar de conservar la regla de que las personas capaces de obligarse no pueden oponer la incapacidad de aquellas con las que contratan, y de haber visto a su texto acusado de inexacto³², ha pasado también a incorporar, desde el año 1968, como segundo párrafo, la prohibición, bajo sanción de nulidad, de las adquisiciones de bienes o derechos cuyos titulares sean personas atendidas en establecimientos

of Private Law 3. 1995. pp. 383 y siguientes; LONG, Joëlle. “Rethinking Vulnerable Adults’ Protection in the Light of the 2000 Hague Convention”. En: *International Journal of Law, Policy and the Family* 27. 2013. pp. 51 y siguientes; y German Ethics Council, *Dementia and Self-Determination*, traducción M. Marks, Berlín: Deutscher Ethikrat. 2013. pp. 59 y siguientes. En la doctrina italiana: AUTORINO, Gabriella. “La persona disabile nella dimensione del diritto civile”. En: AUTORINO, Elvira; y Pasquale STANZIONE. “Diritto civile e situazioni esistenziali”. Turín: Giappichelli. 1997. pp. 255 y siguientes; y, en perspectiva evolutiva: BIANCA, Cesare Massimo. “Diritto civile, 1”. La norma giuridica – I soggetti. Segunda edición. Milán: Giuffrè. 2002. pp. 231 y siguientes; ALPA, Guido. “La persona fisica”. en *Ibid.* y RESTA, Giorgio. “Le persone fisiche e i diritti della personalità”, a su vez en: *Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco*. Turín: UTET. 2006. pp. 16 y siguientes; y, GIARDINA, Francesca. “La persona fisica”. En: LIPARI, Nicolò; y Pietro RESCIGNO (Directores) y Andrea ZOPPINI (Coordinadora). “Diritto civile”. Tomo I: Fonti, soggetti, famiglia. Le fonti e i soggetti. Volumen I. Milán: Giuffrè. 2009. pp. 280 y siguientes.

³¹ Sobre este supuesto, de por sí suficiente para graficar la superación de la visión tradicional, véase: PIOLA, Giuseppe. “Incapacità della donna maritata”. Turín: UTET. 1907. p. 15, donde la razón de semejante limitación de la capacidad de la mujer casada se encuentra en “someter a la autoridad del marido, como jefe de la sociedad conyugal la custodia de los bienes y de todos los intereses concernientes a la sociedad [conyugal] misma, y proteger el interés de la familia conservando el patrimonio destinado a contribuir con los medios necesarios para la satisfacción de las necesidades de la familia y para asegurar el porvenir de esta; [...]”. La abolición de dicho régimen en Italia tuvo lugar recién en 1919, con la Ley 1176, tal como refiere, manifestando disconformidad, FERRARA (Sr.), Francesco. “Trattato di diritto civile italiano”. Volumen I. Parte I. Roma: Athenaeum. 1921. pp. 503 y siguientes, especialmente, p. 505: “El resultado singular de estas disposiciones es que la mujer casada puede, de ahora en adelante, enajenar libremente todos sus bienes inmuebles, incluso a título gratuito, contraer deudas ilimitadamente, otorgar garantías y avales para terceros, entrar en sociedad, ejecutar mandatos y emprender proyectos comerciales; todo ello con conocimiento y aun contra la voluntad del marido, el cual ha dejado de ser el jefe efectivo de la familia, y mantiene este título decorativamente, pues tiene que asistir impotente a todos aquellos actos, que podrían ser de disipación manifiesta del patrimonio de la esposa, conducentes a su insolvencia y, por lo tanto, a la imposibilidad de cumplir la obligación que ella tiene, por ley, de contribuir a los gastos de la familia, sea frente al cónyuge, sea frente a la prole”.

³² FABRE-MAGNAN, Muriel. *Op. cit.* p. 262, nota (1), denuncia la mala redacción de la norma, porque la incapacidad no protege siempre al incapaz, y cuando aquélla protege a la contraparte del incapaz, es la persona capaz, y nadie más que ella, contrariamente a lo que indica el artículo 1125, la que podrá plantear la acción de nulidad contra el acto celebrado.

psiquiátricos o albergues para ancianos, si el adquirente es funcionario o trabajador de tales instituciones. Y se establece también que la nulidad se aplica a los arrendamientos que celebren tales trabajadores y funcionarios con el paciente antes de su internamiento, y a esos mismos contratos si son celebrados con personas interpósitas (el cónyuge, ascendientes o descendientes del adquirente, cesionario o arrendador).

Actualmente, en suma: “[...] la decreciente importancia del concepto de capacidad en el derecho contractual se enmarca en dos movimientos acaecidos durante el siglo XX. En primer lugar, la abolición de las normas que negaban la capacidad a enteros grupos, en especial, a las mujeres casadas; proceso que, hacia la mitad del siglo XX, se seguía desarrollando en algunas jurisdicciones. La reducción de los años para la obtención de la mayoría de edad, de veintiuno a dieciocho, quitó de los alcances de la norma muchos de los casos más significativos de contratos celebrados con menores. En segundo lugar, la urgencia de contar con técnicas alternativas para combatir el riesgo del abuso en contratos altamente desproporcionados o inequitativos. Mientras que el concepto de capacidad brindaba protección al débil o vulnerable despojando a sus contratos de fuerza jurídica vinculante, o sea, impidiendo que ellos participaran independientemente en la vida económica, el régimen estatutario insertaba términos mandatorios y supletorios en los contratos para beneficio de las partes y terminaba constituyendo una desventaja desde el punto de vista del poder de negociación”³³.

Los propios comentaristas decimonónicos franceses señalaban que el artículo 1125 era redundante para los casos de las personas interdictas y las mujeres casadas no autorizadas, porque los contratos celebrados por ellas eran atacables mediante nulidad “absoluta” o “de pleno derecho”³⁴. Donde sí eran evidentes los problemas era en el caso de los contratos celebrados por menores de edad. Y es con relación a este tema que el artículo 226 del Código Civil

peruano, con su referencia general a la “incapacidad”, sin ninguna otra precisión, muestra falencias conceptuales tan graves como la indiferencia de nuestros civilistas frente a la evolución de los ordenamientos de donde estas reglas provienen.

“No hay ninguna razón [escribe un tratadista francés contemporáneo] para establecer una protección ciega a los menores. Esto significa que, cuando un menor ha realizado un acto que no lesiona sus intereses, no hay razón para permitir la solicitud de nulidad de dicho acto. No obstante, el legislador no creyó que debía subordinar la nulidad del acto a la prueba en todos los casos de que este acto ha sido perjudicial para los intereses del menor. En realidad, se ha efectuado una distinción entre los actos más graves, los actos denominados de disposición, y los actos menos graves, denominados actos de administración. [...]. Si se trata de un acto de disposición [...], el acto es nulo por el solo hecho de haber sido efectuado por un menor, sin importar cuáles sean las consecuencias, perjudiciales o no, respecto a los intereses del menor. En efecto, estos actos son peligrosos en la medida en que modifican la consistencia del patrimonio del menor. [...]. Si se trata de un acto de administración, la nulidad sólo será admitida si su realización causó un perjuicio al menor, es decir, un desequilibrio entre las prestaciones que fueron puestas a cargo del menor en el acto y las que están a cargo de la otra parte, resultando esta última favorecida en detrimento del menor”³⁵.

Este cambio de perspectiva se refleja en uno de los proyectos de modernización de la normativa del Código de Napoleón sobre obligaciones: el *Avant-Projet Catala* (2005), donde se propuso incluir, en reemplazo del artículo 1125, una disposición con este tenor (artículo 1118-1):

“Las personas capaces de obligarse no pueden hacer valer la incapacidad de aquellas con las que han contratado si la incapacidad está dirigida a proteger el interés de éstas.

³³ DEAKIN, Simon. “Capacitas: Contract Law and the Institutional Preconditions of a Market Economy”. Working paper 325. Cambridge: Centre for Business Research. University of Cambridge. 2006. p. 7.

³⁴ Así, comentando el régimen, equivalente al francés, del Código Civil para el Reino de las Dos Sicilias, promulgado por el monarca Fernando I en 1819: ARCIERI, Gaetano. “Studi legalj ovvero Istituzioni di diritto civile moderno secondo l’ordine del Codice pel Regno delle Due Sicilie comparate col diritto romano e intermedio”. Nápoles: Stabilimento Tipografico Perrotti. 1854. Volumen V. p. 78.

³⁵ LARROUMET, Christian. “Derecho civil – Introducción al estudio del Derecho privado”. Traducción de V. Díaz Perrilla. Bogotá: Legis Ed. 2008. p. 235.

Las mismas personas pueden oponerse a la acción de nulidad relativa o de rescisión promovidas en su contra demostrando que el contrato era ventajoso para la persona protegida y estaba libre de lesión, o que ha redundado en beneficio de ésta.

Pueden oponer a la acción de nulidad o de rescisión, igualmente, la convalidación del contratante devenido capaz o que hubiere vuelto a ser capaz³⁶.

Se plantea, pues, que la contraparte de la persona incapaz no sea privada, como ocurre hoy bajo el artículo 226 del Código Civil peruano, de toda defensa frente a la acción de anulación dirigida contra él. Si se demuestra que el negocio ha sido beneficioso para el incapaz ¿cuál sería la justificación para conceder a éste el derecho a impugnarlo, aun cuando sea dentro de los límites de la “indivisibilidad del derecho o del objeto de la obligación común”³⁷?

En el régimen peruano vigente, la minoría de edad subsiste hasta el cumplimiento de los dieciocho años. En el Código Civil se indica, sin embargo, que entre los dieciséis y los dieciocho años existe un *status* de “incapacidad relativa”. Ya por este camino podemos hallar una regla equivalente a la clásica francesa, en el sentido que los negocios jurídicos celebrados por todo “incapaz relativo” son “impugnables” mediante acción de anulación. Empero, el propio Código Civil señala que antes de los dieciséis años, cuando se alcanza el discernimiento, incluso aquellos que tuvieren menos de dieciséis años pueden celebrar negocios de la vida cotidiana (artículo 1358). Más aún, se establece (artículo 457) que: “el menor capaz de discernimiento puede ser autorizado por sus padres para dedicarse a un trabajo, ocu-

pación, industria u oficio. En este caso, puede practicar los actos que requiera el ejercicio regular de tal actividad, administrar los bienes que se le hubiere dejado con dicho objeto o que adquiriera como producto de aquella actividad, usufructuarlos o disponer de ellos”. Y el Código de los Niños y de los Adolescentes (Ley 27337) estatuye (artículo 51, inciso 2) que la edad mínima para celebrar contratos de trabajo es doce años, siempre que el menor sea autorizado por sus padres (autorización que se presume cuando el menor habita con sus padres, según se señala en la misma disposición) y “las labores a realizar no perjudiquen su salud o desarrollo, ni interfieran o limiten su asistencia a los centros educativos y permitan su participación en programas de orientación o formación profesional”.

Como el artículo 226 está formulado con carácter general, además, se tiene que entender que la norma engloba todas las formas de incapacidad (“relativa”, como se esmera en puntualizar la doctrina nacional sobre negocios jurídicos³⁸). ¿Qué sucede en los demás casos que en el Derecho francés han sido atraídos hacia los alcances del artículo 1125 del Código de Napoleón? ¿Cómo se resuelve la situación de la parte capaz que celebra un contrato con un ausente o con una persona jurídica desprovista de autorización o con una persona en situación de insolvencia?³⁹ Como ninguno de estos supuestos está considerado dentro del campo de la incapacidad “relativa” (ni de la “absoluta”) del Código Civil peruano ¿se deberá entender que todos esos supuestos están excluidos del régimen “protector” del artículo 226? La respuesta es afirmativa, desde luego, porque otras son las soluciones que el legislador peruano ha dado, casi siempre de modo indirecto, a tales problemas⁴⁰. Realizando este examen, empe-

³⁶ CONSIGLIO NAZIONALE FORENSE. “L’Avant-projet Catala (progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione – artt. 1101/1386 e 2234/2281 del Code Civil – redatto da una Commissione di civilisti francesi diretta da Pierre Catala)”. Edición al cuidado de G. B. Ferri y P. Spada. Milán: Giuffrè. 2008. p. 176.

³⁷ Véase *infra*, capítulo V.

³⁸ En tal sentido se pronuncian todos los autores citados *retro*, nota (1). En el nuevo Código Civil de Brasil (2002) se ha visto por conveniente precisar (artículo 105) que se trata de “incapacidad relativa”. En la propuesta de modificatoria del artículo 226 del Código Civil peruano, que se viene evaluando en la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, se omite, por el contrario, toda aclaración al respecto (véase *infra*, capítulo VI).

³⁹ Sobre los múltiples casos de aplicación jurisprudencial del artículo 1125 en el Derecho Civil francés, ya a los inicios del siglo XX, véase: GRIOLET, Gaston; y Charles VERGÉ (Directores). “Nouveau Code civil – Annoté et expliqué d’après la jurisprudence et la doctrine”. Tomo II. París: Bureau de la Jurisprudence Générale Dalloz. 1901-1905. pp. 969 y siguientes.

⁴⁰ En el Código Civil peruano, la situación de ausencia, por ejemplo, da lugar al nombramiento de un curador interino (artículo 47), a pedido de cualquier familiar del desaparecido, hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o de quien invoque “legítimo interés en los negocios o asuntos del desaparecido, con citación

ro, se acredita, una vez más, la esterilidad de la primera parte de la norma analizada, en comparación con la fecundidad que la caracteriza en su ordenamiento de origen.

IV. SEGUNDO PROBLEMA: LA “INVOCACIÓN EN BENEFICIO PROPIO”

En el Código Civil peruano vigente no se sigue (no explícitamente, pero a mí me parece que sí inconscientemente, en la normativa, en las interpretaciones de los autores y en la jurisprudencia)⁴¹ el esquema francés que consiguió diferenciar, en el plano judicial y doctrinal, la nulidad “absoluta” de la nulidad “relativa”⁴². Inspirándose en el modelo italiano, si bien con notables imperfecciones, los codificadores de 1984 distinguen la nulidad de la anulabilidad⁴³ y exponen ambas figuras en el régimen general de los negocios jurídicos.

Pero al hacerlo, no toman en cuenta que en el modelo extranjero seguido los negocios celebrados por los incapaces no son nulos sino solamente (y uniformemente) “anulables”. Mientras que en nuestro Código Civil vigente la incapacidad absoluta (según el artículo 43) de las personas privadas de discernimiento “por cualquier causa” comporta la nulidad del negocio (según el artículo 219, inciso 2), en el Código Civil italiano (artículo 428, subtítulo “actos celebrados por persona incapaz de entender o de querer”)⁴⁴ “los actos celebrados por una persona que, aun cuando no interdicta, se pruebe que es, por cualquier causa, incluso transitoria, incapaz de entender o de querer al momento en que los actos se han celebrados, pueden ser anulados a instancia de dicha persona o de sus herederos o causahabientes, si de ellos resulta un grave perjuicio para su autor”. Con respecto a los contratos, la

de los familiares conocidos y del Ministerio Público”. Al cabo de dos años desde que se tuvo la última noticia del desaparecido (artículo 49) “cualquiera que tenga legítimo interés o el Ministerio Público pueden solicitar la declaración judicial de ausencia”. Con dicha declaración (artículo 50) se otorga la posesión temporal de los bienes del ausente a quienes serían sus herederos forzosos al tiempo de dictarla. Los posesionarios pueden, a su vez, solicitar la designación de un administrador judicial (artículo 54), quien ostenta, simplemente, una representación judicial (artículo 55, inciso 5), y debe contar con autorización judicial para enajenar o gravar los bienes del ausente “en la medida de lo indispensable” (artículo 56). Cabría preguntarse, entonces, ¿qué ocurre si el contrato es celebrado entre un tercero y un administrador no autorizado de los bienes del ausente? Dicho contrato no es “anulable”, sino “nulo”, pero esta última solución no puede ser deducida de la norma general sobre nulidad (artículo 219) donde se contempla únicamente el caso de la “incapacidad absoluta”. Para el caso de las obligaciones contraídas por los mayores de dieciséis años y menores de dieciocho sí se establece que el remedio es la anulación (artículo 227) cuando el negocio es celebrado “sin la autorización necesaria”.

⁴¹ Tal vez por el legado pedagógico de LEÓN BARANDIARÁN, José. “Curso del acto jurídico”. *Op. cit.* pp. 61 y siguientes (sobre la diferencia entre nulidad “absoluta” y “relativa”). Los “galicismos” en materia de nulidad que se utilizan en el Perú no son pocos. Entre nosotros también es común, por ejemplo, hacer referencia a las nulidades “textuales” o “literales” y “virtuales” o “sin texto”, tal como se hace, irreflexivamente, en la sentencia del Quinto Pleno Casatorio Civil (por ejemplo, en su Fundamento 160: “Es de aplicación, ante los supuestos que no señalan taxativamente la nulidad, la aplicación de la nulidad tácita o virtual”). En nuestra bibliografía: TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. “Nulidad del acto jurídico”. Segunda Edición. Lima: Grijley. 2002. pp. 97 y siguientes. Sobre esta última clasificación, véase, en la doctrina francesa: JAPIOT, René. *Op. cit.* p. 41, nota (1). No es inoportuno recordar que en nuestro Código Civil se enuncia también, como homenaje a la terminología afrancesada, una acción general de “rescisión” (artículo 1370: “La rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo”). En el artículo 1122 se postula, siempre con lenguaje anacrónico, que la hipoteca se acaba por “anulación, rescisión o resolución” de la obligación garantizada. Dichas voces se refieren, correspondientemente, a la nulidad, a la anulación y a la resolución por incumplimiento.

⁴² Véase retro, nota (10). En la doctrina italiana, el concepto de “nulidad relativa” ha sido duramente cuestionado e incluso calificado como “contrario a la lógica jurídica”, por FEDELE, Alfredo. “La invalidità del negozio giuridico di diritto privato”. Turín: Giappichelli. 1983. p. 119: “Si el negocio es nulo, o sea que no existe, y la acción tiene, por lo tanto, un mero carácter declarativo o de constatación, ¿cómo se puede sostener que dicha acción esté reservada a determinados sujetos?”.

⁴³ Denuncia la inutilidad de añadir los adjetivos “absoluta” y “relativa” a la nulidad y anulabilidad, respectivamente: CARIOTA FERRARA, Luigi. “Annullabilità assoluta e nullità relativa (Un contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici)”. En: AA.VV. “Studi in memoria di Bernardino Scorza”. Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”. 1940. p. 75.

⁴⁴ Sobre los orígenes históricos y el sentido del artículo 428 del Código Civil italiano, sigue siendo muy valiosa la consulta de la primera obra monográfica de: RESCIGNO, Pietro. “Incapacità naturale e adempimento” Nápoles: Jovene. 1950. pp. 5 y siguientes. Igualmente: FUNAIOLI, Giovan Battista. “L’incapacità di intendere e di volere nel nuovo Codice” (1944). En ID. “Scritti minori”. Al cuidado de U. Natoli y A. Carrozza. Milán: Giuffrè. 1961. p. 227 y siguientes; y sobre todo: CORSARO, Luigi. “L’abuso del contraente nella formazione del contratto” (Studio preliminare). Perugia: Lib. Editrice Universitaria. 1979. pp. 45 y siguientes.

norma itálica citada dispone que la anulación de tales negocios “no puede ser pronunciada sino en el caso en que, por el perjuicio derivado o que pudiere derivar a la persona incapaz de entender o de querer, o por la calidad del contrato o por alguna otra razón, resulte la mala fe del otro contratante”.

Si los codificadores nacionales de 1984 decidieron seguir el esquema de la nulidad y anulabilidad, conforme al Código Civil italiano (donde se le desarrolla, además, en materia de contratos, al no contar esta normativa con una parte general sobre los negocios jurídicos), habría sido deseable que su decisión fuese concordada con lo que se iba a disponer en el libro dedicado a las personas, al estatuirse que la privación de discernimiento constituía un supuesto de incapacidad “absoluta”, y, con mayor razón, que se evaluara con el debido detenimiento cuál de los remedios (nulidad o anulación) iba a adoptarse para esta hipótesis. Con el marco normativo resultante, el Código Civil peruano preserva la regla general de la incapacidad para contratar de la versión original del Código Civil francés, como causal de nulidad, pero incluye, a la vez, reglas sobre anulabilidad y anulación propias de un Código Civil —el italiano— donde la ausencia de capacidad sólo faculta al propio incapaz, a sus herederos y causahabientes a demandar la anulación, es decir, a “impugnar” el negocio.

Como en el Código Civil italiano los negocios jurídicos celebrados por incapaces son meramente “anulables”, se entiende perfectamente por qué en dicha normativa no se ha incluido una disposición equiparable a la del artículo 1125 del Código Civil francés, relativa a la im-

posibilidad para la contraparte capaz de invocar a su favor la incapacidad de la otra. Esta regla se sobreentiende en la experiencia italiana, porque la anulación puede ser pretendida únicamente por aquellos en cuyo favor ha sido contemplada por la ley: “*L’annullamento del contratto [estipula el artículo 1441] può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge*”⁴⁵. Y esto es equivalente a lo que se señala, también por imitación, en nuestro Código Civil (artículo 222, segundo párrafo), con terminología que recuerda la disonante idea de la “nulidad relativa”: “Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio lo establece la ley”.

Fuera de las precisiones efectuadas, la expresión “invocar en provecho propio” debe ser entendida como “ejercer la acción de anulación”. Así, la parte “no incapaz” de la relación se hallaría impedida, en virtud de la primera parte del artículo 226 del Código Civil, de formular tal pretensión amparándose en la incapacidad de la parte contraria, porque de lo contrario se estaría contradiciendo el carácter “relativo” de dicha acción, o sea, el que la hace de exclusiva alegación para los sujetos que la ley busca proteger: los incapaces “relativos” o, en su caso, sus representantes, herederos y otros causahabientes.

Resulta incomprensible, sin embargo, que la interposición de una acción de anulación sea considerada “beneficiosa”, sin más, para la contraparte de la persona incapaz. A lo que se refiere la disposición es a un efecto en particular de la anulación: la restitución de las prestaciones a la que conlleva el negocio anulado.

⁴⁵ En la doctrina italiana menos antigua, se señala: “La regla que reserva la legitimidad para obrar sólo a la parte tutelada responde a la idea de la anulación como remedio establecido en interés específico y exclusivo de una parte del contrato. No hay duda de que la tutela del sujeto en el contrato responde a un interés general, ni de que las normas que la regulan son, por lo tanto, inderogables. Pero el control del ordenamiento atañe a la condición subjetiva de la parte y es impuesto en protección del interés particular del sujeto que ha celebrado un negocio afectado por vicios. El interés general se satisface, entonces, concediendo al sujeto protegido una acción para remover los efectos del acto, y, en definitiva, concediéndole la evaluación de la conveniencia en concreto del negocio”. Así: TOMMASINI, Raffaele. “Commentario sub art. 1441”, a su vez en TOMMASINI, Raffaele; y Elena LA ROSA. “Dell’azione di annullamento”. En: *Il Codice civile – Commentario fondato da Piero Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli*. Milán: Giuffrè. 2009. pp. 51-52. En la bibliografía más bien clásica: LUCARELLI, Francesco. “Lesione d’interesse e annullamento del contratto”. Milán: Giuffrè. 1964, especialmente, pp. 256 y siguientes; y PROSPERETTI, Marco. “Contributo alla teoria dell’annullabilità”. Milán: Giuffrè. 1973, especialmente, pp. 162 y siguientes.

Entre los códigos civiles de América Latina, el de Chile (1855) dispone (artículo 1684) que “la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes o por su herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por la ratificación de las partes” (cursivas añadidas). En la segunda parte del texto original del artículo citado se disponía: “La incapacidad de la mujer casada que ha obrado sin autorización del marido o del juez en subsidio, habiendo debido obtenerla, se entiende establecida en beneficio de la misma mujer i del marido”.

Aunque se considerara que quien celebra un contrato con un incapaz conociendo la situación de incapacidad no puede demandar la anulación, porque este remedio ha sido contemplado únicamente para proteger al incapaz, con todo lo cuestionable que resulta esta perspectiva a la luz de la evolución descrita en el acápite anterior ¿significa ello, acaso, que la contraparte del incapaz no puede “invocar en su beneficio” las obligaciones restitutorias que nacen, por ejemplo, de la gestión de negocios ajenos o del enriquecimiento sin causa? La respuesta es negativa.

Cierto es que el artículo 226 se refiere únicamente a la invocación (“oposición” en el lenguaje del Código de Napoleón y de los que siguen sus directrices) de la incapacidad de la otra parte. Quien demanda una restitución (cuasicontractual) no funda su pretensión en la incapacidad del otro. Pero dada la ubicación de la norma, en la parte general del Código Civil, es recomendable que su tenor esté armonizado con el sentido de toda la normativa del texto. La ambigüedad de la expresión “invocar en beneficio propio” (la incapacidad del otro) merece, por lo tanto, una seria reconsideración de cara a una reforma del Código Civil.

El no poder “invocar en beneficio propio” la incapacidad de la otra parte significa también, sin perjuicio de lo anterior, quedar vinculado por los compromisos asumidos y, por lo tanto, asumir frente al incapaz las responsabilidades que sean características de la específica operación realizada, así como, si fuere el caso, carecer de legitimidad para formular excepciones que tengan como fundamento la incapacidad⁴⁶.

V. TERCER PROBLEMA: LA “INDIVISIBILIDAD DEL OBJETO DEL DERECHO DE LA OBLIGACIÓN COMÚN”

Este fragmento del artículo 226 es el resultado de un inexcusable error de redacción. No es concebible —no para mí, por lo menos— que se haya terminado de echar a perder el sentido de un enunciado nebuloso de por sí, conforme al texto original del Código Civil brasileño de 1916, como consecuencia de una decisión consciente de nuestros legisladores.

Todo derecho tiene como punto de referencia un bien que constituye su objeto⁴⁷, y tal bien puede poseer el atributo de la indivisibilidad⁴⁸. El problema irresoluble es conectar este concepto (el del bien indivisible que es objeto de un derecho) con una “obligación común”, sin alterar la literalidad de la disposición.

Mucho más importante, creo, es someter a análisis la congruencia del precepto que, simplemente, se habría tenido que transponer al Código Civil vigente, es decir, el adoptado en el Código Civil de 1936, donde la referencia a la indivisibilidad del objeto o del derecho de la obligación común.

“Obligación común” es expresión técnicamente extraña al Derecho de las relaciones obligatorias según el Código Civil peruano. La “comunidad” del vínculo obligatorio, sin embargo, se refiere desde tiempos inmemoriales a la “solidaridad”⁴⁹. Hay que remontarse al siglo XVII, a la obra de Jean Domat (1625-1696), para encontrar explicada, por ejemplo, la regla según la cual “todas las excepciones que los obligados solidarios puedan tener contra el acreedor,

⁴⁶ Como en el caso clásico *Kamerlet c. Desprez* (1845), citado retro, nota (20). En nuestra doctrina, Juan Guillermo Lohmann limita el significado de la expresión, en cambio, al de no tener el beneficio de iniciar la acción (de anulación). Ver: LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.* p. 587.

⁴⁷ Este realce es propio de la parte general del derecho civil alemán. “Objeto de derecho [*Rechtsobjekt*] es como se denomina a un bien [*Gut*] que tiene la posibilidad de estar sometido al dominio jurídico de una persona. El dominio jurídico, a su vez, es el uso y explotación de dicho bien”. Así, por todos: KÖHLER, Helmut. “BGB – Allgemeiner Teil”. Duodécima Octava edición. Múnich: C. H. Beck. 2004. § 22. p. 341.

⁴⁸ En el Derecho de las relaciones de obligación se entiende que la indivisibilidad constituye un atributo del objeto de la prestación, o sea, “de la cosa o del hecho” comprometido por el deudor frente al acreedor. Véase, entre otros: CICALA, Raffaele. “Concetto di divisibilità e di indivisibilità dell’obbligazione”. Nápoles: Jovene. 1953. pp. 53 y siguientes; ID. “Divisibilità e indivisibilità dell’obbligazione”. En: *Rivista di Diritto Civile*. Año XI. Parte I. 1965. pp. 453; y RUBINO, Domenico. “Delle obbligazioni – Obbligazioni alternative – Obbligazioni in solido – Obbligazioni divisibili e indivisibili”. Segunda edición. En: “Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca”. Bologna: Nicola Zanichelli Ed., y Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”. 1961. pp. 330 y siguientes.

⁴⁹ Al “deudor común”, en cambio, sí se le menciona en el régimen de las obligaciones solidarias, en los artículos 1184 y 1196, y a propósito del pago con efecto de subrogación, en el artículo 1260, inciso 3, de nuestro Código Civil.

y que no atengan a sus personas, pero que se relacionen con la obligación común, valen como descargo para todos aquellos obligados⁵⁰, cuya huella perdura, en lo esencial, en el artículo 1192 del Código Civil peruano, en cuya virtud: “a cada uno de los acreedores o deudores solidarios sólo pueden oponérseles las excepciones que les son personales y las comunes a todos los acreedores y deudores”.

En el concepto de “excepciones personales” se incluyen, precisamente, las causales de nulidad y anulabilidad concernientes, de forma particular, a algún integrante de la parte subjetivamente compleja⁵¹. Si la anulación se pronuncia respecto de uno de los deudores solidarios, los demás se mantienen obligados frente al acreedor “común”, y por el total de la prestación, debido al carácter “personal” de la causal.

En este ámbito, un sector de la doctrina en materia de obligaciones solidarias postula que la existencia de una causal de nulidad –no de anulabilidad– atinente a sólo uno de los integrantes de la parte subjetivamente compleja, la nulidad favorece a todos los demás⁵². Por lo tanto, si se tratara de solidaridad pasiva, los deudores solidarios no podrán ser constreñidos por el acreedor común para el cumplimiento de la prestación por entero, porque la cuantía de lo adeudado debe reducirse globalmente en proporción a la cuota que inicialmente estaba a cargo del integrante excluido mediante la nulidad. Esto sólo es viable, sin embargo, cuando la prestación es divisible. Es así como la visión termina orientándose hacia la indivisibilidad.

Ninguna de las reglas sobre las obligaciones solidarias es suficiente para entender la se-

gunda parte del artículo 226. Esta norma ha sido elaborada como una excepción a la regla de que la parte contraria capaz no puede obtener provecho de la incapacidad de la otra. Entonces, la acción de anulación sí debería ser posible, a favor de la parte capaz, cuando del otro lado se encuentra una parte subjetivamente compleja, uno de cuyos integrantes sea incapaz. ¿Es así como se interpreta el precepto?

Adoptando la lógica que gobierna el artículo –con todo lo cuestionable que ella resulte en el contexto actual del cambio de perspectiva sobre la capacidad– la persona capaz nunca puede alegar en su beneficio, como causal de anulabilidad, la incapacidad de la otra. La anulabilidad –como he expuesto ya– protege, en estos casos, únicamente al incapaz. Tendrá que ser en el otro extremo de la relación, por lo tanto, en el lado de la parte subjetivamente compleja donde habrá que verificar la concurrencia de personas capaces e incapaces, pero obligadas, además, a una prestación indivisible.

Del interior, entonces, de la parte subjetivamente compleja, emergerá la pretensión de uno de sus integrantes –capaz– para obtener, legitimado por lo dispuesto en el artículo 226 del Código Civil, la anulación del vínculo (o invocar en su beneficio la causal personal de su codeudor), en atención a que las obligaciones indivisibles no pueden ser cumplidas a prorrata.

En un antiguo fallo de la Cour de Cassation, emitido a comienzos del siglo XIX, los jueces se pronunciaron favorablemente a la anulación de un laudo arbitral porque en la suscripción del convenio respectivo había participado, sin tener las facultades requeridas (autorización

⁵⁰ DOMAT, Jean. “Les lois civiles dans leur ordre naturel”. En ID. Œuvres complètes, al cuidado de J. Remy, Firmin Didot père et fils & Charles Béchét Lib. Tomo II. París. 1828. p. 75. Contemporáneamente, propone traducir al francés como “*obligation commune*” la expresión inglesa “*solidary obligation*”, que se utiliza en los Principles of European Contract Law, elaborados por la Commission for European Contract Law (2000): DELEBECQUE, Philippe. “L’indivisibilité”. En: ANDREU, Lionel (director). “La réforme du régime général des obligations”. París: Dalloz. 2011. p. 49. El original dice así: “*Obligations are solidary when all the debtors are bound to render one and the same performance and the creditor may require it from any one of them until full performance has been received*”. Delebecque traduce: “*L’obligation est commune lorsque tous les débiteurs sont tenus d’exécuter ensemble la prestation et que le créancier ne peut réclamer l’exécution qu’à tous*”.

⁵¹ Sobre este concepto (parte subjetivamente compleja), véase, con relación a la acción de anulación: DE FERRA, Sulla contitolarià del rapporto obbligatorio. Milán: Giuffrè. 1967. pp. 87 y siguientes; y D’ANDREA, Stefano. “La parte soggettivamente complessa – Profili di disciplina”. Milán: Giuffrè. 2002. pp. 175 y siguientes.

⁵² Para una visión panorámica y reciente de las posiciones en torno de estas cuestiones relativas a las obligaciones indivisibles véase: ROSSETTI, Giulietta y Marco DE CRISTOFARO. “Le obbligazioni solidali”. En: GAROFALO, Luigi y Mario TALAMANCA (Directores). “Trattato delle obbligazioni”. Volumen V. También: “Le figure speciali al cuidado de S. Patti y L. Vacca”. Padua: CEDAM. 2010. pp. 767-768. En la bibliografía clásica sobre el tema, por todos: RUBINO, Domenico. *Op. cit.* pp. 215 y siguientes.

del consejo de familia), la curadora de una persona ausente. El arbitraje había servido para resolver una controversia entre coherederos mediante la división de los bienes del causante entre todos sus sucesores, en partes iguales. Una de las coherederas demandó la nulidad del laudo invocando para ello la incapacidad de la representante del ausente. Los demás sucesores señalaron que aun cuando fuese cierto el defecto de representación, la anulación recaería solamente en cuanto a la parte del ausente, manteniéndose comprometidos todos los otros por el convenio (y por lo resuelto en el laudo). El descargo de los demandados, que no llegó a ser amparado por los jueces, fue planteado en estos términos:

“Si, por lo tanto, las personas capaces de obligarse, al contratar con un menor de edad, con una persona interdicta o con una mujer casada, no pueden oponer la incapacidad de éstos, con mayor razón aquellas que han contratado con el curador del ausente, a quien faltaban facultades suficientes, no pueden servirse de dicha carencia para apartarse de su obligación, pues *es máxima que sólo en las cosas indivisibles el menor, la persona sujeta a interdicción, la mujer casada y, por lo tanto, el au-*

sente, liberan a aquellos, mayores, con lo que se hayan obligado conjuntamente [...]. Fuera de este caso, los privilegios inherentes a la minoría de edad y a la ausencia son personales del menor o del ausente: sólo ellos pueden invocarlos en su interés. En el caso concreto, si la curadora del ausente no tenía poderes suficientes, él mismo podrá, en su interés, hacer anular el convenio y el laudo arbitral; pero estos actos deben subsistir respecto de las demás partes”⁵³.

En realidad, esta interpretación preeminente en la práctica judicial francesa, que mi investigación me lleva a identificar como la inspiradora, directa o indirecta, de la norma concebida por Rodrigues y Beviláqua⁵⁴, plasmada en el artículo 83 del Código Civil brasileño de 1916, se apoyó, igualmente, en la máxima, atribuida a Charles Dumoulin (1500-1566)⁵⁵, “*minor relevat maiorem in individuis*”, o sea, que en caso de indivisibilidad, la situación del menor prevalece sobre (y de ser el caso favorece a) la del mayor.

En el curso de uno de los primeros comentaristas del Código francés, Claude-Étienne Delvincourt (1762-1831) se expone:

⁵³ El fallo, emitido el 5 de octubre de 1808, aparece reseñado en DALLOZ, Victor Alexis Désiré. “Giornale delle Udienze della Corte di Cassazione e delle Corti reali, ovvero Giurisprudenza generale di Francia in materia civile, commerciale, criminale ed amministrativa”. Tomo II. Traducción G. Paduano. Nápoles: Tipografía dell’Ateneo”. 1827. pp. 17-18 (cursivas añadidas).

⁵⁴ En la propuesta original del codificador brasileño (citada retro, § II y notas), luego de declararse que la capacidad de las partes se presume en todos los actos jurídicos, se dice que la incapacidad de una de ellas no puede ser invocada en beneficio de otra, salvo que ambas sean solidarias, o si es indivisible el objeto del derecho o de la obligación común a las dos. Esta apreciación es inexacta si se formula con carácter general respecto de las obligaciones solidarias, porque si uno de los deudores solidarios es incapaz, la anulación sólo puede ser pretendida por este último (o su representante o sus causahabientes) y lo beneficia únicamente a él, en lo tocante a su cuota de participación, si la obligación, además de ser solidaria es divisible. La norma importada por los redactores del Código Civil peruano de 1936 muestra, en este punto, el grave error de interpretación de Beviláqua respecto de los avances del derecho francés, donde —como reseño en esta parte de mis apuntes— la excepción se predica centrando la atención en la solidaridad (pasiva) aunada a la indivisibilidad. Son aisladas posiciones como la de LAROMBIÈRE, Léobon-Valéry-Léon-Jupile. “Théorie et pratique”. Tomo I. p. 180, quien consideraba suficiente la circunstancia de la solidaridad: la contraparte capaz —escribe—, en caso de anulación obtenida por el incapaz obligado “conjuntamente o solidariamente” con otros, “puede tener interés en la anulación total y con respecto a todas las partes, sea porque una revocación parcial es contraria a su intención, sea porque dicha anulación la priva de las garantías con las que confiaba contar”.

⁵⁵ La atribución figura en DEMOLOMBE, Charles. “Traité des servitudes ou services fonciers”. Tomo II (Volumen XII del Cours de Code Napoléon). A. Durand Lib. & L. Hachette et CieLibs. 1855. § 996. p. 535.

En la doctrina anterior al siglo XIX, VOET, Johannes. “Commento alle Pandette”. Volumen I. Venecia: Tip. Antonio Bazzarini-1837. p. 763, escribe: que “si un menor de edad tiene en común con un mayor un negocio indivisible, la necesidad exige que el socorro de la edad concedido con respecto al consorte menor de edad beneficie también al mayor”. La obra del jurista holandés (1647-1713) fue publicada en 1698.

En cuanto a las fuentes romanas, la remisión usual es a Digesto, 8.6.10.pr., “Si yo y el pupilo tuviésemos un fundo en común, aunque ni uno ni otro usara, no obstante, también yo retengo por causa del pupilo la servidumbre de camino”. Así, por ejemplo: DOMAT, Jean. *Op. cit.* Tomo II. pp. 331-332: “si uno de los propietarios de un fundo común al cual es debida una servidumbre, tiene alguna calidad que impide que la prescripción corra contra él, como cuando se trata de un menor, la servidumbre no se perderá aunque él u otros dejaran de poseer, porque el menor la conservará para todo el fundo”.

“Las excepciones personales son aquellas relativas al estado o a la cualidad del deudor: tales como aquellas que resultan de la minoría de edad, de la interdicción, etcétera. No pueden ser opuestas sino por el deudor respecto del cual tales situaciones se presentan. Por lo tanto, si dos individuos, uno mayor y otro menor de edad, son obligados solidarios, y el menor logra la restitución, el acreedor podrá de todas formas accionar contra el otro, solidariamente. Pero si la obligación es indivisible, rige la máxima *minor relevat majorem in individuis* [...]. Por ejemplo: dos copropietarios de un fundo, uno de ellos menor de edad, prometen una servidumbre respecto del mismo fundo, y el menor obtiene la restitución. Esta última aprovecha al mayor, que dejará de estar obligado. Porque, en efecto, el mayor no puede ser obligado a otorgar la servidumbre por sí mismo, porque ésta tiene que ser constituida con el consentimiento de todos los copropietarios del fundo sobre el cual recaerá. De otro lado, tampoco puede ser obligado a resarcir daños, porque el acreedor no tiene ningún derecho a reclamar, debido a que el incumplimiento de la obligación no obedece a un hecho del mayor. En este caso, el incumplimiento resulta de un hecho del acreedor mismo, al que se debe imputar el haber tratado con un menor, cuya incapacidad habría debido conocer. No obstante, si el mayor, como consecuencia de la promesa, hubiere recibido alguna cosa del

acreedor, estará obligado a restituírsela, *conditione sine causa o causa data, causa non secuta*”⁵⁶.

En idéntico sentido, en el afamado comentario de François Laurent (1810-1887), de gran difusión en América Latina, se anota:

“Los principios que rigen el efecto de las nulidades son objeto de una restricción cuando el acto es anulado por causa de incapacidad. En los términos del artículo 1125 las personas capaces de obligarse no pueden oponer la incapacidad del menor, de la persona interdicta o de la mujer casada con las cuales las primeras hayan contratado. La nulidad no ha sido establecida sino en interés de los incapaces y sólo ellos pueden hacerla valer. Se ha decidido en la Corte de Casación que este principio es de aplicación en el caso de los mayores de edad que se obligan conjuntamente con un menor. El menor puede demandar la rescisión o la nulidad, atendiendo a si el acto está sujeto a restitución o si es nulo por motivos de forma (artículo 1311), pero la anulación del contrato no aprovecha sino al menor. [...]. Por lo tanto, cuando un mayor contrata conjuntamente con un menor, queda válidamente obligado; ninguna causa legal, se supone, le permite demandar la nulidad; en cuanto a la minoría de edad de su coobligado él no puede hacerla prevalecer. El acto subsistirá, entonces, frente al mayor de edad.

⁵⁶ DELVINCOURT, Claude-Étienne. “Cours de Code civil”. Tomo V. Edición belga al cuidado de J. J. Drault y otros. Bruselas: P. J. de Mat, a la Lib. Française et Étrangère. 1825. p. 187. En igual sentido: PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor. *Op. cit.* Tomo II. p. 294-295; y DURANTON, Alexandre. *Op. cit.* Tomo VII. 234: “la restitución integral que se concede a los menores o a las personas interdictas no aprovecha más que a ellas solamente, y no a las personas que se han comprometido frente a ellas, solidariamente o Hay una excepción, de todas maneras, en el caso de las obligaciones puramente indivisibles, porque *in individuis minor relevat majorem*, de los cual nos brindan ejemplos los artículos 709 y 710”. En el artículo 709 del Código de Napoleón se establece que “si el predio en cuyo favor se ha constituido la servidumbre pertenece a varios de manera indivisible, el disfrute de uno impide la prescripción respecto de los demás”. Y en el artículo 710: “Si entre los copropietarios se encuentra uno contra el que no se puede aplicar la prescripción, como un menor de edad, se conserva el derecho de todos los demás”. En el Código Civil peruano (artículo 1038): “Las servidumbres son indivisibles. Por consiguiente, la servidumbre se debe entera a cada uno de los dueños del predio dominante y por cada uno de los del sirviente”.

Una mención aparte merece la célebre obra de ZACHARIÆ VON LINGENTHAL, Karl Salomo. “Le Droit Civil français” (Quinta edición alemana). Tomo III. Edición al cuidado de G. Massé y Ch. Vergé. París: Auguste Durand Lib.-Éd. 1857, donde, a propósito de la legitimidad para formular la acción rescisoria, se lee (§ 582, p. 473-474): “El beneficio de la acción de rescisión no compete sino únicamente a los menores o a sus representantes; en tal sentido, ni el mayor que hubiere contratado con ellos, art. 1125, ni el codeudor del menor, pueden ejercitar esta acción, salvo, en lo que concierne al codeudor, en el caso en que la obligación sea indivisible, art. 1208”. En una versión anterior, a la que se debió la fama del autor en Francia, “Cours de droit civil français”. Tomo II. Traducción Ch. Aubry y Ch. Rau. Estrasburgo: F. Lagier Lib.-Éd. 1839. § 335. p. 436, se lee, en cambio, que: “La acción de rescisión no compete sino únicamente a los menores lesionados; en tal sentido, no corresponde a las personas que hubieren tratado con ellos ni a sus coobligados”. La observación del autor sobre la situación excepcional que se presentaba en caso de indivisibilidad (*undtheilbarkeit*), figuraba ya, sin embargo, en la tercera edición alemana: *Handbuch des französischen Civilrechts*. Tercera edición. Tomo III. Heidelberg: J. C. B. Mohr. 1827. § 335. p. 261. con explícita remisión a los comentarios de Proudhon y Delvincourt.

*La Corte de Casación añade esta restricción: que rige en materia de divisibilidad. En caso de indivisibilidad, el menor releva al mayor. El principio es el mismo que para la prescripción de un derecho indivisible, como una servidumbre. La jurisprudencia lo extiende a la materia de las nulidades*⁵⁷.

Como se aprecia, es clamorosa la coincidencia entre la regla establecida casi dos siglos atrás por Delvincourt y Laurent con el texto actual de la segunda parte del artículo 216 del Código Civil, por complicada que resulte su hermenéutica, debido a la mala redacción. Sólo que en el ordenamiento francés, el esfuerzo intelectual de los exégetas citados y de los jueces que marcaron el camino se justificaba por la ausencia de un régimen detallado sobre las obligaciones solidarias.

En el ordenamiento francés la norma pareja al artículo 1192 de nuestro Código Civil vigente establece (artículo 1208, segundo párrafo, del *Code*) que los coobligados solidarios “no podrán oponer aquellas excepciones que sean puramente personales de los demás codeudores”. Los académicos franceses tuvieron que deducir la regla para los casos en que la obligación, además de ser solidaria, tenía como objeto una prestación indivisible —no sin cuestionamientos⁵⁸— de las fuentes romanas y de la razón jurídica. En cambio, si en nuestro Código Civil estaba resuelto ya el problema del “beneficio” que puede producir para un deudor solidario la incapacidad de su coobligado cuando la prestación comprometida por ambos frente al acreedor es indivisible, ¿cuál era la necesi-

dad de incluir una inútil y confusa reiteración de esta regla en la parte general dedicada a los negocios jurídicos?

Conforme al Código Civil peruano vigente (artículo 1038), además, “las servidumbres son indivisibles. Por consiguiente, la servidumbre se debe entera a cada uno de los dueños del predio dominante y por cada uno de los del sirviente”. ¿Cómo se plantearía, respecto de esta institución, el problema que se pretende resolver con el artículo 226? Si uno de los dueños del predio dominante es incapaz relativo, la contraparte, capaz y propietaria del predio sirviente no puede alegar tal incapacidad en su provecho, para deshacer la servidumbre constituida, por la indivisibilidad, legalmente confirmada, del derecho real otorgado, antes que por motivos que tengan que ver con la protección del incapaz. Pero ¿podrán hacerlo, en cambio, los copropietarios capaces del predio dominante? Entiendo que sí, por lo que se estipula en la segunda parte del artículo 226; pero, siendo su posición la de beneficiarios del gravamen del predio ajeno ¿qué interés tendrían para pretender la anulación, fuera de lograr la recuperación, incongruentemente, de la suma pagada por el derecho real adquirido? Y, viceversa: ¿puede considerarse justificado, en casos como éstos, que el propietario del predio sirviente quede a merced de la decisión que tomen sobre la vigencia de la servidumbre, a su exclusiva conveniencia, los copropietarios capaces del predio dominante?

La perplejidad suscitada por la segunda parte de la norma del artículo 226 no es menor si la

⁵⁷ LAURENT, François. *Op. cit.* Tomo XIX. 1878. pp. 76-77 (cursivas añadidas).

⁵⁸ Destacadamente: CROME, Carl, *Parte generale del diritto privato francese moderno*. Traducción A. Ascoli y F. Cammeo. Milán: Società Editrice Libreria. 1906 (la edición alemana original es de 1892). p. 284: “Solamente al incapaz y a sus herederos les corresponde la acción de anulación; por lo tanto, si una persona capaz y una incapaz se obligan juntas frente a un tercero, solamente la incapaz tendrá la facultad de anular el contrato. Esto se ha puesto en duda en los casos en que la obligación comprometida es indivisible; pero los textos legales que se han adoptado como argumento no son de alcance tan general como para extenderse a la nulidad por incapacidad, y la hesitación tampoco se justifica tomando en cuenta la naturaleza de la relación”. Con respecto a los menores de edad, en particular, se sostenía, asimismo: “Los coobligados no pueden demandar la nulidad ni la rescisión que resulta de la incapacidad de uno de ellos; empero, para algunos autores esta proposición sería exacta en el caso de las obligaciones puramente indivisibles. Ello “porque —dice Duranton— *in individuis minor majorem relevat*, de lo que nos brindan ejemplos los artículos 709 y 710”. Esto tendría lugar, notablemente, en el caso del menor copropietario del inmueble que acordara con los copropietarios mayores constituir una servidumbre sobre dicho inmueble. Sin embargo, no nos parece fundada una interpretación como esta de la regla *in individuis minor majorem relevat*. Se trata de una falsa aplicación atendiendo a que el texto mismo de aquellas normas presupone una prescripción o una caducidad relativa a un derecho indivisible entre menores y mayores. Los mismos autores invocan además el principio de la indivisibilidad de las servidumbres, pero este novedoso argumento merece una objeción de la misma naturaleza. En efecto, la regla en cuya virtud una servidumbre no puede ser constituida parcialmente no tiene como consecuencia permitir al copropietario mayor valerse de la nulidad que resulte de la minoría de edad de uno de ellos”: POISSONET, René. “De l’action en nullité et en rescisión accordée au mineur” (tesis doctoral). París: Arthur Rousseau Ed. 1898. pp. 131-132.

presencia del incapaz relativo tiene lugar en la parte constituyente de la servidumbre. En este caso, la contraparte capaz, beneficiaria del gravamen, es la que se haya impedida de pretender la anulación del contrato de otorgamiento del derecho real. Frente a ellos están los copropietarios del predio sirviente, uno de los cuales es un menor entre dieciséis y dieciocho años o alguna de las personas mencionadas en el artículo 44 del Código Civil. Aquí sí es razonable dejar espacio para la anulación, planteada sobre la base de la incapacidad, pero no cabe duda de que se podría llegar a la misma solución estatuida en el artículo 226 interpretando combinadamente lo que se dispone en los artículos 1038, sobre indivisibilidad de la servidumbre, y 1192, sobre oponibilidad de las excepciones personales en las obligaciones solidarias⁵⁹. Por expresa norma extensiva del régimen de las obligaciones solidarias (artículo 1181) el artículo 1192 rige también en materia de obligaciones indivisibles.

Es verdad que no todos los casos de aplicación del artículo 226 están necesariamente vinculados con el otorgamiento de servidumbre, pero el análisis histórico demuestra que ese fue el caso paradigmático al que obedeció la regla excepcional, trazada por la doctrina y la jurisprudencia francesa, de que un coobligado capaz puede invocar en su provecho, frente

a la contraparte, la incapacidad de alguno de los coobligados; regla que posteriormente fue aplicada en hipótesis semejantes, pero sin llegar (debido a su excepcionalidad, precisamente) a convertirse en una disposición general, como se hizo formalmente, en cambio, en los Códigos Civiles de Brasil, México y Perú.

VI. PERSPECTIVAS DE REFORMA (¿O DE DEROGATORIA?)

Resumiendo lo expuesto hasta este punto, el artículo 226 del Código Civil entra por todo lo alto a formar parte del elenco de las normas que deben ser reformadas o, mejor todavía, derogadas⁶⁰.

Las dos partes del artículo 226 del Código Civil, fuera de la falta de pulimento de su combinación, están desvirtuadas por lo siguiente:

- a) La primera parte (“la incapacidad de una de las partes no puede ser invocada por la otra en su propio beneficio”), por exponer plenamente a la contraparte del incapaz relativo a la tutela de la acción de anulación, sin tomar en cuenta el beneficio que la operación podría haber significado para el incapaz⁶¹ ni, peor aún, la opinión favorable que el propio incapaz podría tener acerca de la opera-

⁵⁹ Un problema adicional, del que no puedo ocuparme en esta ocasión, se presentaría para derivar las necesarias consecuencias de la estricta concepción del negocio jurídico de constitución de servidumbre como contrato “con efectos reales” y, por lo tanto, excluido de la aplicación del régimen general de las relaciones de obligación. La “servidumbre” no constituye un “crédito” para el titular del predio dominante ni una “obligación” para el del sirviente, sino un derecho real del primero sobre el bien del segundo. La plantilla brasileña, al referirse al “objeto del derecho” (real, si fuere el caso) y no solamente al “objeto de la obligación”, permite abarcar la hipótesis de la servidumbre, clave para la génesis, en la doctrina y jurisprudencia francesa, de la regla finalmente codificada en América. Es de destacar, en todo caso, el trazo “obligativo” que se hace de las servidumbres en el citado artículo 1038 del Código Civil peruano vigente, donde la “indivisibilidad” es explicada como deuda frente “a cada uno de los dueños del predio dominante y por cada uno de los del sirviente”.

⁶⁰ Es de recordar que en los trabajos preparatorios del Código no faltó una propuesta para prescindir definitivamente del precepto: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel; y Shoschana ZUSMAN TINMAN. “De los actos jurídicos – Anteproyecto sustitutorio”. En: “Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil”. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1980. pp. 21 y siguientes. Falta en este documento, sin embargo, una explicación de la derogatoria. El régimen de la anulación por incapacidad está conformado por un reconocimiento de la causal (artículo 34: “El acto jurídico es anulable cuando [...] haya sido celebrado por persona incapaz”) y una regla sobre legitimidad para obrar (artículo 35: “La acción de invalidación de los actos anulables [...] sólo puede ser incoada por [...] el incapaz cuando cese su incapacidad o su representante legal mientras esta subsista [...]”). Estas disposiciones aparecen precedidas por una directriz general para los negocios jurídicos con pluralidad de partes (artículo 26: “En los actos jurídicos plurilaterales, que estén destinados a la consecución de un fin común, la invalidez del vínculo de una de las partes no afecta la validez del acto respecto de las demás, salvo que se demuestre que la participación de esa parte deba considerarse esencial”) que se plasmó en el Código Civil de 1984, pero con limitada referencia a la acción de nulidad (artículo 223). Los autores (*ivi*, p. 73) reconocen, de todas formas, que “para efectos de la invalidez, la distinción entre la incapacidad absoluta y la relativa, que se justifica únicamente en función de la sanción, no tiene mayor sentido y que tan anulable es el acto celebrado por un incapaz relativo como por un incapaz absoluto”.

⁶¹ Cobran renovado aliento, al tratar este punto, las enseñanzas de mi Maestro, Luigi Corsaro (1940-2012), quien se propuso, cuarenta años atrás, explicar la anulabilidad de los contratos celebrados por incapaces de entender y de querer desde el punto de vista del “abuso” del contratante. De no existir un aprovechamiento de la situación de incapacidad o un perjuicio efectivo contra el incapaz, resulta difícil –como él enseñaba–

PARTE SUBJETIVAMENTE COMPLEJA, INDIVISIBILIDAD Y ANULABILIDAD POR INCAPACIDAD RELATIVA:
LA NORMA MÁS OSCURA DEL CÓDIGO CIVIL TAMBIÉN CUMPLE TREINTA AÑOS (¿Y DICE ADIÓS?)

- ción⁶²; opinión que no hay por qué desatender conforme a la perspectiva actual sobre la capacidad.
- b) La primera parte, también, porque aun dispensando a nuestros codificadores de 1936 y de 1984 de su falta de seguimiento diligente de la evolución del Derecho Civil extranjero en cuanto a estos temas, se trata de una regla que reitera inútilmente el dictado de la norma (artículo 222, segundo párrafo, del Código Civil vigente) que legitima para la acción de anulación únicamente a aquellas personas “en cuyo beneficio la establece la ley”.
- c) La segunda parte, ante todo por nublar el entendimiento de un avance logrado en la experiencia francesa –cuya importación a los ordenamientos de América Latina merecía un mejor análisis–, en el sentido de impedir la clara comprensión de que esta norma se refiere sólo al caso en que una de las partes posea los atributos de la complejidad subjetiva y esté conformada, cuando menos, por un incapaz (un incapaz “relativo”, además, dato que tampoco es explícito en el precepto).
- d) La segunda parte, de igual forma, y más allá de sus defectos de su redacción, por no facilitar la identificación del fenómeno conjunto de solidaridad e indivisibilidad, ambas en el lado pasivo de la relación de obligación, que se debe presentar en el caso concreto para justificar el régimen excepcional predicado
- por los autores y los jueces franceses del siglo XIX, en cuanto al “beneficio” que comporta, para la totalidad de los integrantes de la parte subjetivamente compleja, la incapacidad de uno de ellos.
- e) La segunda parte, también, por haber omitido el codificador de 1984 un análisis en perspectiva histórica de la conveniencia, para la época de su elaboración inclusive, de conservar el precepto o de justificarlo en coordinación con lo que se iba a disponer en el régimen general de la acción de anulación y en el de las obligaciones solidarias e indivisibles.
- f) La segunda parte, igualmente, por su virtual inaplicación, que no se revertirá necesariamente con una modificación del texto.
- g) La entera norma, en fin, por no contener una regla que merezca ser incluida en la parte general de un Código Civil. Visto en su conjunto, el artículo 226, de por sí excepcional, tiene un campo hipotético de aplicación tan reducido que no se justifica mantenerlo en una sección del Código Civil dedicada a fijar el régimen común de todos los negocios jurídicos.

Actualmente se discute en el seno de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República un proyecto de reformas “urgentes” del Código Civil. Entre las propuestas modificatorias que se vienen analizando se incluye un nuevo texto para el ar-

apreciar la justicia de conceder plenamente la tutela de la acción de anulación en contra de la parte capaz. Véase: CORSARO, Luigi. *Op. cit.* p. 101: “Para la anulabilidad no basta la presencia de la incapacidad, ni tampoco la presencia, eventualmente concurrente, del perjuicio. Se necesita, además, la mala fe ajena, es decir, que se use en ventaja propia la situación contractual de poder en la que se encuentra. Esto es el abuso, que puede resultar del daño inferido al incapaz, del tipo de contrato que se celebra o de otras circunstancias significativas en dicho sentido. Pero ello no significa que el abuso pueda resolverse en el mero conocimiento de la incapacidad ajena”.

⁶² En el caso de los menores de edad, por ejemplo, se debe tomar en cuenta lo establecido en el artículo 12.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989, en vigor en nuestro país desde 1990), según el cual: “Los Estados Partes garantizará al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”. Bajo esta premisa, se dispone también en la Convención (artículo 12.2) que se debe dar al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte”. En la doctrina mexicana, se precisa, con relación a los contratos celebrados por menores de edad, que “la protección que la ley concede a los incapaces no puede utilizarse para solapar actos ilegales o para escudarse en la incapacidad con el objeto de eximirse de sus deberes jurídicos. Por ello, los menores de edad no pueden alegar la nulidad de las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión o el arte en que sean peritos (artículo 639, Código Civil Federal), o cuando han presentado certificados falsos del Registro Civil para hacerse pasar como mayores, o han manifestado dolosamente que lo eran, esto último siempre y cuando existan otras razones para considerarlos como mayores de edad, por ejemplo su apariencia física”: ROBLES FARIAS, Diego. *Op. cit.* p. 184 (las remisiones son al Código Civil Federal).

título 226: “Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la incapacidad de uno de ellos no puede ser invocada por otro que integre la misma parte, salvo cuando sea indivisible la prestación o su objeto”⁶³.

En la sustentación que acompaña al proyecto en mención se declara pomposamente, y con absoluta subestimación de las referencias comparativas imprescindibles (ni siquiera al nuevo Código Civil de Brasil⁶⁴ ni a los diversos anteproyectos de reforma del Derecho de Obligaciones y Contratos del Código Civil francés⁶⁵), la convicción de sus autores en cuanto a estar perfeccionando y logrando “claridad en la redacción de la disposición normativa”⁶⁶.

Es manifiesto, sin embargo, que la modificatoria proyectada no aclara en modo alguno el sentido del actual artículo 226 del Código Civil. Lo que exhibe la propuesta, en realidad, es

un desconocimiento total de los antecedentes de la norma y de los problemas concretos que se buscaron resolver, fallidamente, con su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Empeorándose la situación, el texto sugerido omite todo elemento que permita interpretar, finalmente sin la incertidumbre de tantas décadas transcurridas, que “invocar” significa “demandar la anulación”, y que la “incapacidad” a la que se refiere la disposición —dejando a un lado lo discutible que resulta insistir hoy en el uso del término “incapacidad”— es la “relativa”.

Ocioso es anotar que todas las propuestas para desmejorar las leyes merecen el más firme rechazo. Hay que confiar, de todas maneras, en que no prosperará un intento de reforma tan despropositado como el emprendido en cuanto a la norma más oscura del Código Civil, cuyo único efecto previsible es el de acrecentar su lobreguez.

⁶³ Nota de actualización, enero de 2015: Esta propuesta modificatoria se mantiene en el texto aprobado del Proyecto de Ley pendiente de segunda votación, al 4 de diciembre de 2014.

⁶⁴ En la doctrina brasileña contemporánea el artículo 105 del Código del 2002 se explica así: “Además de no poder ser invocada por la parte adversa en provecho propio, la incapacidad relativa, si fuere alegada por el incapaz, no beneficiará a los demás integrantes capaces del polo en que se encuentre, porque se trata de una circunstancia personal, incommunicable a terceros. El negocio jurídico producirá sus efectos hasta el límite en que pueda ser aprovechado, sin perder necesariamente validez y eficacia en relación con los individuos capaces ubicados en el mismo polo del incapaz que oponga la excepción personal de su incapacidad relativa. [...] Como ejemplo, se puede citar una compraventa con dos compradores de un lado (uno de ellos incapaz relativo) y dos vendedores del otro. Los vendedores no pueden alegar la incapacidad relativa de uno de los dos adquirentes para intentar deshacer el negocio que juzguen económicamente perjudicial, pero quien asista al incapaz sí podrá formular dicha argumentación, con idéntica finalidad. Por otro lado, el adquirente capaz no podrá valerse de la incapacidad relativa del cointeresado para pretender invalidar el negocio, porque la circunstancia personal de éste no es para provecho de aquél. Si la relación jurídica puede ser preservada en cuanto a los capaces (por ejemplo: objeto divisible e inexistencia de perjuicio) producirá efectos regulares y solamente será inconsistente en cuanto al incapaz relativo. [...] La construcción de la parte final de la disposición faculta al capaz, situado en el polo opuesto de la relación, alegar la incapacidad relativa de la parte adversa (con provecho para los cointeresados capaces) con razón para deshacer el acto jurídico cuando el objeto del derecho o de la obligación común sea indivisible. Esto obedece a que es imposible, en la práctica, separar o disociar los intereses de los involucrados, que se confunden en el contexto creado por la indivisibilidad. Teniendo en cuenta lo inescindible del objeto, el legislador ha creído conveniente facilitar al máximo el regreso de las partes al estado original, y es así que el precepto legal contiene una presunción en el sentido de que la iniciativa para alegar la incapacidad, por cualquiera de los interesados, será siempre en provecho del incapaz. Es evidente que también la invocación de la incapacidad absoluta producirá en dicho caso el mismo efecto, pudiendo realizarla cualquiera de los participantes del negocio jurídico, en virtud de la supremacía del interés público sobre el privado”: Ver: ZAMPROGNA MATELLO, Fabrício. *Op. cit.* p. 91-92. En esta explicación del autor citado, destaca la afirmación de que frente a la incapacidad relativa de alguno de los coobligados, también la contraparte capaz podría plantear la acción de anulación. Esta interpretación es concebible por la persistente ambigüedad del dispositivo, que señala que la incapacidad relativa de una de las partes “no puede ser invocada por la otra” (contraparte) “ni aprovecha a los cointeresados capaces” (incapaz integrante de una parte subjetivamente compleja). Sólo para el segundo supuesto opera la regla excepcional establecida por el codificador brasileño: “Salvo que en este último caso [el de la parte subjetivamente compleja] sea indivisible el objeto del derecho o de la obligación común” (cursivas añadidas).

⁶⁵ Véase *retro*, texto y nota (36).

⁶⁶ Lohmann señala, más prudentemente, que “la propuesta tiene por objeto aclarar las dudas que cause la defectuosa redacción del texto original, por una poco exacta traducción del texto en portugués” y anuncia —en el pie de página 4— la necesidad de concordar el texto con “lo que se establezca en los artículos 1192 y 1193 del Libro de Obligaciones”. En este comentario, sin embargo, el texto reformado que se proyecta para el artículo 226 es: “Cuando hubiere más de un sujeto que integre una misma parte, la restricción de capacidad de uno de ellos no puede ser invocada por otro que integre la misma parte, salvo cuando sean indivisibles la prestación o su objeto”. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. “Libro II Acto jurídico: Comentarios a la reforma”. En: THÉMIS-Revista de Derecho 60. 2011. p. 59.