



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO**

**“PRESUNCIÓN DE ABUSO DE DERECHO Y NULIDAD DE ACTOS DE
TRANSFERENCIA DEL REPRESENTANTE CONSIGO MISMO. CASACIÓN
N° 1554-2015-LIMA”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADO**

-

AUTOR : CARLOS ENRIQUE RIOS TECCO

ASESOR : Mgr. ARISTOTELES ALVAREZ LOPEZ

San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú

2017

PAGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico) sustentada en acto público el día: Martes 08 de Agosto del 2017, en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminado por siguiente:



DEDICATORIA

“El presente trabajo de investigación va dedicado a nuestro Dios por iluminar mi camino día a día.

A mi querida esposa Lindsay Oliveira por motivarme a seguir superándome en este largo camino del desarrollo intelectual.

A mi querida hija Carlie Katarina, quien es mi fuente de inspiración para el desarrollo de mis capacidades;

Y finalmente dedico a mis padres y a todas aquellas personas que han contribuido con su apoyo moral e intelectual para el desarrollo del presente trabajo”.

El Autor.

AGRADECIMIENTO

“Quiero expresar mi más profundo y sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda han colaborado en la realización del presente trabajo, en especial al Dr. ROGER ALBERTO CABRERA PAREDES, decano de la facultad de Derecho de nuestra alma mater, por la orientación, el seguimiento y la supervisión continúa de la misma, pero sobre todo por la motivación y el apoyo recibido a lo largo del presente trabajo. Especial reconocimiento merece el interés mostrado por mi trabajo y las sugerencias recibidas del Mgr. Aristoteles Alvarez Lopez”.

El Autor.



ÍNDICE DE CONTENIDO

	Pág.
APROBACIÓN	ii
ACTA DE SUSTENTACION	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
RESUMEN	viii
CAPÍTULO I	
Introducción	09
CAPÍTULO II	
2.1. Marco Teórico Referencial	
2.1.1. Definiciones teóricas	11
2.1.2. Definiciones conceptuales	14
2.1.3 Marco Normativo	54
2.2. Objetivos	58
2.2.1. Objetivo general	58
2.2.2. Objetivos específicos	58
2.3. Variables	59
2.3.1 Identificación de las variables	59
2.4. Supuestos	59
CAPÍTULO III	
3.1. Metodología	60
3.2. Muestra	60
3.3. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos	60
3.4. Procedimientos de Recolección de Datos	60
3.5. Validez y Confiabilidad del Estudio	61
3.6. Plan de Análisis, Rigor y ética	61
CAPÍTULO IV	
Resultados	62
CAPÍTULO V	
Discusión	63

CAPÍTULO VI	
Conclusiones	65
CAPÍTULO VII	
Recomendaciones	66
CAPÍTULO VIII	
Bibliográficas	67
CAPÍTULO IX	
Anexos	69
Anexo N° 01: Matriz de consistencia	70
Anexo N° 02: Casacion N° 1554-2015-Lima	71

RESUMEN

En el presente trabajo de análisis jurídico, se refiere a un importante caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia, sobre “Presunción de Abuso de Derecho y Nulidad de Actos de Transferencia del representante consigo mismo”, recaída en la Casación N° 1554-2015-Lima. **Objetivo:** Determinar los parámetros de la ley frente al ejercicio abusivo del derecho. **Materiales y métodos:** se empleó una ficha de análisis de documentos, analizando una muestra consistente en la Casación N° 1554-2015-Lima, de la Corte Suprema de Justicia, a través del Método Descriptivo Explicativo. El diseño fue no experimental ex post facto, dentro del nivel descriptivo de tipo socio-jurídico, aplicando la técnica del análisis documental, lográndose obtener información de diversas fuentes para el desarrollo del presente trabajo. **Resultados.** Se declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Maria Jayo Soyer, en consecuencia No Casaron la sentencia de vista. **Conclusión.** Existen indicios y presunciones judiciales suficientes y coherentes para determinar que la demandada abusando del lazo que le une con la demandante, adquirió un poder amplio para disponer de los bienes de su progenitora, considerándose esta conducta en antisocial y amoral, que debe ser sancionado por el órgano jurisdiccional declarando la nulidad de los actos jurídicos.

Palabras Claves: Abuso de Derecho, Acto Jurídico, Nulidad de Acto jurídico, buena fe, buenas costumbres.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

En el Perú, la figura de la representación es usado con mucha frecuencia, debido a que las personas no pueden realizar ciertos actos jurídicos por cualquier motivo personal que tengan, entonces otorgan poder y el apoderado bajo el amparo legal que tienen, realizan dichos actos jurídicos. Esta representación cuando excede los límites de la buena fe o la finalidad para la cual fue conferido, convirtiéndose su ejercicio en un acto antisocial e injusto, atentando a las buenas costumbres y la buena fe; entonces nos encontramos ante un ejercicio abusivo del derecho.

La figura del abuso de derecho ha venido desarrollándose desde que se institucionalizó y es interpretado a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, amparados por el artículo 103 de la Constitución Política y el artículo II del título preliminar del Código Civil; sin embargo en el presente caso la apoderada realizando actos ilícitos y abusando de la confianza de su poderdante, transfirió todos los bienes inmuebles a su favor contratando consigo mismo, contraviniendo de esta manera los artículos 168° y 219.4 del código civil. Bajo éste contexto el presente trabajo nos conlleva a **PLANTEAR EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN** ¿Cuáles son los parámetros de la Ley frente al ejercicio abusivo del derecho?

Dentro de los **antecedentes** se tiene como referentes a los siguientes trabajos e investigaciones realizadas sobre el tema a desarrollar; Tesis: El Abuso de Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1935 – 2009. AUTOR: Héctor Elías Hernández Velasco. LUGAR Y AÑO: COLOMBIA – 2009. TESIS: El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual. AUTOR: Ivonne Andrea Angulo Sifuentes. LUGAR Y AÑO: CHILE – 2006. ARTÍCULO: NOMBRE DEL TRABAJO: EL ABUSO DEL DERECHO EN EL ÁMBITO DEL PROCESO CIVIL. AUTOR: Jorge W. Peyrano (Juez de Cámara de Rosario, argentina) PUBLICACIÓN: Revista Digital Dialnet–El abuso del derecho en al ámbito procesal Civil. (9 paginas), LUGAR Y AÑO: Lima 2015. OBRA: Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones. AUTOR: Cieza Mora Jairo. LUGAR Y AÑO: LIMA 2005.

La presente investigación es muy **importante** porque tiene por finalidad dar a conocer los parámetros de la ley frente al ejercicio abusivo del derecho. Los resultados de la

investigación permitirán facilitar la labor de interpretación de ambas figuras la representación y el abuso del derecho que están institucionalizadas legalmente en nuestro ordenamiento jurídico. De igual forma la investigación brindará un aporte al campo del derecho civil y procesal civil presentando la clasificación de los supuestos de configuración del ejercicio abusivo del derecho.

Por estas **razones** que motivan el estudio, se deja establecido que el abuso del derecho, en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que, debe estar atento a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar.

Por lo que el presente trabajo tiene como objetivo general “**Analizar la Casación N° 1554–2015 – Lima–presunción de abuso de derecho y nulidad de actos de transferencia del representante consigo mismo**”, asimismo de manera específica se: Establecerá cuáles son los parámetros de la ley frente al ejercicio abusivo del derecho y se determinará cuáles son las características y/o requisitos de representación para determinar los tipos de poderes que existen en nuestro ordenamiento legal. Es por ello que los operadores de justicia (de manera objetiva los jueces) deben motivar sus resoluciones tomando en cuenta nuestro ordenamiento jurídico, no deben amparar comportamientos antisociales, amorales y de mala fe, como es el caso de la Casación N° 1554-2015-Lima, en donde la Corte Suprema con buen criterio sancionó con la nulidad de todos los actos jurídicos que realizó la demandante consigo mismo, ya que ésta tuvo la intención de causar daño al patrimonio de su progenitora, apropiándose de la mayor cantidad de los derechos y acciones que le correspondían a la demandante.

CAPÍTULO II

2.1. MARCO TEORICO

2.1.1. Definiciones Teóricas.

HERNÁNDEZ VELASCO, Héctor Elías, (2009)¹, en su investigación “**El Abuso de Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1935 – 2009-Colombia, llegó a las siguientes conclusiones:**

El abuso del derecho, puede presentarse en cualquier área del derecho, tales como:

- En el abuso en el derecho de litigar.
- Excesos en los embargos y secuestros.
- El abuso del derecho de denunciar.
- Abuso en el poder de negociación.
- Revocación de mandato.
- Contratos cláusulas abusivas.

PERTINENCIA CON LA INVESTIGACIÓN: esta investigación coadyuva al presente trabajo por cuanto aborda de manera clara el concepto de abuso del derecho que es cuando su titular hace de él un uso inapropiado no irrazonable a la luz de su contenido esencial y de sus fines

MORALES HERVIAS, Romulo, (2010)², en su investigación “**Las Patologías y Remedios del Contrato 2010, llegó a las siguientes conclusiones:**

El abuso del derecho está ligado a la identificación en abstracto del contenido del derecho en su esquema legal, y las modalidades de ejercicio del derecho en las circunstancias del caso concreto. La prohibición del abuso del derecho es un límite al derecho subjetivo, un límite no de contenido sino, de ejercicio.

Las situaciones Jurídicas subjetivas son las posiciones ideales que ocupan los sujetos luego de la ocurrencia del hecho jurídico. La situación jurídica subjetiva es el producto de la calificación jurídica de un interés.

¹HERNANDEZ VELASCO, Hector Elias (2009). *El Abuso de Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1935 – 2009-Colombia (tesis de maestria)*. Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.

²MORALES HERVIAS, Romulo (2010). *Las Patologías y Remedios del Contrato 2010 (tesis de doctorado)*. Pontificia Universidad Catolica del Perú, Lima-Peru.

PERTINENCIA CON LA INVESTIGACIÓN: Este trabajo es de vital importancia para el tema desarrollado debido, a que muestra a la facultad como uno de los modos a través de los cuales puede ejercitarse el derecho subjetivo, es decir, Las facultades son los específicos poderes jurídicamente correspondientes al sujeto para ejecutar determinadas actividades de hecho o comportamiento. La facultad es un poder obrar para desarrollar el propio interés. (Lo subrayado es nuestro).

ANGULO SIFUENTES, Ivonne Andrea(2010)³, en su investigación “El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual, llegó a las siguientes conclusiones:

El abuso del Derecho surge como una aspiración de orden ético y social. Lentamente esta figura se fue abriendo paso a través de la historia. Hoy en día es aceptada prácticamente por todas las legislaciones iberoamericanas.

El propósito de la autora es explorar la resolución del problema sobre el abuso del derecho frente a la responsabilidad extracontractual dando a conocer en su trabajo sobre el tema nociones validas como son: las jurisprudenciales sobre el Abuso del Derecho, referencias históricas y doctrinarias, que permiten entender de manera clara el tema.

PERTINENCIA CON LA INVESTIGACIÓN: Este trabajo ayuda a nuestra investigación debido a que tiene mucha relevancia conceptual sobre el ejercicio abusivo del derecho frente a la responsabilidad civil extracontractual, teniendo en cuenta que esta situación jurídica está inmersa en cualquier rama del derecho.

W. PEYRANO, Jorge (Juez de Cámara de Rosario, Argentina) (1994)⁴, en el artículo “El Abuso del derecho en el ámbito del proceso civil”, concluye:

RESUMEN: El Artículo parte por al abuso del derecho y hace mención que es una figura ya operativa en el ámbito del proceso civil ello en función, entre otros motivos, de constituir un principio de moralidad.

³ANGULO SIFUENTES, Ivonne Andrea (2010). El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual (tesis de pregrado) Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.

⁴W. PEYRANO, Jorge (1994). “El Abuso del derecho en el ámbito del proceso civil”. Themis Revista de Derecho Digital de la PUCP Num 27-28, pag 19-27, en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1045>.

Seguidamente, explica que en materia procesal civil, rige el denominado criterio “funcional” para identificar cuando se está ante una actuación procesal abusiva; no siendo menester –como regla– para el perfeccionamiento de un “abuso en las vías procesales” la concurrencia de factores subjetivos como el dolo y la culpa.

CONCLUSIÓN RELEVANTE: Los pronunciamientos del artículo manifiestan que la declaración judicial de que se registre un “abuso procesal” puede alternativa o acumulativamente generar las siguientes ulterioridades a) declaración de que una facultad o prerrogativa no puede ser ejercida en el caso o, a lo menos de modo que lo pretende el postulante; y también acerca de que, consiguientemente, la contraria de este no pueda quedar incurso en una situación procesal desventajosa como consecuencia del accionar abusivo en cuestión; b) reputar nula el acto o actuación procesal correspondiente; c) hacer posible al autor del “abuso procesal” correspondiente, del pago de la indemnización.

PERTINENCIA CON LA INVESTIGACIÓN:

Este artículo es de suma importancia porque expresa en ello, otros senderos sobre el cual opera el abuso de derecho desde una perspectiva procesalista, tema que, a su vez, constituye un eje de nuestra investigación, debido a su relación con el proceso frente a su injerencia en la casación que se hace su análisis.

CIEZA MORA, Jairo (2005). En su obra: **Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones, nos indica:**

OBJETIVO: Esta obra tiene el gran mérito de enfrentar el tratamiento de las nulidades de una manera funcional. Se advierte con inteligencia que la patología de la validez del acto jurídico se extiende a la “provincia” de la responsabilidad civil⁵.

⁵CIEZA MORA, Jairo (2005).” Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones.” Editorial Gaceta Jurídica. Edición dialogo con la jurisprudencia. Pp.07

CONCLUSIÓN RELEVANTE: Sobre el particular respetada doctrina italiana señala que: “En especial, si el falso conocimiento de la realidad altera el curso normal sociológico que conduce a la plena determinación del sujeto, se dan los presupuestos de un vicio de la voluntad o del consentimiento (error-vicio).

PERTINENCIA CON LA INVESTIGACIÓN: En esta obra el autor considera que: “Por Ineficacia se entiende aquel supuesto en que el negocio o acto jurídico, aun siendo válido, no es de suyo suficiente para dar nacimiento a los efectos previstos: el negocio o acto jurídico no se considera idóneo a nivel dinámico o funcional para la ejecución plena de la ordenación de intereses prevista en la autorregulación. En ella existe una circunstancia, es decir, un hecho extraño al negocio o acto, que impide su eficacia o determina su ineficacia.es decir cuando la celebración de representación no cumple su finalidad y ese accionar es un hecho extraño y que por lo tanto los actos jurídicos celebrados debe ser declarados nulos en toda su extensión.(Lo subrayado es nuestro)

2.1.2. Definiciones Conceptuales.

- **EL ACTO JURÍDICO. NOCIONES GENERALES.**

“La teoría del acto jurídico”. Génesis y Evolución⁶

La Teoría del Acto Jurídico es una elaboración de la doctrina posterior a la promulgación del Código Civil francés de 1804. No aparece sino hasta el siglo XIX, pues los actos jurídicos bajo una formulación teórica uniforme no fueron concebidos en Roma, como lo admiten la generalidad de los romanistas. Es más, al decir de los romanistas, los jurisconsultos romanos no fueron afectos a la abstracción sino a la consideración de los casos concretos para determinar las situaciones que merecían ser protegidas y las circunstancias en las que debía reconocerse al sujeto de derecho la facultad de entablar sus relaciones jurídicas.

Sin embargo, los precursores y redactores del Código Napoleónico no acogieron una formulación teórica para explicar un concepto lo suficientemente lato, genérico y uniforme, la amplia gama de relaciones

⁶ Andrés Cusi Arredondo “Teoría del Acto Jurídico” Trabajo Monográfico presentado en la universidad inca Garcilaso de la vega – año 2014. P.p. 4 – 5.

jurídicas que puede generar la voluntad privada, limitándose a la convención, de la que hicieron derivar el contrato.

La Teoría del Acto Jurídico promovió la formulación de un concepto lo suficientemente amplio y general como para dar comprensión a toda la categoría jurídica y constituirse en fuente de relaciones jurídicas, dando lugar a su regulación, modificación o extinción.

Con las vertientes doctrinales francesa y alemana; se produjo una bifurcación (desvío, división) de la mayor o inicial teoría y así la conceptualización del acto jurídico, aunque no explicada, fue incorporada en nuestro Código Civil de 1936 y, de él, trasladada al vigente Código de 1984, con el nomen iuris (nombre jurídico) de Acto Jurídico no obstante que la doctrina, a partir del Código Civil alemán, ha difundido el concepto de negocio jurídico. De ahí que, en nuestro medio, corresponda a referirse al Acto Jurídico.

La Teoría del Acto Jurídico pretende explicar el rol de la voluntad privada en la generación de relaciones jurídicas y supone desentrañar la finalidad misma del acto, pues hace radicar su esencia en la manifestación de una voluntad jurídicamente eficiente, establecer los requisitos para su validez y, en general, comprende todas aquellas materias que se vinculan para constituir al acto jurídico en fuente de relaciones jurídicas, de derechos subjetivos y deberes jurídicos.

-ASENTAMIENTO DEL ACTO JURÍDICO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL⁷

La Teoría del Acto Jurídico es una elaboración de la doctrina posterior a la entrada en vigor del Code Napoléon, con el que se inicia, propiamente, la era de la codificación y la etapa histórica que se conoce como Derecho Moderno. Este mismo Código marca el primer gran hito en la historia universal de la codificación civil y al que han seguido los otros grandes hitos, como son el Código Civil alemán de 1900 y el Código Civil italiano de 1942.

En torno a los grandes hitos de la codificación civil, se han promulgado, bajo su influencia, los Códigos del Perú y de América

⁷CUSI ARREDONDO, Andrés "Teoría del Acto Jurídico" Trabajo Monográfico presentado en la universidad inca Garcilaso de la vega – año 2014. P.p. 29 – 31.

Latina, de los que vamos a ocuparnos sólo de los que han influido en nuestra codificación civil en relación a la incorporación de la Teoría del Acto Jurídico y su desarrollo legislativo.

Como ya lo hemos advertido, la formulación teórica del Acto Jurídico le fue posterior y por ello el concepto del Acto Jurídico no fue plasmado ni regulado por el Código Napoleónico, que se limitó a tomar como el concepto de mayor latitud a la convención y derivar, de él, una amplia gama de relaciones jurídicas, todas ellas sometidas al imperio de la autonomía de la voluntad privada en la medida en que no condicionará con el orden público.

-CAUSALES DE NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO⁸

Se distinguen dos tipos de Invalidez del Negocio Jurídico, la Nulidad y la Anulabilidad. Se entiende por negocio jurídico nulo aquel al que le falte un elemento, o un presupuesto, o un requisito, o sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, o cuando infrinja una norma imperativa.

Las causales de nulidad del acto jurídico, dentro del Código Civil Peruano, están contempladas en su artículo 219. Dichas causales son las siguientes:

I. FALTA DE MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL AGENTE.⁹

Como es sabido, la doctrina moderna acepta, en forma casi unánime, que los elementos del negocio jurídico, entendidos estos como los componentes que conforman el supuesto de hecho, son la Declaración de Voluntad o conjunto de declaraciones de voluntad y la Causa, entendida esta, según un sector cada vez más amplio, como la finalidad o función objetiva que justifica el reconocimiento de determinado acto de voluntad como negocio jurídico, es decir, como capaz de producir efectos jurídicos.

Ahora bien, esta primera causal de nulidad está referida a la circunstancia de que en un determinado supuesto no exista realmente manifestación de voluntad del declarante.

⁸Lizardo Taboada Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUCP. Comentarios al código civil. Themis Revista de Derecho Digital de la PUCP Num11, págs71.

⁹Op CitPag 71.

En otras palabras, se trata de un verdadero supuesto de nulidad del negocio por ausencia de uno de sus elementos, en este caso la Declaración de Voluntad.

Aun cuando con diferentes denominaciones, los autores se adhieren al sistema del negocio jurídico, concuerdan en que la Declaración de Voluntad, que es una sola unidad entre la voluntad y la declaración, requiere para su configuración de dos voluntades: la voluntad declarada que es lo que aparece expresado en la conducta en que consiste la misma declaración, es decir, el contenido del negocio; y la voluntad de declarar, que a su vez importa dos tipos de voluntad: la voluntad del acto externo, esto es, de la conducta en que consiste la propia declaración, y conocimiento del valor declaratorio de dicha conducta.

Siendo esto así, resulta simple de entender, que faltará la manifestación de voluntad del Agente, en cualquier supuesto en que falte tanto la voluntad declarada como la voluntad de declarar. Los supuestos que encajan dentro de esta primera causal de nulidad son los siguientes:

- **INCAPACIDAD NATURAL:** son todos aquellos supuestos en que por una causa pasajera el sujeto se encuentra privado de discernimiento, de forma tal que la declaración de voluntad que haya podido emitir, aun cuando tenga un contenido declaratorio, no será una verdadera declaración de voluntad por no existir la voluntad de declarar. Todos estos supuestos en que falte la voluntad de declarar, por estar ausente la voluntad del acto externo, son denominados en la Doctrina como casos de Incapacidad Natural.
- **ERROR EN LA DECLARACIÓN:** el Error en la Declaración llamado también Error Obstativo, es aquel que consiste en un lapsus linguae, esto es, una discrepancia inconsciente entre la voluntad declarada y la voluntad interna del sujeto.

En este supuesto, como es obvio, aun cuando hay voluntad de declarar, falta una verdadera voluntad declarada, por cuanto el sujeto por un error ha declarado en forma inconsciente una voluntad

distinta a la verdadera, imponiéndose, en puridad de términos, como sanción la nulidad del negocio jurídico.

Sin embargo, en vista que nuestro Código Civil ha asimilado el Error en la Declaración al Error Dirimente o Error Vicio, estableciendo como sanción la anulabilidad, no podemos incluir dentro de esta primera causal de nulidad al error en la declaración, aun cuando es la sanción que le correspondería en sentido estricto.

- **VIOLENCIA:** en los casos de negocio jurídico celebrado con Violencia, falta también una verdadera declaración de voluntad, por cuanto no concurre la voluntad de declarar, al estar ausente igualmente la voluntad del acto externo. Sin embargo, nuestro Código, siguiendo el criterio imperante en la Doctrina asimila la Violencia o la Violencia Física a la Intimidación o Violencia Moral, estableciendo como sanción la anulabilidad, aun cuando en sentido estricto la violencia debería estar considerada dentro de este primer supuesto de nulidad.

II. INCAPACIDAD ABSOLUTA¹⁰

La segunda causal de nulidad está referida al supuesto de que el sujeto sea incapaz absoluto. Tratándose obviamente de la Incapacidad de Ejercicio.

Este segundo supuesto de nulidad, dado su simplicidad, no requiere de mayor comentario ni siquiera en lo relacionado con la excepción contemplada en el artículo 1358 del Código Civil.

No obstante lo cual debemos incidir, y esto sí es muy importante, en que se trata de un supuesto de nulidad por ausencia de un Requisito y no de un Elemento del negocio, cual es la capacidad de ejercicio, que aun cuando no constituye un elemento, debe concurrir con los elementos para que el negocio jurídico sea válido, ya que la capacidad de ejercicio es un requisito que debe reunir el sujeto, entendido como presupuesto o antecedente del negocio jurídico.

¹⁰Op CitPag 72.

III. OBJETO FÍSICA O JURÍDICAMENTE IMPOSIBLE O INDETERMINABLE.¹¹

La tercera causal de nulidad contemplada en el artículo 219 está referida directamente al Objeto del Negocio Jurídico, en forma tal que para poder entender cabalmente este tercer supuesto de nulidad, deberemos determinar en primer lugar el concepto de Objeto del Negocio Jurídico.

¿Qué es el Objeto dentro de la Teoría General del Negocio Jurídico?

Según una primera corriente doctrinaria, elaborada por los primeros Comentaristas del Código Civil Francés, por objeto del contrato debía entenderse la cosa sobre la cual recae la relación jurídica nacida del propio contrato.

A esta primera teoría se le ha objetado desde mucho tiempo atrás, el hecho de que si calificamos la cosa de objeto, no podría darse nunca ningún supuesto de Ilícitud en el objeto, por cuanto una cosa en sí misma considerada jamás podrá ser ilícita.

Por esta razón, y en la medida en que todos los Códigos elaborados siguiendo el ejemplo del Código Civil Francés, han sancionado con nulidad la ilicitud en el objeto, al igual que lo hiciera nuestro Código Civil de 1936, la Doctrina buscó un nuevo significado al objeto del contrato, entendiéndose según una segunda corriente doctrinaria, ya no como la cosa, sino como la prestación a que vienen obligadas las partes por el contrato.

La prestación, según es sabido, puede consistir, bien sea en la transferencia de un derecho real al acreedor, en cuyo caso consiste en un dar, o en la ejecución de un hecho personal del deudor, en cuyo caso consiste en un hacer o en un no hacer.

¹¹ Op Cit Pag 72.

No obstante lo cual, según algunos autores, al considerarse la prestación como el objeto del contrato, se estaría confundiendo el objeto del acto jurídico con el objeto de la obligación.

Estos autores, en su afán de distinguir el objeto de la obligación del objeto del contrato, pues se trata de autores franceses que utilizan el Contrato como paradigma lógico y no así el negocio jurídico, llegan a la conclusión de que mientras el objeto de la obligación es la prestación debida, el objeto del Contrato es la creación, modificación, regulación, o extinción de obligaciones confundiendo, sin darse cuenta, el objeto del contrato con su Causa o finalidad objetiva.

“En la medida en que la prestación consiste en una conducta que una de las partes se compromete a realizar frente a la otra, no hay ningún obstáculo de orden conceptual para establecer que el objeto del contrato o del negocio jurídico es la prestación debida, pues entendida esta como un comportamiento, deberá concurrir para la validez del supuesto de hecho, el mismo que una vez debidamente formado con la concurrencia de todos sus elementos, dará lugar al nacimiento de determinadas obligaciones, cuyo objeto serán también las conductas a que quedan obligadas las partes, esto es, el cumplimiento de las prestaciones debidas.”¹²

Sin embargo, aun cuando consideramos que el objeto del negocio jurídico debe entenderse como la prestación debida, somos de la opinión que el mismo no constituye un elemento o componente del negocio jurídico, sino únicamente un presupuesto, antecedente o término de referencia, que sin embargo debe concurrir con el resto de elementos y requisitos para que el negocio jurídico sea plenamente válido y eficaz.

Estando claramente establecido, que según nuestro punto de vista, el Objeto del negocio jurídico consiste en la prestación, debemos determinar a ciencia cierta cuál es el significado de Objeto dentro de nuestro Código Civil.

¹²Op CitPag 72.

En primer lugar, llama la atención que el nuevo Código Civil en su artículo 140º exija para la validez del acto jurídico que el objeto sea física y jurídicamente posible, a diferencia del artículo 1075º del Código derogado que exigía para la validez del acto jurídico la existencia de un objeto lícito.

“Como es sabido, este requisito de la licitud del objeto en el Código de 1936, fue cuestionada por los comentaristas de dicho Código, en el sentido de que siendo el objeto la cosa, el objeto nunca podría ser ilícito, pues lo que es susceptible de ser ilícito es la finalidad de las partes contratantes y no la cosa en sí misma considerada”¹³.

Envista de estos antecedentes y teniendo en cuenta que el Código actual no exige la licitud del objeto para la validez del acto jurídico, pues sólo exige la licitud en el fin, podría pensarse que el nuevo Código ha incorporado la noción de objeto entendido como cosa

En otros términos, si el Código exigiera la licitud como requisito del objeto, podría pensarse que se habría optado por la noción de objeto entendido como prestación y no como cosa.

Sin embargo y aun cuando el Código no establezca la licitud como requisito del objeto, no podemos deducir de modo alguno que se haya incorporado la noción de objeto como cosa, ya que al establecerse en forma categórica que el objeto deberá ser física y jurídicamente posible, se está aludiendo en forma directa una de las características del objeto entendido como la prestación, cuando ella consiste en un hecho personal del deudor.

La explicación de este punto de vista, es la siguiente¹⁴:

- a. Como hemos afirmado anteriormente, la prestación puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer, es decir, en la transmisión de un Derecho Real, o en un hecho personal del deudor.

¹³ Op CitPag 73.

¹⁴ Op CitPag 73.

- b. Cuando la prestación consiste en la transmisión de un Derecho Real, se entiende que se trata, obviamente, de la transmisión de un derecho al acreedor, sin embargo, por comodidad de expresión, en el lenguaje común se dice que la prestación es una cosa. Esta expresión abreviada es incorrecta, pues lo que se transfiere es un derecho real que recae sobre una cosa, y no es la cosa la que va a ser transferida mediante el Contrato o el Negocio Jurídico.

Siendo esto así, cuando la prestación consiste en la transmisión de un Derecho Real, la cosa sobre la cual recae el derecho que va a ser transferido al acreedor, debe reunir los siguientes requisitos: la cosa debe existir, debe estar en el comercio de los hombres, ya que no son transmisibles los bienes de dominio público y debe estar determinada o ser determinable en cuanto a su especie y cantidad.

- c. Asimismo, cuando la prestación consiste en un hecho personal del deudor, sea positivo o negativo, este hecho debe a su vez reunir los cuatro requisitos siguientes: debe ser un hecho físico y/jurídicamente posible; el hecho prometido debe ser lícito, pues no debe tratarse de un hecho inmoral ilícito en el sentido estricto; debe ser personal del deudor por regla general, y por último, el hecho prometido debe representar un interés para el acreedor, patrimonial o moral.
- d. Como se podrá observar fácilmente, mientras el artículo 140 del Código Civil señala que el objeto deberá ser físico y jurídicamente posible, el inciso 3º del artículo 219 dispone que el acto jurídico es nulo cuando su objeto es físico o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

En otros términos, el Código exige que el objeto de acto jurídico deba ser físico y/o jurídicamente posible determinable. Y estas dos condiciones o requisitos de la posibilidad y de la determinabilidad, como ya lo hemos visto anteriormente, no son sino condiciones que deben reunir las prestaciones, bien sea que consistan en la transmisión de un derecho real o en la ejecución de un hecho personal del deudor. Siendo esto así, la conclusión lógica es que el

nuevo Código Civil ha incorporado la noción de objeto del Negocio Jurídico entendido como la prestación prometida, esto es, como el comportamiento que deberá realizar una de las partes frente a la otra. De no ser así, el Código no hubiera exigido para la validez del acto jurídico, que el objeto cumpliera con los requisitos de la posibilidad y determinabilidad, que son requisitos que según la Doctrina se aplican a las prestaciones debidas.

“En consecuencia, el inciso 3º contiene una causal de nulidad por ausencia de ciertos requisitos que son de aplicación al objeto del acto jurídico, lo cual es correcto conceptualmente hablando, pues el objeto entendido como prestación debe reunir determinados requisitos para que el acto jurídico sea válido. No se trata, pues, de una causal de nulidad basada en la ausencia de un presupuesto del negocio jurídico, como lo sería la ausencia de objeto, sino se trata de una causal fundamentada en la ausencia de determinados requisitos de aplicación al objeto del negocio jurídico, al igual que la causal basada en la ausencia del requisito de la capacidad de ejercicio aplicable al sujeto, en tendido igualmente como un presupuesto del negocio jurídico”¹⁵.

IV. FIN ILÍCITO.¹⁶

Según el inciso 4º del artículo en estudio, el acto jurídico será nulo cuando su fin sea ilícito. Esta disposición guarda armonía con el inciso 3º del artículo 140 que señala que para la validez del acto jurídico se requiere un fin lícito.

Pues bien, en este caso, y al igual que con la causal anteriormente estudiada, para poder determinar el alcance de esta nueva causal de nulidad, deberemos conocerá ciencia cierta cuál es el concepto de "fin" incorporado en el nuevo Código Civil.

Como el Código Civil no contiene una definición de fin, que tampoco hubiera podido estar presente, tenemos que recurrir a la doctrina para conocer el significado de dicha expresión, y observaremos que la

¹⁵ Op CitPag 73.

¹⁶ Op CitPag 74.

palabra fin en Derecho Civil, específicamente en materia de negocios jurídicos y de contratos, está vinculada necesariamente al concepto de causa.

¿Qué cosa señala la Doctrina de la Causa respecto a la naturaleza de este Elemento del Negocio Jurídico? La Doctrina Causalista no da una respuesta uniforme para determinar el significado de la causa como elemento del Negocio Jurídico, pues existen una serie de teorías que pretenden explicar la naturaleza jurídica de dicho elemento, según la diversidad de sistemas causalistas existentes. Siendo esto así, tendremos que analizar brevemente cada una de las diferentes teorías sobre la Causa que se han elaborado en los distintos sistemas causalistas. Estas teorías pueden ser agrupadas en cuatro grandes rubros.

Dentro del primero que podríamos calificar de Teorías Subjetivas, encontrarnos, en primer lugar, la Teoría Clásica de la Causa, todavía vigente en la actualidad en Francia, y que fuera elaborada por los primeros comentaristas del Código Civil Francés. Sin embargo, totalmente dejada de lado en la actualidad en el resto de los países con Sistemas Jurídicos Causalistas.

Según esta Teoría Clásica la causa es el fin inmediato y directo por el cual el deudor asume su obligación, tratándose siempre del mismo fin, según se esté frente a un Contrato Sinalagmático, a un Contrato Real y/o a un Contrato a Título Gratuito. En otras palabras, según esta primera teoría sobre la causa, aun cuando ella es un móvil o motivo, se trata de un móvil abstracto, que es siempre idéntico en todos los contratos de una misma naturaleza, a diferencia del motivo en sentido estricto, que es distinto en cada tipo de contrato, según sean distintas las partes contratantes.

La segunda Teoría Subjetiva elaborada por Josserand, en base a los repertorios de la Jurisprudencia Francesa de su época y denominada "Teoría Neocausalista", es aquella que señala que la causa ya no es un móvil abstracto, sino el móvil impulsivo y determinante por el cual el

deudor asume su obligación, distinto en cada tipo de contrato, según las partes que hayan intervenido.

En buena cuenta, esta segunda teoría subjetiva sobre la causa viene a identificar el concepto de causa con el de motivo o móvil concreto que impulsa las partes a contraer sus obligaciones al celebrar un determinado contrato. La razón de ser de esta teoría subjetiva, radicó principalmente en el hecho de que con la formulación sobre la causa elaborada por la teoría clásica era imposible, salvo en el caso de los contratos sinalagmáticos, encontrar un supuesto de causa ilícita, lo cual era perfectamente posible si se entendía que la causa ya n-o era un móvil abstracto, sino un móvil concreto.

Sin embargo, esta tesis subjetiva no logra explicar el concepto de ausencia de causa incorporado en el Código Civil Francés y en los códigos que lo han seguido, ya que hasta un loco actúa siempre determinado por un móvil o motivo. En la actualidad esta teoría no cuenta con casi ningún seguidor, además de su creador y algunos otros como Julien Bonnecase.

A nuestro entender, esta teoría no puede aceptarse, no sólo porque no explica el concepto de ausencia de causa, sino principalmente porque identifica en forma inapropiada la causa con el motivo determinante de la celebración de un contrato.

En segundo lugar, tenemos las teorías objetivas, producto de la Doctrina Italiana, que identifican el concepto de causa con la finalidad objetiva del negocio jurídico que justifica su reconocimiento como tal.

Según estas teorías, la causa consiste en la finalidad típica del negocio jurídico, o en su función económica social, o en su función jurídica, o en la razón económica y jurídica del mismo, etc. Sin embargo, para todas ellas, con independencia de sus distintos matices, la causa consiste siempre en un elemento netamente objetivo, que debe ser examinado desde el punto de vista del ordenamiento positivo y perfectamente distinguible de los motivos de las partes. Todas estas teorías objetivas, y principalmente la que ve en la causa la función económica y social del

negocio jurídico que justifica su reconocimiento como tal, son las predominantes en la actualidad.

Sin embargo, así como las teorías subjetivas, principalmente la neocausalista no llega a explicar satisfactoriamente el concepto de ausencia de causa, las teorías objetivas por su parte se ven imposibilitadas de justificar el concepto de causa ilícita, dada la perfecta distinción entre la causa y los motivos, de forma tal que se ha llegado a pensar que en algunos supuestos, es necesario tener en consideración los motivos de las partes, cuando ellos son ilícitos, a fin de poder dar un contenido al concepto de causa ilícita.

Por ello, determinados autores causalistas han optado por una visión dual de la causa del negocio jurídico, entendiendo que la causa es objetiva cuando se trata de determinar el valor de determinado acto de voluntad como negocio jurídico, y que la causa es subjetiva cuando se trata de conocer el concepto de causa ilícita, de forma tal que para este tercer grupo de autores habrían dos conceptos de causa, uno objetivo netamente separado de los motivos, y otro subjetivo que identifica el concepto de causa y el motivo.

Sin embargo, y en vista que todas las teorías anteriormente expuestas sobre la causa, no han resultado satisfactorias para explicar el concepto de causa incorporado en los Códigos Civiles, que sancionan con nulidad los contratos que no tengan causa, o en los que la causa exista, pero sea ilícita, un buen número de civilistas modernos han establecido que la causa es un elemento que conlleva un doble aspecto: un aspecto objetivo que es idéntico al que le dan a la causa las teorías objetiva italianas, y un aspecto netamente subjetivo que permite incorporar los motivos ilícitos a la causa, de tal manera que se pueda establecer que un contrato con causa objetiva, pueda ser nulo por tener una causa ilícita.

A nuestro entender, esta cuarta posición teórica es la más adecuada para comprender a cabalidad el rol de la causa como Elemento de los Negocios Jurídicos.

Ahora bien, ¿A qué teoría sobre la causa se ha adherido nuestro Código Civil? En nuestra opinión, los redactores del Código Civil han creído incorporarla teoría subjetiva de la causa, tal como la entiende Josserand.

La razón de esta opinión es la siguiente: Si bien es cierto que el Código Civil en su artículo 140 dispone en forma expresa que para la validez del acto jurídico se requiere un fin lícito, lo que nos podría llevar a pensar que el Código habría optado por un sistema unitario de la causa, en el sentido que el acto jurídico no sólo requiere de un fin objetivo, sino además de ello de un fin objetivo que no deberá estar viciado por ningún motivo ilícito; en el inciso 4º del artículo 219 sanciona con nulidad únicamente el acto jurídico cuyo fin sea ilícito; de forma tal que al Código sólo le interesaría el aspecto subjetivo de la causa, pues si se hubiera tomado en cuenta su aspecto objetivo, se habría establecido como una causal adicional de nulidad la del acto jurídico que no tuviera fin.

Sin embargo, en nuestra opinión, el Código puede ser correctamente interpretado, en forma doctrinaria, en el sentido de que para la validez del acto jurídico no solo se requiere de un fin, que además deba ser lícito, sino que la causal de nulidad por Ausencia de Fin podría deducirse perfectamente como un caso más de nulidad virtual, por contraposición al inciso 3) del artículo 140º, pues si para la validez del acto juicio se requiere de un fin lícito, será nulo el acto jurídico que no tenga un fin lícito.

En otras palabras, sólo por nulidad virtual o tácita podremos llegar a la conclusión de que es nulo el acto jurídico que no tenga un fin o causa. En nuestro concepto, sin embargo, hubiera sido preferible que el Código Civil utilizara el término "Causa" y no el de "Fin Lícito".

En conclusión, la causal de nulidad por fin ilícito, contemplada en el artículo 219º, deberá entenderse como de aquel negocio juicio cuya causa, en su aspecto subjetivo sea ilícita, por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Se trata, pues, de una causal de nulidad por ausencia del Requisito de la Licitud, aplicable al Fin, que constituye uno de los elementos del acto jurídico, según nuestro Código Civil.

V. SIMULACIÓN ABSOLUTA¹⁷

Según el inciso 5º del artículo 219º el acto jurídico será nulo cuando adolezca de Simulación Absoluta.

Como es sabido, para la casi totalidad de los civilistas la Simulación no consiste sino en un caso de Discrepancia entre la Voluntad Declarada y la Voluntad Interna, realizada de común acuerdo entre las partes contratantes, a través del acuerdo simulatorio, con el fin de engañar a los terceros.

En forma unánime la Doctrina distingue dos clases de simulación: La Simulación Absoluta en que existe un solo negocio jurídico denominado "Simulado", y la Simulación Relativa en que detrás del negocio simulado permanece oculto un verdadero negocio jurídico que se denomina "Disimulado".

Tanto en el supuesto de la Simulación Absoluta como en el de la relativa el Negocio Jurídico Simulado es siempre nulo por cuanto no contiene la verdadera voluntad de las partes contratantes, mientras que en la simulación relativa el negocio Disimulado, en la medida en que contenga todos sus requisitos de sustancia y forma será siempre válido por ser un negocio jurídico verdadero y real que contiene la auténtica voluntad de las partes contratantes.

Siendo esto así, resulta incongruente que el inciso 5º del artículo 219º, sancione con nulidad únicamente al acto jurídico simulado en la simulación absoluta, por cuanto como ya lo hemos expresado el acto jurídico Simulado es nulo tanto en la Simulación Absoluta como en la Relativa. El Código Civil ha debido señalar únicamente que el acto juicio será nulo cuando sea simulado, pues de esta forma hubiera quedado

¹⁷ Op CitPag 75.

perfectamente establecida la nulidad del acto simulado o aparente en cualquier supuesto de simulación.

VI. AUSENCIA DE FORMALIDAD PRESCRITA BAJO SANCIÓN DE NULIDAD¹⁸

La causal de nulidad contemplada en el inciso 6º del artículo 219º está referida al supuesto de que en un Negocio Jurídico Solemne o con Formalidad Ad Solemnitatem, no concurra la forma dispuesta por la Ley bajo sanción de nulidad, en cuyo caso el negocio jurídico será nulo por ausencia de uno de sus elementos o componentes.

Como lo hemos afirmado anteriormente, los dos únicos elementos comunes a todo negocio jurídico son la Declaración de Voluntad y la Causa. Sin embargo, existen determinados negocios jurídicos que además de dichos elementos, requieren para su formación del cumplimiento de una determinada formalidad, que la ley impone bajo sanción de nulidad, de tal manera que en ausencia de dicha formalidad el negocio jurídico será nulo y no producirá ningún efecto jurídico de los que en abstracto debía producir.

Estos negocios jurídicos formales, denominados también solemnes o con formalidad Ad Solemnitatem, generalmente son negocios jurídicos de Derecho Familiar o Negocios Jurídicos Patrimoniales a título gratuito.

Así, por ejemplo, en nuestro Código Civil son negocios formales el Matrimonio, la Adopción, el Reconocimiento de los Hijos Extramatrimoniales, el Testamento, la Donación de Bienes Muebles en algunos casos, la Donación de Bienes Inmuebles, el Mutuo entre Cónyuges, el Suministro a Título Gratuito, el Secuestro, la Fianza, el Compromiso Arbitral, la Renta Vitalicia, entre otros.

Esta causal de nulidad está bien concebida, pues se trata de un típico caso de nulidad por ausencia de un elemento, en este caso la forma impuesta por la ley bajo sanción de nulidad.

¹⁸ Op CitPag 75.

VII. NULIDAD EXPRESA¹⁹

Según el inciso 7º del artículo 219 el acto jurídico será nulo cuando la Ley lo declare nulo. Este inciso hace referencia a los supuestos de Nulidades Textuales o expresas.

La Doctrina, según es conocido, distingue dos tipos de nulidad: nulidades expresas y nulidad es tácitas o virtuales. Las Expresas son aquellas que vienen dispuestas manifiestamente por un texto legal, mientras que las nulidades Virtuales son aquellas que se producen cuando un determinado negocio jurídico contraviene una norma imperativa, así por ejemplo el Matrimonio entre dos personas del mismo sexo es nulo tácitamente por contravenir lo dispuesto en el artículo 234 del Código Civil. Casos de nulidades expresas en nuestro Código Civil son, por ejemplo, el artículo 274 para el Matrimonio, el artículo 865 para la partición hecha con preterición de algún heredero, el artículo 1543 que dispone que la compra-venta sea nula cuando la determinación del precio se deja al arbitrio de una de las partes, el artículo 1927 que establece que es nula la renta vitalicia cuya duración se fijó en cabeza de una persona que hubiera muerto a la fecha de la escritura pública, el artículo 1932 que señala la nulidad del pacto que prohíbe la cesión de la renta constituida a título oneroso entre otros.

VIII. NULIDAD VIRTUAL²⁰

A diferencia de la Causal de Nulidad contemplada en el inciso anterior, la dispuesta en el último inciso del artículo 219 hace referencia directa a los supuestos de las nulidades tácitas o virtuales, explicadas anteriormente, por cuanto se dispone que sea nulo el acto jurídico en el caso del artículo V del Título Preliminar, esto es el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

En estos casos, la nulidad viene impuesta no expresamente por la norma legal, sino por el hecho de que el negocio jurídico contraviene una norma inspirada en el orden público o las buenas costumbres.

¹⁹ Op CitPag 76.

²⁰ Op CitPag 76.

-LA TEORÍA DEL ABUSO DEL DERECHO

I. CONCEPTUALIZACIÓN.

Quando una persona con dolo o negligencia, perjudica a otra, haciendo lo que la ley le prohíbe, u omitiendo realizar lo que algún precepto legal le ordena, comete un acto ilícito, comprometiendo, en consecuencia, su responsabilidad. Esta era la doctrina consagrada por los artículos 1382 y 1383 del Código Napoleón, según las enseñanzas de sus grandes intérpretes, y seguida por las legislaciones que se inspiraron en dicho Código.

Pero se ha planteado otra hipótesis: Que un individuo ejercite una prerrogativa que la ley le acuerda, es decir que haga uso de su derecho dentro de los límites y condiciones del mismo y que de ese acto surja un daño para un tercero; ¿obligará en la misma forma su responsabilidad? Sí dicen hoy casi todos los autores, siempre que haya “abusado de su derecho”. Sin embargo esos mismos autores van a discrepar luego acerca del criterio que debe servir de base para determinar en cada caso si ha habido “abuso del derecho”²¹.

La teoría del “abuso del derecho” surge como una sentida aspiración de orden ético y social. Con ella se intenta insertar el ejercicio del derecho subjetivo en un marco en el que coexistan múltiples sujetos y en que domina una concepción moral bien definida²².

Aparece, por otra parte, como una reacción al rigor del derecho asimilado a la literalidad de la norma y no más allá de ella, colocando al juez como un miserable aplicador aritmético de la ley, única forma de lograrse la seguridad jurídica según esa concepción²³.

En relación a la expresión “abuso del derecho”, ésta ha sido largamente criticada, algunos señalan que la terminología es equivocada e inductiva a error. Afirmar que puede “abusarse” de un derecho encierra una contradicción grave, ya que el abuso, como se propone, sólo puede

²¹FLEITAS, Abel M: El abuso del derecho en la reforma del código civil argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1944, p. 5.

²²RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999, p. 134

²³FUEYO LANERI, Fernando: Instituciones de Derecho Civil Moderno, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p 270.

proyectarse en una zona en la cual el derecho no existe. No hay ni puede haber abuso alguno si el interés que se procura alcanzar y se realiza está dentro de los límites delineados por la norma. Más allá, simplemente, no estamos en el marco de lo jurídico.

Otros señalan que no se trataría, real y efectivamente del abuso de un derecho subjetivo en sí mismo, sino en lo que se refiere a su actuación, a su ejercicio. De ahí que resultaría más preciso describir tal fenómeno, dentro de la óptica tradicional como “ejercicio abusivo de un derecho subjetivo”²⁴.

II. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA.²⁵

La noción de “abuso de derecho” tiene discutibles antecedentes históricos en el derecho romano. Algunos autores afirman que la noción aparece en varias instituciones, por ejemplo en lo relativo a la protección de los esclavos frente a la conducta del amo, del hijo en relación a los padres, del pródigo, en la represión del fraude y en la introducción de la acción pauliana.²⁶

Para otros esto no fue así, en este sentido Martín Bernal a partir de un trabajo de Rotondi acerca del tema, afirma que puede considerarse definitivamente demostrado que Roma no conoció una verdadera doctrina del abuso del derecho²⁷.

La Edad Media ofrece nuevos antecedentes. La moral cristiana imprime en la vida comunitaria una concepción mucho más solidaria, surgiendo la llamada doctrina de los “actos de emulación”, sin duda, vinculada al “abuso del derecho”. La emulación proviene de la expresión latina “aemulatio” y consiste en el ejercicio de un derecho subjetivo con el propósito de causar daño a otra persona o un bien ajeno. Lo preponderante en este caso, es la intención de perjudicar (*animus nocendi*). Su alcance es eminentemente subjetivo, ya que supone la intención manifiesta y oculta de provocar perjuicio al ejercerse el derecho.

²⁴FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Abuso del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 87

²⁵Para antecedentes históricos más extensos, Fernández Sessarego, Abuso del derecho, pp. 92-112

²⁶CFR. RODRÍGUEZ GREZ: El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial, p. 121.

²⁷MARTÍN BERNAL, José Manuel: El Abuso del Derecho, Editorial Montecorvo S. A., Madrid, 1982, p. 25

Cabe aún, en la Edad Media, citar otros dos antecedentes importantes. Por un lado, las Partidas de Alfonso Décimo el Sabio restringen el ejercicio del derecho de propiedad (Ley XIX del Título XXXII de la Partida III). En ellas se prohíbe cavar un pozo o una fuente si no resultare necesario y sólo se ejecutara esta obra con el fin de dañar al propietario de la heredad vecina. Por otro lado surge la teoría de las “inmisiones”. Según ella, y en oposición a la teoría de los actos de emulación de carácter eminentemente subjetivo, no interesa la intención de quien ejerce el derecho, sino un resultado puramente objetivo.

El acto de inmisión deriva del ejercicio de la propiedad causando perjuicio al vecino. El primer ordenamiento jurídico que sentó expresamente el principio del abuso del derecho fue el Landrecht de Prusia de 1794, que en su artículo 34-39 señalaba: “no se debe indemnizar por un daño causado en el ejercicio de un derecho, a menos que entre las varias maneras posibles de ejercerlo se haya elegido aquella más dañosa a otro con el fin de ocasionarle un perjuicio”.

El artículo 26-28 establecía: “nadie puede abusar de su propiedad para lesionar a otro, con el fin de ocasionarle un perjuicio”, entendiéndose como abuso “todo uso de la propiedad que por su naturaleza no puede tener otro fin que perjudicar a terceros²⁸”.

La jurisprudencia francesa contribuye como antecedente a la figura del abuso del derecho. Se citan a este respecto dos sentencias pronunciadas por los tribunales franceses, bajo la vigencia del Código Civil de 1804, que no trata la materia.

La primera de ellas fue emitida por el tribunal de Colmar con fecha 2 de mayo de 1855.

Esta sentencia estableció el germen de lo que sería la figura del abuso del derecho al limitar el derecho de propiedad, eje sobre el cual giraba fundamentalmente la codificación del siglo XIX.

²⁸TAVOLARI GOYCOLEA, Pía: El Abuso en el Proceso, Editorial Jurídica Congreso Ltda., Santiago, 2004, p. 30.

En dicha decisión se declara que “si es cierto que el derecho de propiedad es un derecho en algún modo absoluto, autorizando al propietario al uso y al abuso de la cosa, sin embargo, el ejercicio de ese derecho, como el de cualquier otro, debe tener como límite la satisfacción de un interés serio y legítimo”.

La mencionada sentencia se refería al caso de un propietario que edificó sobre su casa una falsa, voluminosa e inútil chimenea, delante de la ventana de un vecino, con la intención de causarle un perjuicio quitándole luz. Esta acción, si bien sustentada en un reconocido derecho subjetivo, carecía en su actuación de un interés serio y legítimo y, al mismo tiempo, no producía ningún beneficio al titular del derecho.

El tribunal ordenó la demolición de lo construido y, al mismo tiempo, dejó a salvo el derecho del vecino al resarcimiento. La segunda sentencia, pronunciada por el tribunal de Lyon el año 1856, significa también un importante punto de partida para el desarrollo de una controvertida pero rica doctrina sobre el abuso del derecho.

Con esta decisión se sancionó a un propietario que instaló una bomba en el subsuelo de su heredad para succionar el agua proveniente de una fuente, con el único propósito de perjudicar al vecino impidiéndole el acceso a la misma.

El agua no era utilizada por dicho propietario sino que, más bien, se la dejaba perder en un río. La Corte de Lyon resolvió condenar al propietario en mención en tanto se había servido del “poder de abusar de sucosa, inspirado exclusivamente por el ánimo de dañar”.

La Corte sostuvo el principio de que el derecho de propiedad encuentra un límite en la obligación de permitir al vecino disfrutar de su propiedad. Se sancionaba, en consecuencia, la conducta del propietario enderezada a causar daño sin obtener beneficio alguno²⁹.

²⁹FERNÁNDEZ SESSAREGO: Abuso del derecho, pp. 109-111.

Como hemos podido ver a través del examen sucinto de los diversos antecedentes históricos, se ha ido lentamente abriendo paso a la figura del abuso del derecho. Sin embargo, aún existe discrepancia en lo relativo al concepto de abuso del derecho, los criterios para su determinación y la forma en que los distintos ordenamientos ha acogido la figura en sus respectivas legislaciones.

III. CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO.

Son diversos los criterios que ha esgrimido la doctrina para calificar un acto como abusivo, revisaremos en este apartado los principales.

a) Criterio subjetivo: El abuso del derecho, según esta posición, resulta ser el ejercicio de un derecho subjetivo con la intención de perjudicar a otro sujeto o, en cualquier caso sin que su actuación origine un beneficio propio.

De ello se desprende que el surgimiento del abuso del derecho puede juzgarse a través de alguno o algunos de estos criterios:

a) La intención de causar perjuicio (*animus nocendi*); b) acción culposa o negligente y, c) no existencia de un interés serio y legítimo para el agente.

Esta posición, a pesar de que inicialmente tuvo un cierto auge, fue motivo de críticas, aquellas se basan principalmente en la dificultad de probanza que conlleva.

No es nada fácil determinar la real existencia de una intención, en la medida que ella radica en el mundo interior de una persona³⁰.

Borda señala, en relación al criterio de falta de interés serio y legítimo, que es insuficiente. Esto porque los actos realizados sin interés alguno son muy excepcionales; aún en los más repudiables hay generalmente un interés que está impulsando al autor, pero no por ello el acto es más lícito.

La insuficiencia de este criterio quedó demostrada en un caso resuelto por la Cámara de los Lores inglesa en 1895. Un vecino, por cuyo fundo atravesaba una corriente de agua que abastecía a la localidad de Bradford, desvió sus aguas para obligar a la municipalidad a que lo adquiriera a buen

³⁰FERNÁNDEZ SESSAREGO: Abuso del derecho, p. 125.

precio. Planteada la cuestión ante el aludido tribunal, este resolvió que puesto que el corte de corriente no había sido hecho sin interés alguno, sino con el de especular con la venta de su propiedad, no había abuso.

La solución dada a este caso resulta repugnante al sentimiento jurídico moderno³¹.

b) Criterio objetivo: En una posición opuesta a la anterior se encuentran quienes postulan el criterio objetivo para tipificar el acto abusivo, acudiendo a una posición que se dice finalista o funcional.

Lo que determinaría el abuso, para quienes sostienen esta postura, no es la intención del titular que pone en movimiento el derecho, sino el apartamiento de la finalidad social y económica que corresponde a cada uno de ellos.

En otras palabras, se afirma que se abusa del derecho cuando éste se ejerce contra la función social y económica que es inherente a él.

Los autores no ponen acento en el interés privado tutelado en la norma, sino en la finalidad con que cada derecho ha sido instituido al surgir a la vida jurídica³².

Para Borda este criterio es más comprensivo y de técnica jurídica más depurada, ya que habría abuso del derecho, cuando se lo ha ejercido en contra de los fines económicos y sociales que inspiraron la ley en la cual se los otorgó.

Dos corrientes se advierten en esta tesis. Por una parte se desvía la función o finalidad del derecho hacia los principios generales (la buena fe, las buenas costumbres, la moral). Por la otra, se desconoce que el interés tutelado por la norma es el medio de que dispone el derecho para promover ciertas conductas, las cuales incentivan ofreciendo, por así decirlo, el poder del estado para obtener la satisfacción de dicho interés. De esta manera se

³¹BORDA, Guillermo: El abuso del derecho, en revista *Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Lima, Lima, N° 15. junio 1990, p. 15

³²RODRÍGUEZ, Grez: El abuso del derecho y el abuso circunstancial, pp, 170-171.

promueve una conducta que encierra la realización de un valor o preferencia reconocido por el legislador.

Borda apunta, en relación a la existencia de abuso cuando se ha ejercido el derecho en contra de la moral y la buena fe, que el punto de vista moral es el más decisivo y fecundo en la dilucidación de esta cuestión. Todos los argumentos de prestigiosos maestros del derecho se han estrellado con ese sentimiento de lo justo que anida en el corazón humano, que no podía admitir la justificación de lo arbitrario, inmoral, dañino, a nombre del derecho.

c) Criterio mixto o ecléctico: De acuerdo a esta concepción, ambos criterios, el subjetivo y el objetivo, no se contraponen, sino más bien se complementan o combinan y la preponderante gravitación depende del punto de vista que se adopte en cada caso.

Uno de los representantes de esta postura es Josserand. Para él todo se reduce a discernir de una parte el espíritu o función del derecho controvertido y, de la otra, el móvil a que el titular ha obedecido en el caso concreto. Es así que combina, aunque en diferentes dosis, los elementos que, de modo reductivo, propugnaban los seguidores del criterio subjetivo como aquellos de la tesis objetiva del abuso del derecho³³.

Jorge Americano quien refiriéndose a este criterio sostiene que, recogiendo lo que hay de verdad en las teorías subjetivas y objetivas que tratan de fundamentar el abuso del derecho, es preferible adoptar un criterio mixto que analice, por así decir, objetivamente la intención; o en otros términos, que con los elementos que da el estudio del proceder normal de los hombres, concluya por la anormalidad del acto realizado por el agente, cuando no se conforme con ese término medio, imponiéndole la obligación de resarcir el daño causado.

³³JOSSERAND, citado por Fernández Sessarego en: Abuso del derecho, pp. 133-134

- ABUSO DEL DERECHO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.

Nuestro Código Civil peruano consagra el abuso del derecho en el artículo II del Título Preliminar. Dicho artículo ha sido objeto de sucesivas reformas. Apunta Fernández Sessarego en relación al Código Civil peruano de 1936, cuyas fuentes inmediatas fueron los códigos civiles alemán de 1900, suizo de 1907 y brasileño de 1916, que tuvo el acierto de acoger en el artículo II de su título preliminar que precede a los diversos libros del código, el principio del abuso del derecho. Éste código tiene el mérito indiscutible de constituirse en el primer cuerpo legal latinoamericano que condenó directamente el abuso del derecho. Dicho artículo, actualmente derogado, establecía: “La ley no ampara el abuso del derecho”.³⁴

Agrega que el Código Civil peruano de 1984, mantuvo en cuanto al abuso del derecho, el mismo conciso enunciado del artículo II del código de 1936 “la ley no ampara el abuso del derecho”. Añade a esta categórica afirmación, sin embargo, lo que constituye una importante novedad, la misma que concuerda con la nueva concepción sobre la tutela de derechos. En este sentido, el numeral en cuestión permite adoptar las medidas que fueren necesarias para evitar o suprimir el abuso y obviamente reparar el daño que se ocasione. La importancia de la novedad introducida en este artículo reside en que el intérprete encuentra en la propia norma, debidamente enunciadas, las consecuencias derivadas del abuso del derecho. Ello hace innecesario acudir a las reglas de la responsabilidad civil para determinar los efectos derivados del acto abusivo³⁵.

A partir de una ley del 4 de marzo de 1992, que establecía reformas al Código Procesal Civil, y que entró en vigencia el 1º de enero de 1993 se ha efectuado un ligero retoque al mencionado artículo II. El texto actualmente vigente dispone: “La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.³⁶

³⁴ Fernández Sessarego: Abuso del derecho, pp. 289-300

³⁵ Moisset de Espanés, Luis: *El abuso del derecho*, p.10, www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf

³⁶ OpCitpag 8

El Código Civil peruano es el primero que establece de modo directo la concreta posibilidad de que el juez adopte las necesarias medidas cautelares para anticiparse a la consumación de un acto abusivo. El artículo 7 párrafo 2º, del Título Preliminar del Código Civil español, consigna una fórmula genérica en tanto se autoriza al juez a dictar “las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso”.

Como fácilmente se puede apreciar, el artículo antes referido, sólo menciona la posibilidad de suprimir la “persistencia” del acto abusivo, sin aludir expresamente a la prevención del abuso como lo hace el codificador peruano. En el Código Civil de 1984, tal como se ha mencionado, se dispone que el juez dicte las medidas necesarias tendientes a “evitar” el abuso que no se ha concretado en daño alguno³⁷.

- ABUSO DEL DERECHO. UNA APROXIMACIÓN AL DERECHO COMPARADO.

1) Alemania.

El Código Civil alemán de 1900 incorpora en su texto, hasta dos párrafos referidos a la condena, si bien limitada, del abuso del derecho. Éste código introduce el supuesto de abuso del derecho en su artículo 226. En este numeral se prescribe: “No se permitirá ejercitar un derecho cuando su ejercicio sólo pueda causar perjuicio a otro”. La disposición es, como se aprecia sumamente restrictiva, ya que exige que tenga como única y exclusiva finalidad el causar un perjuicio a otro. Es decir que el acto abusivo no puede tener, simultáneamente, otro u otros propósitos. El requisito contenido en el texto del artículo 226 hace muy difícil cumplir, en la práctica, con el supuesto de la ley, ya que en la mayoría de los casos es muy probable que pueda demostrarse que, al lado del propósito de perjudicar a otro, se presentan otras finalidades diversas pretendidas también por el agente de manera conjunta³⁸.

Martin Bernal señala que el párrafo 226, no recoge ni acepta en realidad un criterio amplio de la teoría del abuso del derecho, y lo que hace es prohibir el acto emulativo aunque con un alcance menor que en la doctrina medieval ya

³⁷ Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 303.

³⁸ Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, pp. 210- 211.

que no es suficiente que exista la intención de dañar, sino que exige que la intención dolosa sea la única motivación del acto.³⁹

Fernández replica en relación al comentario realizado por Martín Bernal que pone en duda que este dispositivo constituya un verdadero y propio acto emulativo, en la medida que el supuesto de la ley no se limita, ni principal ni fundamentalmente, a un problema vinculado con el derecho de propiedad surgido entre vecinos⁴⁰.

El artículo 826 del Código Civil alemán en concordancia con el artículo 226, prescribe: “El que de un modo contrario a las buenas costumbres causa intencionalmente perjuicio a otra persona, estará obligado a su reparación”. El fundamento, en este caso, consiste en un atentado intencional pero a la vez, contrario a la moral, que es que es la interpretación más frecuente delo que se pretende significar con la expresión buenas costumbres.⁴¹

Para Martín Bernal, el artículo antes referido, proporciona mucho mayor juego, por cuanto obliga a la reparación, al que ejerciendo un derecho subjetivo o una simple facultad legal, causa un daño a otro de manera que supone atentado a las buenas costumbres, no representando el ejercicio del derecho un acto ilícito en sí mismo.⁴²

2) Suiza.

El Código Suizo al cual Fueyo califica de magnífico, en el título preliminar, artículo 2 ofrece una breve, profunda y temprana consagración del principio del abuso del derecho que, al propio tiempo lo presenta como una prolongación indebida del ejercicio de los derechos y del cumplimiento de las obligaciones en cuanto contravienen a la buena fe. El artículo 2 dispone que: “Cada uno debe ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones según las reglas de la buena fe”. Añade que “El abuso manifiesto de un derecho no está protegido por la ley”⁴³.

³⁹ Martín Bernal: *El abuso del derecho*, p. 84.

⁴⁰ Fernández Sessarego: *Abuso del derecho*, p. 212

⁴¹ Fernández: *Op. cit.*, pp. 212-213

⁴² Martín Bernal: *El abuso del derecho*, p. 84

⁴³ Fueyo Laneri, Fernando: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990, p 270

Fernández Sessarego señala que en el Código Civil suizo de 1907 abre una nueva etapa en lo que a la normatividad del abuso del derecho se refiere al incluir en el artículo recién transcrito una fórmula muy general que ha sido recogida, de alguna manera, por muchos códigos civiles posteriores.

Continúa señalando que la prohibición del abuso en el referido código asume la forma de una cláusula general, cuya amplia redacción permite al juez apreciar en cada caso y cada circunstancia a fin de que con la ayuda de la doctrina, de los antecedentes jurisprudenciales y de su sensibilidad valorativa, determine si se encuentra o no frente a un evento que pueda considerarse, según el texto de la ley, como abuso manifiesto de un derecho.

Hace referencia además al artículo 1 del Código Civil suizo, esto porque el referido artículo concede al juez amplias facultades para integrar lagunas de la ley, cuando le otorga la facultad de actuar, en esta hipótesis, como si fuera legislador. Esta confianza depositada en el juez suizo permite que su código, en contraste con otros, adopte una fórmula flexible en lo que atañe al abuso del derecho. Corresponderá al juez, por ello, precisar frente a cada caso, donde empieza el abuso de dicho derecho, es decir, la ilicitud que lo caracteriza. Esta apreciación judicial se sustenta, en gran medida, en el sentimiento de justicia propio de quien cumple la muy noble tarea de resolver conflictos de convivencia⁴⁴.

3) España.

En el Código Civil español original de 1889 no existía una norma genérica de condena al abuso del derecho. Con anterioridad sólo existían algunas aisladas disposiciones referidas a materias muy concretas, como es el caso del arrendamiento.⁴⁵

Martín Bernal, en relación a la jurisprudencia española, apunta que ésta podría encuadrarse en una evolución que comprende las siguientes fases: La primera fase está caracterizada por la inadmisibilidad de la teoría del abuso del derecho aplicando estrictamente el principio romano “de quien ejercita un derecho no daña a nadie”. En una segunda fase, se produce la admisibilidad indirecta del abuso del derecho, a base de relativizar y reducir a sus justos límites la

⁴⁴ Op Cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO: *Abuso del derecho*, pp. 214-215

⁴⁵ Op Cit. FERNÁNDEZ SESSAREGO: *Abuso del derecho*, pp. 214-215

aplicación que venía haciéndose de la máxima romana antes indicada. En una tercera fase se plasma el reconocimiento y admisibilidad directa de los fundamentos y sistemática general del abuso del derecho. En la cuarta fase, se reiteran, complementan y actualizan los principios básicos del abuso del derecho.⁴⁶ Finalmente la quinta fase, comprende todas las sentencias inmediatamente anteriores a la promulgación del nuevo texto articulado del Título preliminar y que Tomás Ogayar en su discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación sintetiza en los siguientes términos: “1º. El abuso del Derecho es una institución de equidad para la salvaguardia de intereses que todavía no alcanzan la protección jurisprudencial (sent. 1 de febrero de 1972), 2º. La finalidad de la doctrina del abuso del Derecho es la de impedir que el texto literal de la ley pueda ser eficazmente utilizado para amparar actos contrarios a la realización de la justicia, o, lo que es igual, que frente al contenido ético y al espíritu objetivo de la norma legal no prevalezcan las maniobras tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ella (sent. 12 de mayo de 1972). 3º. El abuso del derecho requiere para su viabilidad que la ejecución del derecho entrañe causar un daño, ejercicio abusivo del mismo, pero no cuando hay una colisión entre los derechos del dueño y los del arrendatario, en cuyo caso la propiedad, al usar de su derecho, no abusa del mismo (sent. 16 de febrero de 1974); 4º. Es reiteradísima la doctrina jurisprudencial que enseña que el ejercicio de una acción con base de un precepto legal a través del procedimiento señalado por la Ley para la efectividad de un derecho, cuando media un interés perfectamente lícito y se encamina al logro de una pretensión verdaderamente normal, dentro del orden jurídico-social establecido, no implica ni puede entenderse como abuso del Derecho (sent. de 23 de enero de 1971).

4) Portugal.

Dentro de las disposiciones generales del subtítulo denominado “Del ejercicio y tutela de los derechos”, todo comprendido en el Libro Primero del Código de Portugal de 1967, “Parte General”, se encuentra el artículo 334. Tiene por rótulo: “Abuso del derecho” y dispone: “Es ilegítimo el ejercicio de un derecho cuando el titular exceda manifiestamente los límites impuestos por la buena fe, por las buenas costumbres o por el fin social y económico de ese derecho.”⁴⁷

⁴⁶ Op. Cit. Martín Bernal, *El abuso del derecho*, pp. 100-107

⁴⁷ Op. Cit. Fueyo Laneri. *Instituciones de derecho civil moderno*. p. 278

Fernández Sessarego señala que el texto resuelve la cuestión relativa a la naturaleza del abuso del derecho al calificarlo, sin titubeos como un acto ilícito. De este modo, a nivel legislativo, se zanja definitivamente toda duda que pudiere aún persistir al respecto. El Código Civil de Portugal es así el primer código que, de conformidad con un importante sector de la doctrina, establece explícitamente la ilegitimidad de un acto abusivo.

Agrega que el código portugués, consagra el criterio objetivo para la caracterización del abuso del derecho, al hacer referencia a la finalidad social o económica del derecho. Además apunta que a ese planteamiento adosa otro, de profunda raíz moral, como es el de la determinación de la buena fe y de las buenas costumbres como principios claves para la comprensión del abuso del derecho⁴⁸.

- LA REPRESENTACIÓN.

La naturaleza o significado jurídico de la representación consiste en que el representante celebra en lugar del representado un negocio jurídico para éste, el cual es considerado respecto a sus efectos jurídicos, como un negocio propio del representado. La celebración de un negocio jurídico para otro, con el efecto de que este último, y no el propio agente, llega a ser parte en el negocio, constituye el concepto de la representación⁴⁹.

La representación es definida por Roca Sastre y Puig Brutau como aquella institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada o investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra, recayendo sobre esta última los efectos normales consiguientes.⁵⁰

La representación, en sentido amplio es un hecho jurídico por el cual un sujeto realiza un negocio jurídico en lugar de otra persona. En este sentido se encuentran dos formas de representación: La directa y la indirecta. En sentido restringido, la representación es una forma de sustitución en la actividad jurídica por la que una persona ocupa el lugar de otra para realizar un negocio

⁴⁸OpCitFernández Sessarego, *Abuso del derecho*, p.244

⁴⁹LARENZ, Karl. *Tratado de Derecho Civil Alemán*. Tercera edición. Munich. Edersa, 1974. P. 756

⁵⁰ROCA SASTRE, Ramón y PUIG BRUTAU, José. *Estudios de Derecho Privado*. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1948. P. 38

en nombre y por cuenta de ella. Esta definición corresponde sólo a la representación directa.

En la representación directa o perfecta el representante declara que obra a nombre ajeno, pudiéndose dar dos figuras: Aquella en la que el representante declara el nombre de la persona por la cual actúa o que el tercero ya lo sepa. Aquí al representante se le denomina representante directo o inmediato.

Hay representación indirecta u oculta, cuando el representante tiene la intención de celebrar el negocio en nombre de otro, pero actúa de modo que esa voluntad de obrar en nombre de otro no se manifiesta, no coinciden su declaración y su voluntad, ya que emite una declaración en el sentido de concertar un negocio en nombre propio, cuando en realidad quiere actuar en nombre del representado. En este supuesto al representante se le denomina representante indirecto o mediato. (O también intermediario, sustituto). El negocio vale como negocio del representante, no se toma aquí en cuenta la ausencia de voluntad de obrar en nombre propio.

Hinostrosa, sintetiza el concepto de representación indirecta señalando que por ésta se entiende el obrar por otro pero no se declara el nombre de éste y el tercero lo ignora⁵¹.

En doctrina encontramos también que la representación puede ser activa y pasiva. La activa, se da cuando el representante es quien emite y dirige la manifestación de voluntad hacia otro sujeto, quien actúa ostensiblemente en nombre del representado haciéndolo saber al tercero. La pasiva, cuando el representante recibe una declaración para otro, pues los efectos de ese acto voluntario afecta a la esfera jurídica del representado.

Enneccerus Ludwig, expresa al respecto que en la representación se llama representante al que emite o recibe por otro (el representado) una declaración de voluntad cuyo efecto inmediato debe afectar al representado. Según esto se puede distinguir la representación en la emisión (Representación Activa) y

⁵¹ HINOSTROSA, Fernando. *La Representación*. 1era. Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – 2008

en la recepción (Representación Pasiva) de las declaraciones de la voluntad⁵².

En la representación activa y pasiva, señala el autor citado, se requieren los siguientes requisitos:

En la representación activa:

a) El representante tiene que realizar el negocio por su propia voluntad, esta nota es lo que lo diferencia del nuncio que emite la declaración en concepto de ajena, a título de propia del que lo envía (El nuncio dice: X me ordena decirle a usted que compra el caballo, mientras que el representante dice: Le compro a usted el caballo en nombre de X). Es evidente que el carácter de nuncio o de representante no deriva del texto literal de la declaración sino del sentido de ésta.

b) Sólo es representante el que ejecuta el negocio en nombre de otro (aunque no es necesario que sea también en su interés), o sea el que declara que el negocio debe valer a título de negocio de otro y con ello que el efecto del mismo debe afectar inmediatamente al representado. Es indiferente que esta libertad de actuar en concepto de representante se declare expresamente o resulte de las circunstancias. No es necesario que se indique el nombre del representado.

En la representación pasiva:

a) En la representación pasiva, es representante pasivo aquél a quien se emite una declaración para otro, cuyo efecto debe afectar a éste. En este caso lo decisivo es la voluntad del declarante, que está dirigida a que la declaración se considere emitida al receptor como representante de la otra parte. Por el contrario no es importante la voluntad del que la recibe ya que la declaración puede llegarle aún sin su voluntad.

La representación por ley, puede presentarse con o sin poder de representación; sin embargo en ambos casos los efectos se producen a favor y en contra de los representados. A esto debe agregarse que por ley y las normas sobre representación del Código Civil ésta institución sólo valen para

⁵² ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. Tomo II. Bosh. Barcelona. 1950. P. 240

los negocios jurídicos, no para delitos. De los actos ilícitos del representante no responde el representado.

La representación crea negocios jurídicos donde existe una distinción entre el sujeto que hace la declaración de voluntad y aquel sobre quien recaen los efectos de la declaración. La representación se caracteriza por la actuación *alieno nomine*, es decir por cuenta ajena. Representar implica sustituir, para realizar determinados negocios jurídicos, sustitución de personas que como indica Betti encuentra sus propios límites en la noción de autonomía privada, pues la tutela del negocio reconoce justificación en la idea de que cada persona es dueña de regir sus asuntos propios asuntos como mejor lo considere⁵³. Sostiene el maestro italiano que si se acepta que cualquiera pueda influir en los asuntos de otro, la sanción del negocio erraría su finalidad, dejaría de ser tutela de la actividad privada.

- EL INTERÉS EN LA REPRESENTACIÓN.

La representación, incluyendo la legal, es concebida en interés del representado. En la representación voluntaria, la exigencia de obrar en interés del *dominus*, que muchos consideran el rasgo distintivo de la figura es resaltada en mayor relieve en las definiciones de mandato, que señalan que el apoderado asume el deber de obrar por cuenta de aquél, con lo que se entiende que el apoderamiento es para obrar para él.

Actualmente se reconoce que la representación, que necesariamente ha de atender el interés del *dominus*, puede darse también en interés del propio representante, pero sin prescindir de la presencia y el predominio del interés del *dominus*, o sólo de uno o varios terceros, que se resuelve en la figura de contrato a favor de terceros.

El representante está al servicio del interesado, obra para él, su función es la de atender, más propiamente, cuidar de sus intereses, y la principal referencia para juzgar su desempeño es la de su seguimiento de tal dictado de conducta, cuyo desarrollo y concreción hace parte del contenido del negocio de gestión⁵⁴. No es común pensar en una representación en el solo interés del representado o incluso de solo un tercero.

⁵³BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Segunda edición. Granada: Comares, 2001, p. 419

⁵⁴ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil. Introducción y Parte General*. Tomo I. Segunda edición. Barcelona: Bosch, 1993, p. 381

Respecto a este tema se ha planteado la pregunta que si en el caso de que la representación vaya revestida en contrato con arreglo al cual los servicios del representante serán remunerados, este sólo interés suyo convierte la figura de apoderamiento en interés también de él. Es mayoritaria la respuesta negativa, que señala que son los intereses ajenos los que debe defender ante todo y no su propio interés en percibir los honorarios. De todos modos ha de hacerse hincapié en que la representación obedece al concepto de atención de intereses, ante todo del representado, pero eventualmente también de terceros o del propio representante, lo que le impone a éste una definición y un deslinde de intereses.

- EL PODER

Para actuar en nombre ajeno y obtener que los efectos del negocio celebrado recaigan en la persona por quien se obra, es indispensable contar con un poder. Este poder surge en un acto previo denominado apoderamiento.

El poder de representación puede basarse en una regla de derecho o en una ordenación pública, en la constitución de una persona jurídica o en un negocio jurídico, esto es, un poder⁵⁵. El negocio jurídico por el cual se confiere un poder de representación se denomina también en la práctica española “poder”.

El poder de representación es el fundamento de la eficacia del negocio representativo: Constituye un requisito legal de la eficacia de este. Dicho poder como se ha señalado puede derivar de la ley, o de esta y su puntualización en un acto judicial o administrativo o, en fin de un acto del interesado.

El representante, cuyo poder de representación descansa inmediatamente en una disposición legal, puede ser calificado de *representante legal*.

El efecto inmediato de la declaración de voluntad emitida o recibida, en pro y en contra del representado, depende de que el representante tuviera poder de representación y de que la declaración fuese emitida por él o a él dentro de los límites de ese poder de representación. Sin embargo la falta de poder de representación puede subsanarse en algunos casos mediante la ratificación.

⁵⁵ ENNECCERUS, Ludwig. Derecho Civil. Parte General. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. Tomo II. Bosh. Barcelona. 1950. P. 252

En cambio no se protege, en principio, la creencia de la buena fe en el poder de representación.⁵⁶

En síntesis el poder es la facultad de representación otorgada por negocio jurídico, que da al apoderado la potestad de producir efectos jurídicos a favor a favor y en contra del poderdante, mediante los negocios concluidos a su nombre, y por esto cae en este aspecto bajo el concepto de los derechos de modificación. Este carácter de potestad resalta con máxima claridad en el poder irrevocable, pero se da también en el revocable en tanto no haya sido revocado.

El otorgamiento de poder (apoderamiento) tiene íntimo parentesco con el consentimiento, y se hace como éste, mediante declaración unilateral recepticia. Es la declaración de que los negocios a realizar en nuestro nombre por el apoderado o las declaraciones de voluntad que ha de recibir el mismo en nuestro nombre, deban surtir efecto inmediato a favor y en contra de nosotros, mientras que el consentimiento se refiere a negocios a celebrar en nombre propio.

El poder se otorga o bien frente al apoderado (poder interno) o bien frente al tercero con relación al cual ha de tener lugar la representación (poder externo).

Es la facultad de representación o de celebración negocios jurídicos para otro, concedida por voluntad del interesado. Se utiliza en sentido estricto el término poder cuando se habla exclusivamente de la facultad de representación concedida por voluntad del interesado, mediante negocio jurídico. También se utiliza el término para designar el negocio jurídico –apoderamiento- por el que el poder se concede y el documento en el que aquél se otorgó. El negocio jurídico de concesión u otorgamiento de poder se llama apoderamiento.

La declaración de voluntad del poderdante es una declaración recepticia, sin embargo la doctrina no es unánime al señalar en quién es su destinatario: si el representante, el tercero para celebrar el negocio con el cual se otorga el poder o cualquiera de ellos indistintamente, siendo la posición mayoritaria la

⁵⁶ OB CIT PAG 244

última tesis. Se denomina apoderamiento interno al conferido frente al representante y externo al declarado al tercero.

La doctrina nacional define al poder como un negocio unilateral por medio del cual se confiere facultades para actuar en nombre ajeno, y su incidencia se realiza, precisamente, en el ámbito externo, en cuanto el apoderado tiene la facultad de actuar en sustitución, y como si fuese, el poderdante o el titular de los derechos objeto de disposición.

Esta definición se refiere, más que al hecho de que el representante actúe directamente para el representado, a que lo hace «en nombre» de éste. Con ello se quiere subrayar del poder su aspecto externo y su función informativa para que los terceros sepan que contratan con el poderdante.

- EXTENSIÓN Y LÍMITES.

En cuanto al tiempo, cabe sujetarlos a condición suspensiva, señalando plazo desde el cual hayan de surtir sus efectos. Los actos realizados por el representante con anterioridad no obligan al representando, ni aun después de cumplirse la condición o vencer el plazo, pues el poder no tiene eficacia retroactiva, pero pueden ser objeto de ratificación.

En cuanto a los elementos personales, según que el representante venga autorizado para contratar con cualquier tercero, o sólo con una persona concreta y determinada. La limitación a persona concreta y determinada puede desprenderse del contenido del poder o de la forma de su otorgamiento.

En cuanto al objeto. Hay dos clases de poderes: Especiales, que se refieren a un negocio concreto. Y los Generales, se refieren a cuestiones generales, no específicas.

- PODER GENERAL.

El Código Civil, consagra en *el 1er párrafo del Artículo 155º*.- "*El poder general sólo comprende los actos de administración*". Del texto del art. 155 se deduce que la clasificación del poder en general y especial es en base tanto a la extensión de los actos que comprende como a las facultades que se

confieren al representante. Esta clasificación sirve para determinar qué actos puede realizar válidamente el representante.

Por las facultades conferidas: El poder general solamente comprende los actos de administración ordinaria, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; son actos de "administración ordinaria" tanto los de mera custodia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración.

El maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, señala dos perspectivas del poder General, la Primera que:

“Por su extensión: (...) Poder general es el otorgado para realizar todos los actos del representado (todos ellos o con algunas excepciones), salvo aquellos para los que la ley exige poder especial.⁵⁷”

Asimismo, la segunda perspectiva, es:

Por las facultades conferidas: El poder general solamente comprende los actos de administración ordinaria, o sea los que miran a la conservación o incremento del patrimonio del administrado; el apoderado general «puede ejecutar todos los actos aun de disposición, que tienen por objeto la administración» (Baudry Lacantinerie); son actos de administración ordinaria tanto los de mera custodia y conservación de los bienes como los de la gestión de un establecimiento industrial o comercial en la que es necesario realizar actos de disposición que tienen por objeto la administración⁵⁸.

Estimamos que la idea del maestro sanmarquino citado, es que quien tiene poder general está revestido de mayor poder (frente al quien tiene poder especial), por así decir, para realizar actos de trascendencia jurídica, y que son los más valiosos económicamente y frecuentes en la práctica, como disponer bienes inmuebles prediales. Opinión que no compartimos, más allá que el propio Aníbal Torres, refiera líneas más arriba de la parte del texto citado, que *“El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva; por*

⁵⁷ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Acto Jurídico. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. p. 363

⁵⁸ TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363

cuanto en la práctica, específicamente del área Registral y Notarial, es generalizada y está consolidada la idea que el poder para disponer es el poder especial, revestido en orden a lo estipulado en el artículo 156° del Código civil, y del cual existe abundante jurisprudencia registral.

- PODER ESPECIAL.

El Código Civil, consagra en el 2º párrafo del Artículo 155º.- *"El poder especial comprende los actos para los cuales ha sido conferido"*. Del texto del art. 155 se deduce que por su extensión: poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos especialmente determinados, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante.

Poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado, denominados también actos de "administración extraordinaria" por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar).

El poder no es de una determinada clase por el nombre que le pongan las partes, sino lo que de su contenido y circunstancias se deriva. Sucede con frecuencia en la práctica que a un poder en el cual el poderdante designa una serie de actos que debe realizar su apoderado, se le denomina "poder general", cuando en realidad es "especial". Por ejemplo, es especial, aun cuando las partes lo denominen general o como se dice "poder amplio y general", el poder otorgado para vender o comprar bienes muebles e inmuebles, arrendarlos, hipotecarlos, celebrar contratos de cuenta corriente, de préstamo. El poder especial se rige por el principio de la literalidad, esto es, debe ser otorgado por escrito. Con respecto a la representación judicial, el Código Procesal Civil, prescribe:

"Art. 75º.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley. El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de la literalidad."

No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente".

El Código Civil, establece poder para actos de disposición: "*Artículo 156.- Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura Pública, bajo sanción de nulidad".*

Por regla general, el apoderamiento no está sometido a forma ad solemnitatem. El apoderamiento puede darse por una declaración expresa o tácita. Esto es conforme con el principio de libertad de formas que consagra el Código. La forma probatoria y la solemne constituyen la excepción.

En la doctrina nacional, el maestro sanmarquino Aníbal Torres Vásquez, a su vez respecto del poder especial señala dos perspectivas, la Primera que:

*"Por su extensión: poder especial es el conferido para la realización de uno o más actos especialmente determinados, es decir, el poder contiene la designación de los actos que debe realizar el representante"*⁵⁹.

La segunda perspectiva, servirá para precisar que:

*Poder especial es el otorgado para realizar actos de disposición o gravamen del patrimonio del representado, denominados también actos de administración extraordinaria por los cuales se disminuye o sustituye el patrimonio del representado (vender, comprar, dar en pago, permutar, suministrar en propiedad, hipotecar, preñar, etc).*⁶⁰

- EJERCICIO DEL PODER

Es evidente que la concesión de un poder de representación descansa en una confianza hacia la persona del apoderado, que da a la relación representativa un marcado carácter personal, pero no lo es menos que en determinadas circunstancias puede colisionar este principio con otro: el de la máxima eficacia práctica y posible fungibilidad de la gestión representativa, que tratará de impedir que cualquier impedimento en la persona del representante paralice la gestión con daño para los intereses del representado. Recabar la autorización de éste para la sustitución es algo que

⁵⁹TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363

⁶⁰TORRES VASQUEZ, Aníbal. Ob. Cit. p. 363

no siempre es fácil hacerlo con la necesaria rapidez y urgencia que puede requerirse. Ocurre también que determinadas gestiones pueden ser llevadas a cabo indiferenciadamente por cualquier persona. Por otra parte, han de examinarse brevemente las actuaciones del representante que subordinen el interés del representado al suyo propio cuando el poder se dio para satisfacer el de aquél.

- EXTINCIÓN DEL PODER

Es necesario tener presente algo elemental, en la vida todo lo que nace, muere, y más por la naturaleza del ser humano, como dicen los dioses de la mitología griega al referirse de los hombres, son seres fugaces. El poder no es perpetuo, y una vez que nace se encuentra, en su fugaz existencia, sometido a invariables vaivenes de la vida, innumerables modificaciones y también muerte, es decir el poder cesa. Y culmina su existencia, por fenómenos extraños a la decisión de las partes, determinación conjunta de ellas, y por decisión unilateral de cualquiera de ellas. Abigarrados y multiformes son las causas de terminación del poder, y van desde las de sencillez hasta las de inmensa complejidad. Veamos a continuación algunas formas de extinción del poder:

- a) Revocación del poder.
- b) Remoción del representante.
- c) Realización del acto encomendado.
- d) Cesación de la causa fuente. Ejemplo, cesación de la incapacidad: Cese de la curatela, cese de la tutela de los menores sujetos a patria potestad.
- e) Muerte del representado o extinción de la persona jurídica. La muerte de la persona natural o la extinción de la persona jurídica conllevan la extinción de los poderes que hubieran otorgado.
- f) Muerte del representante.
- g) Vencimiento del período de ejercicio.
- h) Cuando el representante incumple con sus obligaciones.
- i) Cuando la ley lo dispone expresamente.
- j) Renuncia de la representación.
- k) Cuando el acto de otorgamiento del poder es nulo.

La doctrina, italiana en los aportes de Bigliuzzi-Geri, citado por Fernando Hinestrosa⁶¹, clasifica de la siguiente manera, las causas de extinción del poder de representación:

- a) Contenido del acto de apoderamiento;
- b) Decisiones del representado o del representante;
- c) Hechos posteriores atinentes a la persona y a la capacidad de cualquiera de ellos.

2.1.3. Marco normativo.

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO

ARTÍCULO 103.

(...)

ABUSO DEL DERECHO.

La Constitución no ampara el abuso del derecho.

1. El último párrafo del artículo 103 de la Constitución de 1993 – norma modificada por Ley N° 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004- prescribe, genéricamente, que "La Constitución] no ampara el abuso del derecho". A su tratamiento se contrae también el numeral II del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984. En realidad, de lo que se trata no es el prohibir el "abuso" de un derecho subjetivo, considerado en sí mismo, sino impedir constitucionalmente el "ejercicio o la omisión abusivos" del derecho subjetivo. El derecho subjetivo es amparado por el ordenamiento jurídico, más se prohíbe que en su ejercicio se afecte el interés de un tercero. De ahí que sea criticable la expresión "abuso del derecho" desde que ella no es descriptiva de la realidad existencial a la que se refiere.
2. La prescripción constitucional antes referida se encuentra ubicada en el Capítulo II del Título que se contrae a la regulación de la "función legislativa".

Consideramos que, por tratarse de un principio general del Derecho, la materia debería incorporarse en un Título Preliminar. La sistemática constitucional, sin embargo, carece de dicho

⁶¹ HINESTROSA, Fernando. —La Representación . Bogotá 2008. Universidad Externado de Colombia. p.421.

Título, por lo que es de suponer que los constituyentes hicieron del artículo 103 de la Constitución un dispositivo que recogiese, aparte del "abuso del derecho", otros principios generales del Derecho.

Como lo señala Rescigno, el tema del "abuso del derecho" no es un problema exclusivamente de carácter dogmático, sino que es una cuestión que "emerge históricamente del desarrollo y de las contradicciones de la sociedad liberal y de su sistema económico". Se trata de una reacción frente a los excesos cometidos bajo el equivocado entendido de que la propiedad es un derecho "absoluto", en cuyo ejercicio se podía abusar del mismo sin límite alguno, por lo que, aunque se afectase a terceros, se trata de un proceder considerado lícito. Por ello, como lo anota el mencionado autor, el instituto del "abuso del derecho" surge de "la necesidad de confiar al juez un medio para corregir las más estridentes desigualdades" (L'abuso del diritto. "Rivista di Diritto Civile", Parte, I, 1995, pp. 218-219).

Para comprender los alcances de este "genérico deber" debemos precisar que los derechos subjetivos no son absolutos desde que lo jurídico surge de la relación entre dos o más personas, es decir, de conductas humanas intersubjetivas. El derecho es estructuralmente coexistencial desde que el ser humano, por naturaleza, es un ente social, creado para vivir necesariamente en sociedad. Es por ello que en todo derecho subjetivo subyacen deberes, y éstos, a su vez, conllevan derechos. Dentro de los deberes que surgen de cada derecho subjetivo cabe distinguir uno que es genérico, por lo que aparece en cualquier derecho subjetivo. Se trata del deber de "no dañar" al ejercitarse el respectivo derecho. Pero, simultáneamente, cada derecho subjetivo posee el deber o los deberes que son inherentes a su particular naturaleza. Este plexo de derechos y deberes se suele conocer en el Derecho contemporáneo con la denominación de "situación jurídica subjetiva".

El "abuso del derecho" resulta ser la concreción del genérico deber de "no dañar a otro en el ejercicio de un derecho" en el caso específico en que, a través de dicho ejercicio, se afecte un interés no protegido por una expresa norma jurídica.

CÓDIGO CIVIL.

Interpretación del Acto Jurídico

Interpretación objetiva

Artículo 168º.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

Los criterios de interpretación enunciados por la ley pueden ser clasificados en dos tipos: criterios de interpretación subjetiva que se basan en la investigación de la intención del actor, y 105 llamados de interpretación objetiva que se apoyan en elementos objetivos (GALGANO). Al respecto nuestro Código ha definido una posición que no admite vacilaciones, señalando que lo manifestado es, en línea de principio, lo que determina el sentido y contenido del acto. Así, las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado. La referencia que el artículo 168 hace al principio de la buena fe no hace sino reforzar el criterio objetivista adoptado por el Código.

Sin embargo, el codificador ha sido consciente de que en ocasiones las palabras y sus combinaciones pueden traicionar la intención del otorgante, será necesario entonces hurgar más allá de las palabras intentando conocer cuál fue su real intención. No obstante, tal investigación no puede ser automática, sin con ello debilitar la seguridad jurídica que el Derecho busca preservar. En materia contractual por ejemplo, el legislador ha sancionado que la falta de coincidencia entre lo expresado y lo querido deberá probarse por quien la invoque, manteniendo vigor entre tanto la presunción de que lo expresado es lo que las partes quisieron (artículo 1361). Cabe preguntarse si tal presunción es válida para todo tipo de acto jurídico.

Nulidad del Acto Jurídico

Causales de nulidad

Artículo 219º.- El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el Artículo 1358º.
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

4.- Cuando su fin sea ilícito.

- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
- 7.- Cuando la ley lo declara nulo.

Inciso 4)

El "fin" no es otra cosa que la causa del negocio jurídico. La causa del negocio jurídico es la función -económica- del mismo (GIORGIANNI). La causa es diferente de la "intención", en tanto que ésta es la tendencia natural que la parte o las partes tienen de alcanzar el fin práctico intrínseco del negocio. Asimismo, la causa es diferente del "motivo", en tanto que éste es el impulso subjetivo que determina que la parte o las partes celebren el negocio (BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, NATOLI, BUSNELLI).

Todo negocio jurídico celebrado supone la existencia de "motivos" e "intención", aunque no de causa. En efecto, cuando la parte o las partes concluyen un negocio cualquiera, es evidente que lo hacen porque quieren obtener el resultado que normalmente se deriva del mismo para satisfacer sus necesidades particulares. Sin embargo, eventualmente dicho negocio puede no tener causa. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se celebra un contrato de compraventa sobre un bien que en realidad ya pertenece al comprador o cuando se celebra un contrato de seguro sobre un bien que en realidad ya ha perecido.

En tales casos es evidente que a pesar de que las partes pretenden obtener los fines prácticos usualmente derivados de los contratos en cuestión (transferencia de propiedad y de riesgo,

respectivamente), para responder de este modo a los diferentes motivos que las impulsan a celebrarlos, aquéllos no pueden, por razones obvias, cumplir las funciones económicas que les corresponden. Por tal razón dichos contratos carecen de causa.

Ahora bien, el Código Civil no establece la nulidad del negocio jurídico por falta de causa sino solamente por ilicitud de la misma. En tal sentido, si en el caso concreto no existe función económica, el negocio celebrado tendrá que ser considerado "inexistente".

Normalmente cuando el objeto del negocio es ilícito, la causa también lo es. Sin embargo, es perfectamente posible que dicho objeto sea lícito y la causa no. Esto ocurre, por ejemplo, cuando un sujeto se compromete a abstenerse de ejecutar un delito a cambio de una suma de dinero. En este caso es claro que a pesar de que cada una de las conductas acordadas por las partes es lícita, su combinación negocial no lo es, en tanto que se encuentra dirigida a una función práctica consistente en sacarle provecho a una conducta que legalmente debe ser observada.

2.2. OBJETIVOS

2.2.1. Objetivo general

Analizar el la “Casación N° 1554–2015 – Lima–Presunción de abuso de derecho y nulidad de actos de transferencia del representante consigo mismo.

2.2.2. Objetivos específicos

- Establecer cuáles son los parámetros de la ley frente al ejercicio abusivo del derecho.

- Determinar cuáles son las características y/o requisitos de representación para determinar los tipos de poderes que existen en nuestro ordenamiento legal.

2.3. VARIABLES.

2.3.1. Identificación de las variables

- **VARIABLE INDEPENDIENTE:**
El ejercicio abusivo del derecho.

- **VARIABLE DEPENDIENTE:**
Acto jurídico y la representación.

2.4. SUPUESTOS.

- La representación y transferencia de propiedades para consigo mismo es válido en el Perú.

- Si el ejercicio abusivo de derecho, se entiende al final como el acto dañoso a una persona a pesar de que este de su consentimiento para celebrar actos jurídicos.

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA de tipo socio-jurídico.

3.2. MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la Sentencia recaída en la casación N° 1554-2015-LIMA” – Caso presunción de abuso de derecho y nulidad de actos de transferencia del representante consigo mismo.

3.3. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre el expediente judicial N° 1554-2015-LIMA” Caso presunción de abuso de derecho y nulidad de actos de transferencia del representante consigo mismo.

3.4. PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó el expediente del Tribunal Constitucional al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis del expediente N° 1554-2015-LIMA., desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco constitucional general al específico.
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo del autor del método de caso.

5. El procesamiento de la información se realizó mediante el uso de la constitución política del Perú (1993), código civil y el expediente NN° 1554 – 2015-LIMA

6. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.5. VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto al análisis de una sola sentencia.

3.6. PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En el análisis de la información extraída del caso investigado, se aplicó los principios de la ética,

CAPÍTULO IV RESULTADOS

Con respecto al análisis del expediente estudiado, de acuerdo a la casación que declaró infundada la casación por existir presunción del ejercicio abusivo de derecho al transferir todos los bienes inmuebles a su nombre por tener facultad o poder se representación de manera amplia y general:

El presente proceso de nulidad de acto jurídico, surge a raíz de que la señora María Soyer viuda de Jayo interpone demanda de nulidad de acto jurídico, señalando como pretensión que se declare la nulidad de la escritura pública de donación, la escritura pública de compra venta de derechos y acciones, el Anticipo de Legítima de bienes inmuebles y en consecuencia de los asientos registrales correspondientes, por cuanto la demandada Ana Doland (una de sus cinco hijos), le hizo firmar un poder, con el argumento que serviría para ayudarla a pagar los impuestos y arbitrios de los inmuebles adquiridos durante su matrimonio con Antonio Jayo (fallecido), cuya minuta y escritura pública no pudo leer, induciéndola a error, hecho que advirtió al solicitar los antecedentes registrales para proceder a repartir la masa hereditaria correspondiente a su difunto esposo.

Así, en el presente caso, Para la Corte Suprema, la emplazada realizó tres actos jurídicos a favor de sí misma; sin embargo, la transferencia del inmueble fue realizada mediante compra venta por un valor irrisorio y las demás transferencias fueron realizadas sin un intervalo de tiempo razonable, **por lo que concluyen que existen indicios y presunciones judiciales, suficientes y coherentes para concluir que la demandada abusando del lazo que la une con la demandante, adquirió un poder amplio para disponer de los bienes de su progenitora, utilizándolo con la única finalidad de apropiarse de la mayor cantidad posible de los derechos y acciones que le correspondían a ésta respecto a los inmuebles transferidos, resultando evidente que la demandada no ha actuado de buena fe y con arreglo a las buenas costumbres, en ninguno de los actos jurídicos materia de nulidad, máxime si existen otros hijos de la actora que tienen derecho a concurrir con la demandada en la herencia que aquella deje a su fallecimiento, lo cual es considerado como un abuso del derecho que su poderdante le confirió, en tanto su conducta constituye una de carácter antisocial y amoral, que merece sanción de la nulidad de los actos jurídicos, al incurrir en la causal contemplada en el artículo 219 inciso 4 del Código Civil y, por ende, declararon infundado el recurso de casación interpuesto por la demandada.**

CAPÍTULO V

DISCUSIÓN

1. El sentido de justicia no nos permite ignorar los casos de abuso del derecho. Claramente no vivimos aislados, estamos insertos en la sociedad, nuestros actos pueden provocar daño a otro. Por lo tanto, no podemos ampararnos en el ejercicio de un derecho para causar daño. La legislación confiere derechos a las personas para que ellas los usen y no para que “abusen de ellos”.
2. En la casación N° 1554 – 2015 – Loma, se planteó el problema sobre presunción de abuso de derecho y nulidad de actos de transferencia del representante para consigo mismo. La demandada Señora Ana María Jayo Soyer interpuso recurso de casación contra la resolución que revoca la sentencia de primera instancia el cual reformulándola declara fundada la demanda interpuesta por María Aurelia Soyer Zevallos viuda de jayo.
3. Expuesto el problema, la Corte Suprema de Justicia determino como puntos controvertidos los siguiente i) determinar si procede declarar nulo el acto jurídico de representación y en consecuencia a ello la cancelación de todos los asientos registrales inscritos a su nombre. ii) determinar si procede declarar nulo el acto jurídico de compra y venta de derechos y acciones y en consecuencia la cancelación de los asientos registrales inscritos a su nombre y iii) determinar si procede declara nulo el anticipo de legitima y como consecuencia de ello la cancelación de los asientos registrales inscritos a su nombre; lo cual ha Corte acertadamente y se comparte este criterio ordeno que se sancione con las nulidad de dichos actos, por cuanto no es amparable el ejercicio abusivo del derecho, más aun cuando la conducta del sujeto es con el propósito de causar un daño patrimonial a una persona, constituyendo un acto amoral y contrarias a las buenas costumbre.
4. Se determinó de manera objetiva la interpretación del artículos 160 “Representación Directa” Artículo 168 “interpretación del acto jurídico – la buena fe” y el artículo 219.4 “el acto jurídico es nulo cuando su fin sea ilícito”. Al amparo de nuestra legislación, en el presente caso se ha podido resolver el ejercicio abusivo del derecho al permitir que la interesada pueda solicitar los

“mecanismos de defensa” apropiadas para evitar o suprimir el abuso, es decir que nuestro ordenamiento jurídico tipifica el ejercicio abusivo del derecho.

5. Sin embargo, en otras legislaciones como Chile, el abuso del derecho no está regulado directamente dentro de su legislación, sin embargo existen normas específicas que lo recepcionan. La doctrina en general ha sostenido que al abuso del derecho es un ilícito civil al que deben aplicársele las reglas que rigen la responsabilidad civil. Sin embargo existen autores que discrepan, y que consideran que el veto al ejercicio abusivo de los derechos es un principio general de nuestra legislación. Otros consideran que lo que se ha denominado abuso del derecho no sea más que el ejercicio de un espejismo o apariencia de derecho, esto porque quien abusa del derecho lo que hace es extender el interés más allá de sus límites o lo desvía en una dirección contraria a la ley.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES

1. El Código Civil estipula en el título preliminar estipula que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho por lo tanto el caso analizado se observa y determina que la hija abusando del poder de representación que lo otorgo la madre, realiza actos ilícitos y transfiere las propiedades inmuebles a su nombre, despojando a sus demás hermanos de la partición que le corresponde por ley.
2. Asimismo se llegó a establecer conceptos claros sobre la representación y sus alcances y la operatividad del abuso del derecho y en ese criterio la Corte Suprema determina que si existió la presunción del ejercicio abusivo del derecho por vulnerar la confianza de la poderdante, otorgándose con ello jurisprudencia vinculante a nivel nacional, que es de observancia obligatoria.
3. Se determinó que los actos realizados a través del poder de representación amplio y general, cuya finalidad fue la transferencia de bienes inmuebles, adolecen de causal de nulidad consistente y prevista en el artículo 219 del código civil inciso 4, esto es, cuando su fin sea ilícito, advirtiendo que existió error procesal por cuanto el artículo 139.3 establece que en un proceso debe establecerse siempre con la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

CAPÍTULO VII

RECOMENDACIONES

1. Se debe ampliar, dotar de mecanismos legales necesarios sobre el texto del Código Civil en lo relativo a la representación y evitar atropellos legales como lo desarrollado en el presente proceso.
2. Si bien al notario se le ha conferido el poder de legalizar todos los actos jurídicos, este debe darse cuenta también el tipo de poder que está inscribiendo y las estipulaciones o fines a lograr con ellos, en el entendido que no cometan ejercicio abusivo del poder que tienen las personas.
3. Es importante recalcar el Código Procesal Civil, y la Constitución, en el sentido de que sirve de herramienta para poder contrarrestar abusos de otras personas y hasta del mismo aparato jurisdiccional debido a la situación del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, que es un límite de la ley o para ejecutar las leyes de manera razonable y motivada.

CAPÍTULO VIII

REFERENCIAS BLIOGRÁFICAS

1. ALBADALEJO, Manuel. *Derecho Civil. Introducción y Parte General*. Tomo I. Segunda edición. Barcelona: Bosch, 1993, p. 381
2. ANGULO SIFUENTES, Ivonne Andrea (2010). El abuso del derecho y la responsabilidad extracontractual (tesis de pregrado) Universidad Austral de Chile, Valdivia, Chile.
3. BETTI, Emilio. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Segunda edición. Granada: Comares, 2001
4. BORDA, Guillermo: El abuso del derecho, en revista *Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Lima, Lima, N° 15. junio 1990.
- 5.
6. CIEZA MORA, Jairo (2005).” Problemática de la nulidad y la impugnación de los acuerdos de las sociedades y asociaciones.” Editorial Gaceta Jurídica. Edición dialogo con la jurisprudencia. Pp.07
7. CUSI ARREDONDO, Andrés “Teoría del Acto Jurídico” Trabajo Monográfico presentado en la universidad inca Garcilaso de la vega – año 2014
8. ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción de PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José. Tomo II. Bosh. Barcelona. 1950
9. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos: Abuso del derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992
10. FLEITAS, Abel M: El abuso del derecho en la reforma del código civil argentino, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1944
11. FUEYO LANERI, Fernando: Instituciones de Derecho Civil Moderno, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1990
12. HERNANDEZ VELASCO, HectorElias (2009). *El Abuso de Derecho en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia 1935 – 2009-Colombia (tesis de maestría)*. Universidad Industrial de Santander, Bucaramanga, Colombia.
13. HINOSTROSA, Fernando. *La Representación*. 1era. Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – 2008
14. LARENZ, Karl. *Tratado de Derecho Civil Alemán*. Tercera edición. Munich. Edersa, 1974
15. MARTÍN BERNAL, José Manuel: El Abuso del Derecho, Editorial Montecorvo S. A., Madrid 1982.

16. Moisset de Espanés, Luis: *El abuso del derecho*,
www.acader.unc.edu.ar/artabusodelderecho.pdf
17. MORALES HERVIAS, Romulo (2010). *Las Patologías y Remedios del Contrato 2010* (tesis de doctorado). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima-Peru.
18. Lizardo Taboada Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la PUCP. *Comentarios al código civil. Themis Revista de Derecho Digital de la PUCP Num 11.*
19. ROCA SASTRE, Ramón y PUIG BRUTAU, José. *Estudios de Derecho Privado. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1948*
20. RODRÍGUEZ GREZ, Pablo: *El Abuso del Derecho y El Abuso Circunstancial*, Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1999
21. TAVOLARI GOYCOLEA, Pía: *El Abuso en el Proceso*, Editorial Jurídica Congreso Ltda., Santiago, 2004
22. TORRES VASQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico. Lima 2001. Editorial Moreno S.A. IDEMSA.*
23. W. PEYRANO, Jorge (1994). "El Abuso del derecho en el ámbito del proceso civil". *Themis Revista de Derecho Digital de la PUCP Num 27-28*,
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/issue/view/1045>.

ANEXOS

ANEXO N° 01

MATRIZ DE CONSISTENCIA

AUTOR: CARLOS ENRIQUE RIOS TECCO

PROBLEMA	OBJETIVOS	SUPUESTOS	VARIABLES	METODOLOGÍA
<p>Problema principal</p> <p>¿Cuáles son los parámetros de la ley frente al ejercicio abusivo del derecho?</p> <p>Problemas específicos</p> <p>¿Qué es la representación y cuáles son sus límites?</p> <p>¿Qué tipo de poderes se puede otorgar y cuáles son parámetros legales?</p>	<p>Objetivo general</p> <p>Analizar el la “Casación N° 1554–2015 – Lima–presunción de abuso de derecho y nulidad de actos de transferencia del representante consigo mismo”.</p> <p>Objetivos específicos</p> <p>Establecer cuáles son los parámetros de la ley frente al ejercicio abusivo del derecho.</p> <p>Determinar cuáles son las características y/o requisitos de representación para determinar los tipos de poderes que existen en nuestro ordenamiento legal.</p>	<p>La representación y transferencia de propiedades para consigo mismo es válido en el Perú.</p> <p>Si el ejercicio abusivo de derecho, se entiende al final como el acto dañoso a una persona a pesar de que este de su consentimiento para celebrar actos jurídicos.</p>	<p><u>Dependiente</u></p> <p>El ejercicio abusivo del derecho.</p> <p><u>Independiente</u></p> <p>Acto jurídico y la representación.</p>	<p>TIPO DE INVESTIGACIÓN:</p> <p>Descriptivo</p> <p>DISEÑO:</p> <p>No experimental</p> <p>MUESTRA:</p> <p>Expediente.</p> <p>TECNICAS:</p> <p>Análisis</p> <p>Documental</p> <p>INSTRUMENTOS:</p> <p>Ficha de recolección de datos.</p>

ANEXO N° 2: SENTENCIA

CASACIÓN 1554-2015-LIMA

1.
CASACIÓN N.º 1554-2015 LIMA

PRESUNCIÓN DE ABUSO DE DERECHO Y NULIDAD DE ACTOS
DE TRANSFERENCIA DEL REPRESENTANTE CONSIGO MISMO

Creación	N.º 1554-2015 LIMA
Fecha	29.9.2015
Procedencia	Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
Procedente	Viceministro Waldemar Jaurique
Tema	Presunción de abuso de derecho y nulidad de actos de transferencia del representante consigo mismo
Concordancia	Constitución Política art. 100 Código Civil arts. 11 de la TP, 188 y 219.4
Sumilla	Se concluye que existen indicios y presunciones judiciales suficientes y conexas para concluir que la demandada abusando del lazo que la une con la demandador, adquirió un poder amplio para disponer de los bienes de su patrimonio, utilizándolo con la única finalidad de apropiarse de la mayor cantidad posible de los derechos y acciones que le correspondían a esta respecto a los inmuebles transferidos, es decir, con el objeto de causar daño al patrimonio de la demandante, resultando evidente que la demandada no fue poseída de buena fe y con arreglo a las buenas costumbres; en ninguno de los actos jurídicos materia de nulidad; tampoco se existen otros hijos de la actora que tienen derecho a coexistir con la demandada en la herencia que se aparta de la sucesión, lo cual es considerado como un abuso del derecho que su demandante le continúa, en tanto su conducta constituye una de carácter antisocial y punible, que debe ser sancionada por el órgano jurisdiccional declarando la nulidad de los actos jurídicos

Lima, veintinueve de setiembre de dos mil quince.

LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: con el expediente acompañado, vista la causa número mil quinientos cincuenta y cuatro - dos mil quince, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

En el presente proceso de nulidad de acto jurídico, la demandada Ana María Jayo Soyer, ha interpuesto recurso de casación de folios cuatrocientos sesenta y seis, contra la sentencia de vista de fecha veinte de enero de dos mil quince,

de folios cuatrocientos veintinueve, dictada por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia de primera instancia de fecha veintinueve de octubre de dos mil trece, de folios trescientos setenta y seis, que declara infundada la demanda, y reformándola declara fundada la demanda interpuesta por María Aurelia Soyer Zevallos viuda de Jayo.

II. ANTECEDENTES

I. DEMANDA: Mediante escrito de fecha quince de julio de dos mil diez, de folios setenta y seis, subsumado a folios ochenta y nueve y noventa y siete, María Aurelia Soyer Zevallos viuda de Jayo interpone demanda de nulidad de acto jurídico, señalando como pretensión que se declare la nulidad de: a) La escritura pública de donación de fecha siete de diciembre de dos mil nueve, y en consecuencia de los asientos registrales C00003, D00003 de la Partida Registral número 07081292; b) La escritura Pública de compra venta de derechos y acciones de fecha doce de abril de dos mil diez, y en consecuencia de los asientos registrales C00002 y D00001 de la Partida Registral número 49014989; c) La escritura Pública de Anticipo de Legítima de bienes inmuebles de fecha nueve de abril de dos mil diez, y en consecuencia de los asientos registrales C00002 y D00001 de la Partida Registral número 47413486, C00002 y D00004 de la Partida Registral número 07037581, C00002 y D00001 de la Partida Registral número 41939052, C00002 y D00001 de la Partida Registral número 41939044. Alega como sustento de su pretensión que: a) La demandada Ana María Doland, con pasaporte norteamericano y nacida en el Perú con el nombre de Ana María Jayo Soyer, es una de sus cinco hijos, quien aprovechándose de su amor hacia ella, le hizo firmar un poder amplio y general, con el argumento que serviría para ayudarme a pagar los impuestos y arbitrios de los inmuebles adquiridos durante su matrimonio con Antonio Jayo de la Cruz, quien se encuentra fallecido a la interposición de la demanda, cuya minuta y escritura pública no pudo leer, induciéndola a error; b) Al solicitar los antecedentes registrales para proceder a repartir la masa hereditaria correspondiente a su difunto esposo, tomó conocimiento que la demandada había celebrado en su representación los actos jurídicos cuya nulidad se solicita a favor de sí misma; c) En efecto, el inmueble ubicado en el Lote 18, Manzana R, ahora Calle 4 número 954-956, es un bien propio de la actora, el cual ahora aparece en la Partida Registral número 07081292 como donado a la demandada; el inmueble ubicado en Calle 5 número 983-985, Urbanización La Florida, Distrito del Rímac, aparece en la Partida Registral número 49014989 como si la actora hubiera vendido sus derechos y acciones sobre el mismo a favor de la demandada por la suma de cuatro mil trescientos nuevos soles, que nunca recibió; los inmuebles ubicados en Calle 16 número 380-382, Urbanización La Florida, Distrito del Rímac, Av. Amancas números 340-350-360-368, Distrito del Rímac, Calle Leoncio Prado, Distrito de Surquillo y Calle Leoncio Prado, Departamento número 203, Distrito

de Surquillo, corren en las Partidas Registrales números 47413486, 07037581, 41939052 y 41939044 respectivamente, como dados en anticipo de legítima a favor de la demanda, éstos tres últimos en un porcentaje del 58.33 de las acciones o derechos que le corresponden a la actora; d) Nunca ha existido su voluntad en el sentido de los actos jurídicos antes señalados, siendo que la demandada los ha realizado con un poder que adolece de su real voluntad; e) En consecuencia los actos jurídicos cuestionados son nulos en mérito a lo establecido en el artículo 219, incisos 1 y 4 del Código Civil, esto es, falta de manifestación de voluntad y fin ilícito.

2. CONTESTACIÓN: La demandada Ana María Jayo Soyer, contesta la demanda a folios ciento treinta, alegando que: a) Resulta falso lo afirmado por la demandante en el sentido que la he hecho formar con argucia el poder amplio y general, ya que la misma con absoluto estado de conciencia y por su voluntad le otorgó el referido poder; b) Entre las facultades otorgadas, se encuentra expresamente la de disposición a cualquier título y a cualquier persona, incluyendo ella misma; c) Por tanto, al realizar los actos de disposición cuestionados, se encontraba legalmente facultada para celebrarlos; d) Se han cumplido las formalidades legales exigidas para tal efecto; e) La demandante impugna las escrituras públicas mas no los actos jurídicos que contiene o el poder otorgado a su favor; y, f) No existe evidencia que se haya pretendido conseguir un efecto prohibido por ley.

3. PUNTOS CONTROVERTIDOS: Se determinaron como puntos controvertidos los siguientes: **3.1** Determinar si procede declararse nulo el acto jurídico contenido en la escritura pública de donación de fecha siete de diciembre de dos mil nueve, y en consecuencia de ello la cancelación de los asientos registrales C00003 y D00003 de la Partida Electrónica 07081292. **3.2** Determinar si procede declararse nulo el acto jurídico contenido en la escritura pública de compra venta de derechos y acciones de fecha doce de abril de dos mil diez, y como consecuencia de ello la cancelación de los asientos registrales C00002 y D00001 de la Partida Electrónica 49014989. **3.3.** Determinar si procede declararse nulo el acto jurídico contenido en la escritura pública de anticipo de legítima de los asientos registrales C00002 y D00001 de la Partida Electrónica 47413486, C00002 y D00004 de la Partida Electrónica 07037581, C00002 y D00001 de la Partida Electrónica 41939052, C00002 y D0001 de la Partida Electrónica 41939044.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: Culminado el trámite correspondiente, el Juez mediante sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil trece, de folios trescientos setenta y seis, declaró infundada la demanda, considerando que: a) Mediante escritura pública de fecha dieciséis de mayo de dos mil nueve, la demandante otorgó poder a favor de la demandada, confiriéndole, entre otras, "Facultades para comprar, vender y gravar. Adquirir y transferir a título gratuito u oneroso toda clase de bienes muebles o inmuebles, a favor de terceros o de

la apoderada su propia hija, no hubo razón para que la demandante tenga mayor cuidado en la suscripción del poder; iv) La demandante al suscribir el referido poder tenía ochenta y tres años de edad, siendo razonable entender que sus capacidades de discernimiento se ven atenuadas; v) No resulta usual la inserción de la facultad de adquirir bienes a favor de la apoderada; vi) Existe la intención de despojar a la demandante de sus propiedades; vii) Los actos jurídicos cuestionados han sido otorgados en fecha sucesivas, debido a que el poder podía ser revocado; y viii) Se buscaba evitar concurrir en una sucesión testamentaria o intestada que implicara un menor porcentaje de bienes para la demandada.

III. RECURSO DE CASACIÓN

Esta Sala Suprema, mediante resolución de fecha doce de junio de dos mil quince, obrante a fojas cincuenta y tres del respectivo cuaderno formado, ha declarado procedente el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana María Jayo Soyer, por la infracción de los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Estado; 160, 168 y 219 inciso 4 del Código Civil.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SUPREMA SALA

PRIMERO: Que, estando a los argumentos expuestos durante el transcurso del proceso así como en el recurso de casación, la controversia gira en determinar si los actos jurídicos contenidos en las escrituras públicas de fecha siete de diciembre de dos mil nueve [donación de inmueble]; doce de abril de dos mil diez [compraventa de derechos y acciones del inmueble], nueve de abril de dos mil diez [anticipo de legítima de inmuebles], adolecen de causal de nulidad consistente prevista en el artículo 219 inciso 4 del Código Civil, esto es, cuando su fin sea ilícito, toda vez que la causal contemplada en el inciso 1 del referido artículo ha sido desestimada por la Sala Superior, extremo que no ha sido cuestionado vía recurso de casación por la parte demandante.

SEGUNDO: Que, habiéndose declarado procedente el recurso de casación por normas procesales así como normas materiales, corresponde en primer término efectuar el análisis sobre la existencia del error procesal, toda vez que, de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de sentido emitir pronunciamiento respecto de la infracción normativa material, referida al derecho controvertido en la presente causa.

TERCERO: Que, resulta adecuado precisar que, el artículo 139.3 de la Constitución Política del Estado ha establecido como un derecho relacionado con el ejercicio de la función jurisdiccional "la observancia

de sí misma (...). La apoderada queda incluso facultada para adquirir o gravar a favor de sí misma los bienes muebles o inmuebles de la apoderada"; b) En la introducción de la citada escritura pública, el notario deja constancia que la otorgante del poder procede por derecho propio: "Doy fe de haber identificado a la compareciente, quien es mayor de edad, obra con capacidad, libertad y conocimiento del acto que realiza, que es inteligente en el idioma castellano, a quien se le instruyó de los efectos legales del citado instrumento"; c) No se ha acreditado fehacientemente la falta de manifestación de voluntad del agente, toda vez que la demandante otorgó poder a la demandada para que pueda disponer de sus bienes; d) Si bien la demandada resultó ser la beneficiaria de los actos jurídicos, no existe norma legal alguna que impida tal supuesto; e) No se ha demostrado que la demandante haya sido inducida a error o fraude al momento de otorgar el poder a la demandada; f) No se ha acreditado el fin ilícito, más aún si los posibles herederos de la demandante no han cuestionado judicialmente los actos jurídicos en mención; y, g) La actora no solo suscribió la minuta mediante la cual confería poder de representación, sino que además tuvo que firmar la correspondiente escritura pública.

5. FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN: Mediante escrito de fecha cuatro de diciembre de dos mil trece, de folios cuatrocientos dos, la demandante María Aurelia Soyer Zevallos viuda de Jayo, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, alegando que la misma adolece de motivación deficiente, debido a que: a) No se ha tenido en cuenta que la demandada se ha valido de facultades no otorgadas para disponer de derechos sustantivos; b) La impugnada se fundamenta solo en el interés de la demandada; y, c) El poder del que se vale la demandada no especificaba el anticipo de legítima.

6. SENTENCIA DE VISTA: Elevados los autos a la Sala Superior en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandante, la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante sentencia de vista de fecha veinte de enero de dos mil quince, de folios cuatrocientos veintuno, revocó la sentencia de primera instancia, y reformándola declaró fundada la demanda, sosteniendo que: a) No corresponde amparar la demanda por la causal de falta de manifestación de la voluntad, toda vez que conforme al artículo 166 del Código Civil, los actos jurídicos celebrados consigo mismo son sancionados con la anulabilidad, además de existir en el caso de autos manifestación de voluntad de la transferente y la adquisiente; b) Los actos de disposición cuestionados con la demanda adolecen de fin ilícito, toda vez que: i) Del poder de fecha dieciséis de mayo de dos mil nueve, en ningún extremo se aprecia la voluntad de la demandante de donarle el inmueble descrito en la Partida Registral número 07081292, ni venderle los derechos y acciones del inmueble inscrito en la Partida Registral número 49014989, ni otorgarle en anticipo de legítima los bienes inmuebles correspondientes a las Partidas Electrónicas números 47413486, 7037581, 41939052 y 41939044 a la demandada; ii) La redacción del poder otorgado es genérico, por lo que una persona no versada en derecho no podría colegir los alcances del mismo; iii) Al ser

del debido proceso y la tutela jurisdiccional". Sobre esta el Tribunal Constitucional ha señalado que supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, mientras que sobre aquel ha expresado que significa la observancia de los principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos; resultando oportuno citar al respecto, la Sentencia N.º 09727-2005-PHC/TC, del 6 de octubre de 2006, fundamento 7 "(...) mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales (...) principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos. El debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones: una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que integran tienen que ver con las formalidades estruadas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer".

Debido proceso como fundamento

CUARTO: Que, una de las reglas esenciales que componen el derecho fundamental al debido proceso, lo constituye la *motivación de las resoluciones judiciales*, recogida expresamente dada su importancia en el inciso 5) de la Constitución Política del Estado; derecho - principio sobre el cual la Corte Suprema en la Casación N.º 2139-2007-Lima, publicada el 31 de agosto de 2007, fundamento sexto, ha establecido lo siguiente: "(...) además de constituir un requisito formal e ineludible, de toda sentencias constituye el elemento intelectual de contenido crítico, valorativo y lógico, y está formado por el conjunto de razonamientos de hecho y de derecho en los que el magistrado ampara su decisión; por ende, la exigencia de la motivación constituye una garantía constitucional que asegura la publicidad de las razones que tuvieron en cuenta los jueces para pronunciar sus sentencias; además, la motivación constituye una forma de promover la efectividad del derecho a la tutela judicial, y así, es deber de las instancias de revisión responder a cada uno de los puntos planteados por el recurrente, quien procede en ejercicio de su derecho de defensa y amparo de la tutela judicial efectiva".

Motivación de resoluciones judiciales garantía del debido proceso

motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los Magistrados, sino en datos objetivos que proporcionan el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso, sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Así, en la sentencia recaída en el expediente N.º 3943- 2006-PA/TC, de fecha 11 de diciembre de 2006, el Colegiado Constitucional en mención, ha precisado que este contenido queda delimitado en los siguientes supuestos: "a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*; b) *Falta de motivación interna del razonamiento*, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente incapaz de transmitir de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión (...); c) *Deficiencia en la motivación externa*: justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez o eficacia jurídica; d) *La motivación insuficiente*, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien (...) no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo; e) *La motivación sustancialmente incongruente*, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer por lo tanto, las desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (...); aunado a ello, corresponde precisar que la motivación aparente se configura también cuando no se responde por ejemplo a las alegaciones o pretensiones de las partes en el proceso, conforme a lo precisado por el citado Tribunal en el expediente 0078-2008-PHC/TC.

Debida motivación según el Tribunal Constitucional

SEXTO: Que, de la revisión de la sentencia de mérito, se aprecia que el Colegiado Superior, ha declarado fundada la demanda, bajo los argumentos consistentes en que del poder otorgado por la demandante a favor de la demandada mediante escritura pública de fecha dieciséis de mayo de dos mil nueve, expresamente no se desprende que se le

haya otorgado facultades a esta para realizar la donación, compraventa y anticipo de legítima de los inmuebles subditos, existiendo adicionales referentes que le permiten concluir en el actuar ilegal de la emplazada, como son, entre otros, la relación consanguínea de madre e hija entre ambas, la edad de la otorgante, la falta de ilustración de esta para conocer de los alcances de los documentos que suscribía, la casi nula frecuencia de existencia de una cláusula consistente en la facultad de poder venderse a sí misma en representación de la poderdante, el despojo a la actora de su patrimonio pese a existir otros hijos que deben concurrir en la herencia de la misma, y la continuidad de la celebración de los actos, invocando para tal efecto los artículos 139 inciso 3 de la Constitución Política del Estado, y 140 y 219 inciso 1 y 4 del Código Civil; en consecuencia, se advierte que la sentencia de vista no incurre en alguna de las deficiencias de motivación descritas en el quinto considerando de la presente resolución, en tanto la Sala de mérito ha cumplido con precisar de forma clara, congruente y suficiente los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su decisión, de manera que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, por lo que corresponde declarar infundada la causal de infracción normativa de los artículos 139, incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú.

SÉTIMO: Que, el artículo 160 del Código Civil, respecto a la representación directa, establece: "El acto jurídico celebrado por el representante, dentro de los límites de las facultades que se le haya conferido, produce efecto directamente respecto del representado".

OCTAVO: Que, el artículo 168 del mismo cuerpo normativo, en relación a la interpretación objetiva del acto jurídico, prevé: "El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe". (el resaltado es nuestro)

NOVENO: Que, el artículo 219 inciso 4 del precitado cuerpo legal, prescribe en cuanto a las causales de nulidad: "El acto jurídico es nulo: (...) 4. Cuando su fin sea ilícito".

DÉCIMO: Que, siguiendo a Paredes Palacios, los medios probatorios son directos e indirectos. Son directos, cuando muestran al juez el mismo hecho a probar. Son indirectos, cuando muestran un hecho distinto, pero proporcionan elementos a partir de los cuales el juez formula un argumento para deducir la existencia u ocurrencia de hecho a probar. Éstos últimos, corresponden a los sucedáneos¹.

1 PAREDES PALACIOS, Paul, "Las presunciones como sucedáneos de los medios probatorios", en *Aportes para la reforma del proceso laboral peruano*. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (varios autores), 1.ª ed., Lima: 2005, p. 180.

DÉCIMO PRIMERO: Que, los sucedáneos de los medios probatorios se encuentran regulados en los artículos 275 a 283 del Código Procesal Civil, siendo éstos: i) el indicio; ii) la presunción; y iii) la ficción legal, siendo que dentro de la segunda de las mencionadas, se encuentra la presunción judicial, la cual es elaborada por el juez a través del examen de los indicios, utilizando la lógica y la experiencia.

DÉCIMO SEGUNDO: Que, asimismo, corresponde tener en cuenta lo establecido en los artículos 103 de la Constitución Política del Estado² y II del Título Preliminar del Código Civil³, en el sentido que la Constitución ni la ley, amparan el ejercicio abusivo de un derecho; el cual se configura cuando se excede los límites de la buena fe o la finalidad para la cual fue conferido. En dicho contexto, Anibal Torres Vásquez, sostiene: "El abuso del derecho opera como un límite al ejercicio de los derechos subjetivos. El derecho positivo ampara el ejercicio regular de los derechos subjetivos (poderes, facultades, autorizaciones, atribuciones); cuando éstos son ejercidos irregularmente, de mala fe, o rebasando los fines para los cuales el ordenamiento jurídico confiere los derechos subjetivos al sujeto, de tal forma que provoquen una desarmonía social que se desencadene en una situación de injusticia, se cae en el abuso. Todo derecho subjetivo supone un deber correlativo, por lo que no hay derechos absolutos y, por consiguiente, no hay posibilidad que su ejercicio sea ilimitado. El ejercicio de un derecho subjetivo es regular, normal, cuando la acción u omisión se lleva a cabo dentro de los límites del respeto al derecho ajeno; si se sobrepasa estos límites se incurre en abuso del derecho que el ordenamiento jurídico condena. Con la condena del abuso del derecho —como expresa Fernández Sessarego— "Lo que se busca es que el individuo no ejercite sus derechos antisocialmente, sino mas bien del modo regular. Lo antisocial es lo inhumano; lo que repugna a la conciencia ética colectiva; lo que agravia la juricidad; lo que es diametralmente contrario a la vivencia de la solidaridad"⁴.

DÉCIMO TERCERO: Que, en el caso concreto, se aprecia que la demandante otorgó poder a una de sus hijas [demandada] para que en su representación pudiera disponer de la totalidad de sus bienes, inclusive con la facultad de realizar transferencias a título gratuito u oneroso a favor de sí misma. Es así, que la emplazada realizó tres actos jurídicos a favor de sí misma, los que ahora son materia de cuestionamiento,

2 "La Constitución no ampara el abuso del derecho".

3 "La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho".

4 TORRES VÁSQUEZ, Anibal, *Código Civil. Comentarios y Jurisprudencia*, 5.ª ed., Lima: Idemsa, 2000, p. 23.

—
Sucedáneos
—

—
Noción de
abuso de
derecho
—

—
Análisis de
motivación
de la senten-
cia
—

—
Representa-
ción directa
—

—
Interpre-
tación en
base a la
buena fe
—

—
Medios
probatorios
directos e
indirectos
—

V. DECISIÓN

Por estos fundamentos: Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana María Jayo Soyer de folios cuatrocientos sesenta y seis; en consecuencia **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha veinte de enero de dos mil quince, de folios un mil ochocientos cuarenta y cuatro; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano conforme a ley en los seguidos por María Aurelia Soyer Zevallos viuda de Jayo, sobre nulidad de acto jurídico; y los devolvieron; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Walde Jáuregui.

SS. ALMENARA BRYSON, WALDE JÁUREGUI, DEL CARPIO RODRÍGUEZ, CUNYA CELI, CALDERÓN FUERTAS.

El relator de la Sala que suscribe certifica: Que el señor Juez Supremo Almenara Bryson, Presidente de esta Sala Suprema no suscribe la presente resolución, habiendo dejado su voto en relatoría de conformidad con lo acordado el día de la votación, según consta en la tablilla y registro correspondiente, por cuanto presenta una dolencia física en el miembro superior derecho, lo que le imposibilita la suscripción.

consistentes en donación, compraventa y anticipo de legítima sobre inmuebles que pertenecían a la poderdante.

DÉCIMO CUARTO: Que, al respecto, corresponde señalar que la transferencia del inmueble ubicado en Calle 5, número 983, Urbanización La Florida, Distrito del Rímac, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la Partida Registral número 49014989, de ochenta metros cuadrados, fue realizada mediante compra venta por el valor irrisorio de cuatro mil trescientos nuevos soles; las transferencias tuvieron a lugar con fechas siete de diciembre de dos mil nueve y doce de abril de dos mil diez, esto es, sin un intervalo de tiempo razonable y prudential; la demandante conforme acreditada con las partidas de nacimiento correspondientes, tiene cinco hijos, de los cuales, a través de los actos de disposición antes mencionados, únicamente la demandante se encontraría beneficiada; no se ha realizado otros actos de disposición a favor de terceros, sino exclusivamente en beneficio de la demandada; y las transferencias han sido realizadas respecto a casi la totalidad de los derechos y acciones que tenía la demandante sobre los inmuebles transferidos.

DÉCIMO QUINTO: Que, estando a lo expuesto precedentemente, se concluye que existen indicios y presunciones judiciales [derivadas de la lógica y experiencial], suficientes y coherentes para concluir que la demandada abusando del lazo que la une con la demandante, adquirió un poder amplio para disponer de los bienes de su progenitora, utilizándolo con la única finalidad de apropiarse de la mayor cantidad posible de los derechos y acciones que le correspondían a esta respecto a los inmuebles transferidos, es decir, con el objeto de causar daño al patrimonio de la poderdante, resultando evidente que la demandada no ha actuado de buena fe y con arreglo a las buenas costumbres, en ninguno de los actos jurídicos materia de nulidad, máxime si existen otros hijos de la actora que tienen derecho a concurrir con la demandada en la herencia que aquella deje a su fallecimiento, lo cual es considerado como un abuso del derecho que su poderdante le confirió, en tanto su conducta constituye una de carácter antisocial y amoral, que debe ser sancionado por el órgano jurisdiccional declarando la nulidad de los actos jurídicos materia de pretensión, al incurrir en la causal contemplada en el artículo 219 inciso 4 del Código Civil.

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, se colige que la sentencia de vista no ha incurrido en ninguna de las infracciones denunciadas, por lo que corresponde declarar infundado el recurso de casación interpuesto.