

## La problemática sobre la atribución de derechos patrimoniales al concebido: crítica a la doctrina dominante.

Fort Ninamancco Córdoba\*.

### *Resumen*

El presente trabajo constituye una crítica a la doctrina dominante en torno a la condición legal contenida en el artículo 1 del Código Civil, que se refiere a la atribución de derechos patrimoniales del concebido. Mientras que la doctrina dominante sostiene que se trata de un condicionamiento de tipo suspensivo, el sector minoritario-donde destaca Carlos Fernández Sessarego- afirma que se trata de un condicionamiento de tipo resolutorio. Se realiza un análisis del rol que cumple la condición dentro de la estructura y en relación a la eficacia del acto o negocio jurídico. De igual forma, se examina a la condición a la luz de los intereses en juego. Todo ello a fin de sostener que la postura de la doctrina dominante no resulta consistente. También se da cuenta de la postura que la Corte Suprema ha adoptado, al resolver uno de los casos de responsabilidad civil vinculados al conocido caso del derrame de mercurio en San Juan de Choropampa. Finalmente, cabe destacar las referencias al pensamiento de Paul Oertmann y Angelo Falzea, que sin duda han marcado un antes y un después en la doctrina civilista europea de la condición.

### **ABSTRACT**

This paper is a critique of the prevailing doctrine regarding the legal status contained in Article 1 of the Civil Code, which refers to the allocation of economic rights of the unborn. While the dominant doctrine holds that it is a suspensory type conditioning, minority-sector which highlights Carlos Fernandez Sessarego-states that this is an adjudicative type conditioning. An analysis of the role that the condition within the structure and in relation to the effectiveness of the act or transaction. Similarly, the condition is examined in the light of the interests at stake. All this in order to argue that the position of the dominant doctrine is not consistent. Also realizes the position that the Supreme Court has adopted, to solve one of the civil liability cases linked to known case of mercury spill in San Juan de Choropampa. Finally, note the references to the thought of Paul Oertmann and Angelo Falzea, you certainly

---

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la Maestría en Derecho de dicha casa de estudios. Profesor de Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres.

have marked a before and after in the European civilian doctrine of the condition.

***Palabras clave:***

Derechos patrimoniales del concebido/ Elementos accidentales del negocio jurídico/ La condición legal/ La condición suspensiva/ La condición resolutoria/ Carlos Fernández Sessarego/ Angelo Falzea/ Paul Oertmann

***Sumario***

1. Introducción.- 2. La condición: aspectos problemáticos.- 2.1. La condición en la estructura del negocio jurídico.- 2.2. La condición legal y el planteamiento de Paul Oertmann.- 2.3. La condición y su vinculación a los intereses en juego.- 3. La posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en relación a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil.- 4. Crítica a la doctrina dominante.-

**1. Introducción.**

Hace uno años, luego de una serie de varios complicados inconvenientes que los coordinadores supieron sortear, vio la luz el libro homenaje a uno de nuestros más ilustres juristas, me refiero a Carlos Fernández Sessarego, teniendo el suscrito la fortuna de ser integrante del que fuera el comité estudiantil de apoyo de dicha publicación, misma que se estuvo preparando desde fines de 2005<sup>1</sup>.

Al ver las páginas de dicha obra por primera vez, junto a mis apreciados amigos Yuri Vega y Manuel Asencio, a parte de quedar gratamente impresionado por el resultado final esperado por tanto tiempo, de pronto se renovó mi interés por analizar una de las ideas del maestro Fernández, que en su momento fue el centro de mi atención cuando iniciaba mis estudios universitarios.

La idea o planteamiento en cuestión del maestro Fernández tiene una particularidad: no es seguido por la mayoría de la doctrina -y jurisprudencia- en nuestro país. A pesar de ello, sin embargo, desde siempre consideré acertada la tesis del maestro, toda vez que nunca me convenció del todo la doctrina predominante.

---

<sup>1</sup> Yuri VEGA MERE y Domingo GARCÍA BELAUNDE (coordinadores). *La Responsabilidad Civil y la Persona en el Siglo XXI. Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego*. 2 t. Lima: IDEMSA, 2010.

El problema al que hago referencia es el siguiente: el artículo 1 del Código Civil establece que la atribución de derechos patrimoniales al concebido se encuentra condicionada a que éste nazca vivo, sin indicar si la condición es suspensiva o es resolutoria<sup>2</sup>. Al respecto, mientras el maestro Fernández sostiene que dicha condición es de tipo resolutorio, la mayoría de la doctrina nacional sostiene lo contrario, es decir que se trata de una condición de tipo suspensivo.

Este capítulo está destinado, en una primera parte, a una aproximación a los aspectos básicos, del instituto de la condición, que están involucrados en la problemática referida y, en una segunda parte, al análisis crítico de la confrontación entre ambas posiciones, cosa que-aunque no lo parezca- no se ha hecho de modo directo hasta ahora. Aquí se expondrán, pues, las razones por las cuales debería entenderse que el artículo 1 del Código Civil hace referencia a una subordinación de eficacia de tipo resolutorio.

No está demás advertir que en este capítulo no me voy a limitar a exponer las nociones básicas sobre los aspectos mencionados, sino que también voy a incidir sobre algunas ideas importantes que no han sido suficientemente resaltadas en nuestra doctrina, lo cual permitirá conocer mejor la temática estudiada y, al mismo tiempo, dar un mayor soporte a la opinión crítica que voy a defender.

## **2. La condición: aspectos problemáticos.**

### **2.1. La condición en la estructura del negocio jurídico.**

La expresión “condición” es utilizada en el Derecho con distintos significados. Tal como ocurre en el lenguaje usual, donde se denomina condición a las circunstancias bajo las cuales algo sucede, en el Derecho penal y en el Derecho de la responsabilidad civil se habla de condición en el sentido de causa. En estos campos se pregunta si un acto u omisión es “condición” de un resultado y por ello el acto u omisión resultaría punible o sería fuente de responsabilidad civil. En el ámbito contractual, las reglas establecidas por acuerdo de las partes se designan como condiciones. Así, se habla de las condiciones de un contrato, de condiciones favorables o desfavorables, de condiciones generales de contratación, etc. En lo que al tema en cuestión se refiere, emplearemos el sentido adoptado en la teoría general del negocio jurídico, el cual *se trata de que,*

---

<sup>2</sup> Artículo 1 del Código Civil peruano de 1984.

(...)

*La atribución de derechos patrimoniales (al concebido) está condicionada a que nazca vivo.*

*en tanto el Ordenamiento jurídico no establezca otra cosa para casos concretos, el negocio jurídico puede condicionar su vigencia a un suceso futuro incierto*<sup>3</sup>.

La condición es, pues, un tipo de lo que a menudo se denomina “modalidad” del negocio jurídico (o, si se quiere ser fiel a la terminología empleada por el Código Civil, acto jurídico<sup>4</sup>). Las modalidades son elementos que tienen la característica de no ser indispensables dentro de la estructura del negocio jurídico, por eso suelen ser denominados también como “elementos accidentales”, es decir que su presencia es sólo eventual, no indispensable para la formación del negocio<sup>5</sup>.

Es muy extendida la idea que entiende que la condición es el evento futuro e incierto del cual van a depender los efectos del negocio jurídico. Pero también se le considera como la disposición que hace depender la eficacia o la resolución del negocio de la verificación de un acontecimiento futuro e incierto. En tal sentido, la más autorizada doctrina entiende, desde hace mucho tiempo, que es necesario distinguir entre la condición como evento externo a la celebración misma del negocio, y la condición como disposición de las partes o de la ley (condición voluntaria y condición legal, respectivamente y sobre las cuales me detendré más adelante) que atribuye a tal evento una eficacia suspensiva o resolutoria<sup>6</sup>.

La principal clasificación de la condición es aquella que distingue entre condición suspensiva y condición resolutoria. La primera implica la configuración de un acto válido, cuyos efectos quedan en pendencia hasta que se cumpla la condición. La segunda, en cambio, presupone un acto válido que ya produce efectos jurídicos de manera provisional, los cuales pueden extinguirse en todo o en parte si es que se verifica o no la condición. En otras palabras, cuando un negocio contiene una condición suspensiva, el negocio existe antes del cumplimiento u ocurrencia de la condición, pero su eficacia se mantiene en suspenso. Así, pues, esta modalidad difiere y hace inciertos los efectos del negocio celebrado. Cuando un negocio jurídico contiene una

---

<sup>3</sup> Werner FLUME. El negocio jurídico. Traducción de Esther Gómez Calle y José Miquel González. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 791 y 792.

<sup>4</sup> El *acto jurídico* regulado en el Libro II de nuestro Código Civil, así como también lo estaba en el libro V del ya derogado Código Civil de 1936, no es otra cosa que el *negocio jurídico* de la doctrina alemana (lo cual ya había sido evidenciado por José LEÓN BARANDIARÁN. Tratado de Derecho Civil. T. II. Lima: WG Editor, 1991, pp. 29 y ss.).

<sup>5</sup> Francesco GALGANO. *El negocio jurídico*. Traducción de Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa. Valencia: Tirant lo blanch, 1992, pp. 147 y ss. Una clásica doctrina indica que “los elementos accidentales son aquellos que, a los fines del *minimum* que es necesario para la validez del negocio, pueden indiferentemente, existir o no existir” (Francesco MESSINEO, Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1979, p. 459).

<sup>6</sup> Massimo BIANCA. *Diritto Civile*. T. III. Milano: Giuffrè, 1987, p. 511; ya destacaba esta idea Bernhard WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*. Vol. I. Traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925, p. 283.

condición resolutoria, en cambio, el negocio nace y produce todos sus efectos jurídicos normales antes de la ocurrencia de la condición; la incertidumbre generada por esta condición se refiere a la posible extinción de los efectos negociales. Ejemplo de condición suspensiva: si vienes a Lima, te alquilo mi departamento. Si no se verifica la condición, no se producen los efectos del acto (en este caso, contrato de arrendamiento). Ejemplo de condición resolutoria: te alquilo mi departamento mientras no lo subarriendes, o te pago los estudios universitarios mientras salgas aprobado en todos los cursos. Si se verifica la condición, los efectos del acto (contrato de arrendamiento o compromiso de financiamiento de los estudios) se extinguen<sup>7</sup>. No debe olvidarse, además, que *la mayor parte de las reflexiones doctrinales en tema de condición y de negocio condicionado, se dirigen a la construcción de un concepto de condición, y de esta manera llegamos siempre al concepto de condición suspensiva*<sup>8</sup>.

Ahora bien, buena parte de la doctrina italiana y alemana suele precisar que, en relación a un negocio en concreto, la condición debe entenderse tan imprescindible como los llamados “elementos esenciales” del negocio. Así, pues, del carácter accidental se habla solamente con referencia a la figura del negocio típico. Pero respecto al negocio concreto en el que se inserta la condición, ésta (junto al plazo y al modo que también son “elementos accidentales”) debe entenderse tan esencial como los “elementos esenciales” indicados en el artículo 140 del Código Civil<sup>9</sup>.

En este sentido, un ilustre autor italiano afirmaba que *condición, modo y término son modalidades que se denominan accidentales (accidentalia negotii) con respecto al tipo o género del negocio, en el sentido de que son extrañas a su estructura típica, pero que asumen carácter esencial en relación al negocio concreto en que se incluyen, en cuanto se convierten en un elemento de su contenido preceptivo y determina, por ello, su supuesto de hecho. El hablar de modalidades, de cláusulas, etc., no debe hacer creer que se trate de determinaciones accesorias o de simples enunciaciones, distintas y separables del precepto de autonomía privada que constituye el elemento central del negocio total. Al contrario, aquéllas forman un todo inescindible con este precepto, calificándolo e imprimiendo un especial carácter a la ordenación de intereses que prescribe*<sup>10</sup>. En esta misma línea, un destacado jurista alemán, que declara

---

<sup>7</sup> Al respecto, sólo por citar a nuestra doctrina más reciente: Juan ESPINOZA ESPINOZA. *El acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, pp. 261 y 264.

<sup>8</sup> Mario CRUZ MARTINEZ. *Algunas reflexiones sobre la condición*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie. N° 100. México D. F.: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Autónoma de México, enero-abril de 2001, p. 150.

<sup>9</sup> Al respecto: Pietro RESCIGNO. *Condizione (diritto vigente)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. T. VIII. Milano: Giuffrè, 1961, p. 763.

<sup>10</sup> Emilio BETTI. *Teoría General del Negocio Jurídico*. Traducción de Antonio Martín Pérez. Granada: Comares, 2000, p. 445; *Precisamente porque éstos pueden y ya no deben, como los primeros, concurrir en el negocio, se llaman, por contraposición a aquéllos, elementos accidentales del negocio jurídico: accidentales con relación al negocio típico, pero constitutivos del negocio concreto y, por tanto,*

expresamente compartir las líneas italianas que se acaban de citar, indica que los *essentialia* y los *accidentalia negotii* se encuentran en el mismo plano. Son contenido de la regla jurídico negocial, tal como resulta del acto del negocio jurídico (...) Los *essentialia* y *accidentalia negotii* se refieren a la configuración autónoma privada<sup>11</sup>.

Gran parte de nuestra doctrina ha seguido esta perspectiva. Así, se ha dicho que la accidentalidad debe entenderse solamente en el sentido de que queda al arbitrio del declarante (o de los declarantes), incluir, o no, aquellos elementos en el negocio; pero no en el sentido de que, una vez incluidos, se pueda dejar de respetarlos: la inclusión de ellos en el negocio los transforma en elementos tan esenciales como los otros<sup>12</sup>. Otro importante autor, con mayor cautela, señala que su inclusión en el acto jurídico los transforma, pues, en elementos tan esenciales como los verdaderamente esenciales, pues se constituyen en requisitos de eficacia, salvo el cargo, cuya inserción en el acto no afecta su eficacia<sup>13</sup>. En idéntico sentido se indica que la condición y el plazo son accidentales o accesorios en cuanto a la estructura del acto, pero una vez que las partes, en ejercicio de su autonomía privada, lo añaden al acto que celebran, dejan de ser extraños, para devenir en elementos que tienen una importancia análoga a la de los elementos esenciales (...) <sup>14</sup>.

Me siento inclinado a pensar que la perspectiva que se acaba de reseñar adolece de cierto grado de imprecisión. Para empezar, la distinción entre elementos “naturales”, “accidentales” y “naturales” del negocio, que se basa en el pensamiento jurídico medieval, ha sido duramente criticada desde hace mucho tiempo. Ya un prestigioso pandectista como Ernst Bekker mostró sus serias dudas sobre tal clasificación. En efecto, para tener una idea de los graves defectos esta clasificación, basta tener en cuenta que el sujeto de derecho, “elemento esencial” por excelencia, no es, en rigor de verdad, ningún elemento, sino más bien un presupuesto del negocio jurídico. Asimismo, los llamados “elementos naturales” no son más que consecuencias de determinados negocios, que las partes pueden excluir pero que no tienen necesidad de pactar<sup>15</sup>.

---

*esenciales* respecto del mismo (Francesco SANTORO PASSARELLI. *Doctrinas Generales del Derecho Civil*. Traducción Agustín Luna Serrano. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1964, p. 228.

<sup>11</sup> Werner FLUME. *El negocio jurídico*. Traducción de Esther Gómez Calle y José Miquel González. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, p. 112 y 113. Así también Heinrich LEHMANN. *Parte General*. Traducción de José Navas. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, p. 243: *No debe confundirse con esta clasificación, desde el punto de vista objetivo de la reglamentación legal, la ordenación de los elementos del negocio en esenciales y accidentales, que se hace desde el punto de vista personal de las partes. Desde este ángulo son esenciales todos los preceptos sin cuya concurrencia alguna de las partes no hubiese concluido el negocio.*

<sup>12</sup> Juan LOHMANN LUCA DE TENA. *El negocio jurídico*. Lima: Grijley, 1994, p. 289; se adhiere a este autor Juan ESPINOZA ESPINOZA. *El acto jurídico negocial*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 260.

<sup>13</sup> Fernando VIDAL RAMIREZ. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 276.

<sup>14</sup> Aníbal TORRES VASQUEZ. *Acto jurídico*. Lima: IDEMSA, 2007, p. 503.

<sup>15</sup> Situación especialmente destacada, con acierto, por la doctrina española: José PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho Civil*. T. II. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1978, p. 42; en sentido análogo:

En nuestro medio, un destacado autor ha criticado en forma contundente la clasificación mencionada:

*En la doctrina tradicional, el objeto era considerado como uno de los elementos esenciales, al igual que el denominado “agente capaz” (o sea el sujeto de derecho). Por su parte, la orientación actual entiende que tanto el agente como el objeto, si bien forman parte de la estructura del negocio jurídico, no es como elementos, sino como presupuestos. La razón del cambio en la concepción y en la terminología, se justifica en el hecho que tanto el objeto como el sujeto no forman parte del negocio jurídico, el cual es en sí mismo una manifestación de voluntad destinada a la producción de efectos jurídicos, concebidos por las partes como efectos prácticos tutelados jurídicamente (...)*<sup>16</sup>. Por esas razones, me adhiero a la doctrina, nacional y extranjera, que prefiere prescindir de la terminología de “elemento accidental” para designar a la condición y a las otras “modalidades” del negocio jurídico.

Dicho esto, cabe indicar que, en mi opinión, los “elementos accidentales”, ni siquiera en relación a los negocios en concreto, deben entenderse como equiparables a los llamados “elementos esenciales”, ya que sobre éstos, a diferencia de aquéllos, las partes no pueden actuar o ejercer su autonomía privada de manera “plena”. Así, por ejemplo, mientras que en un determinado contrato las partes no pueden alterar la capacidad del sujeto (piénsese en la imposibilidad de “ceder” un contrato a un incapaz), pueden, sin mayor inconveniente, hasta suprimir una condición o un plazo. Mientras que las partes nada pueden hacer frente a una formalidad *ad solemnitatem* o *ad substantiam* (otro típico “elemento esencial”), pueden suprimir, volver a incorporar y luego alterar una condición o plazo sin ningún problema. Por consiguiente, considero más adecuada a la doctrina que, cuando se refiere a los “elementos accidentales”, prescinde de la idea que entiende que los mismos dejan de ser tales para convertirse en “esenciales” en un negocio jurídico concreto<sup>17</sup>. Es menester señalar aquí que otro sector de la doctrina cautelosamente indica que los “elementos accidentales” *pueden* (es decir que no necesariamente) devenir en esenciales dentro de la configuración del negocio, lo cual dependerá del caso concreto y de la regulación legal que al respecto provea cada ordenamiento<sup>18</sup>.

---

Federico DE CASTRO Y BRAVO. El negocio jurídico. Madrid: Civitas, 1985, p. 54; Luis DIEZ PICAZO. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Vol. I. Madrid: Civitas, 2002, p. 351.

<sup>16</sup> Lizardo TABOADA CÓRDOVA. Elementos de la Responsabilidad Civil. Lima: Grijley, 2001, p. 20.

<sup>17</sup> Así: Karl LARENZ. *Derecho Civil. Parte General*. Traducción de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, pp. 672 y ss.; Massimo BIANCA. *Diritto Civile. T. III*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 511; Renato SCOGNAMIGLIO. *Teoría General del Contrato*. Traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, pp. 141 y ss. Más recientemente, Rodolfo SACCO. *Il fatto, l'atto, il negozio*. Torino: UTET, 2005, pp. 38-40; Manuel ALBALADEJO. El negocio jurídico. Barcelona. Bosch, 1993, pp. 231 y ss.

<sup>18</sup> Luigi CARIOTA FERRARA. El negocio jurídico. Traducción de Manuel Albaladejo. Madrid: Aguilar, 1956, p. 92; Francesco MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial. T. II.

Por mi parte, considero que más certera es la opinión de un destacado profesor turinés: es cierto que el carácter accidental de la condición (y, en general, de los “elementos accidentales”) debe entenderse en la relación a la figura del negocio típico, pero es necesario precisar que, en relación al negocio concreto, la condición (y los otros “elementos accidentales”) no resulta ser propiamente un “elemento esencial”, sino una parte del reglamento contenido en el negocio jurídico que se caracteriza fundamentalmente por constituir un mecanismo de regulación de los efectos del mismo. Y es que mientras puede ocurrir que una condición que adolece de un grave defecto se considere simplemente como no puesta (piénsese en la segunda parte del artículo 171 de nuestro Código Civil), ello en ningún caso puede ocurrir con un “elemento esencial”<sup>19</sup>.

En términos generales, la condición es un mecanismo que actúa sobre la eficacia de los negocios jurídicos. Es muy importante tener presente que se podría razonablemente considerar que esto cambia de manera sustancial en relación a los casos concretos, debido a la –supuesta– “transformación” que la condición sufre al incorporarse a un concreto negocio. Acabamos de ver, sin embargo, que tal “transformación” no tiene lugar. Por lo tanto, en el caso contemplado en la primera parte del artículo 171 de nuestro Código Civil, no es exacto sostener que estamos ante un “elemento esencial” viciado, sino simplemente ante un vicio grave que afecta aquella parte del negocio que regula su eficacia. (...) *el análisis de la condición debe limitarse al otro aspecto de la figura: su calidad de cláusula del contrato que hace depender los efectos de un hecho futuro e incierto, como la mejor postura para estudiar en conjunto todo un grupo de problemas*<sup>20</sup>. No resulta ocioso repetirlo, esto no varía en los casos “concretos” debido a una “transformación”. Es, por lo tanto, oportuno soslayar la clasificación que distingue “elementos esenciales”, “accidentales” y “naturales” en el negocio jurídico, ya que da pie a complejos equívocos y no proporciona una visión del negocio acorde con la realidad jurídica.

Lo dicho quizá ayuda a comprender porque, desde hace mucho, en Francia los llamados “elementos accidentales” se siguen estudiando no en relación al contenido del negocio, sino a propósito de la eficacia del mismo. Acá no se habla de “transformación” alguna que puedan experimentar tales elementos<sup>21</sup>. Así las cosas, tenemos, pues, que la condición esencialmente incide sobre la eficacia del negocio jurídico y no sobre otro aspecto de éste.

---

Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1954, p. 356: *el elemento accidental puede* (no se trata, pues, de algo indefectible) *convertirse en esencial subjetivamente* (...).

<sup>19</sup> Sergio MAIORCA. *Condizione*. En: *Digesto delle discipline privatistiche*. Sezione civile. T. III. Torino. UTET, 1988, p. 277.

<sup>20</sup> Renato SCOGNAMIGLIO. Op. cit. p. 143 (el resaltado me pertenece).

<sup>21</sup> A modo de ejemplo, véase: Eugene GAUDEMET. *Teoría General de las Obligaciones*. Traducción de Pablo Macedo. México D. F.: Porrúa, 1984, pp. 449 y ss.; y Jean CARBONNIER. *Derecho Civil*. T. II. Vol. II. Traducción de Manuel Zorrilla Ruiz. Barcelona: Bosch, 1971, pp. 467 y ss.

No obstante, en cierto momento, la doctrina consideraba ampliamente que la condición influía nada menos que sobre la existencia misma del negocio. Gracias a los planteamientos del famoso profesor Bernhard Windscheid, la doctrina abandonó esta idea. Veamos:

Ilustres estudiosos como Heinrich Fitting, Karl Arndts y Philipp Huschke consideraban que cuando se realizaba un negocio jurídico sometido a condición, realmente no había voluntad efectiva de querer algo, por ende tampoco había negocio, ya que éste no puede existir sin una voluntad determinada. Decían estos autores que, al momento de celebrar un negocio jurídico bajo condición, las partes solamente ponían en movimiento sus facultades volitivas, pero con ello no creaban una voluntad concreta, o sea aquella fuerza capaz de producir efectos jurídicos, la cual venía a existir sólo si mediaba el acaecimiento de la condición. En tal sentido, imaginemos que A dona a B un auto mediante contrato de donación sometido a la condición-suspensiva- de que éste apruebe el examen para obtener su breveté. Pues bien, conforme a esta doctrina, lo cierto es que actualmente A no quiere donar ningún bien a B. Tal querer- o voluntad si se quiere- surgirá sólo si se verifica la condición, no antes. Por lo tanto, mientras no ocurra la condición, no tenemos negocio jurídico porque no hay una auténtica voluntad negocial.

Pero el llamando “príncipe de los pandectistas” refuta esta idea afirmando que, en el plano de los hechos, la declaración de voluntad condicionada no deja de ser una declaración de voluntad efectiva y real. Aquello que depende de la condición no es la existencia de voluntad, sino la existencia del efecto que ésta quiere conseguir. La condición, bien vistas las cosas, no se refiere al *querer*, sino solamente a lo *querido*. La declaración de voluntad condicionada es propiamente una declaración de voluntad, aunque con un carácter especial. Tal carácter estriba en la atemperación de su eficacia, nada más. Pero la declaración de voluntad sometida a una condición no deja de ser por ello una declaración de voluntad efectiva y actual<sup>22</sup>.

Como podrá advertirse, la condición viene a formar parte de la declaración de voluntad que constituye la esencia del negocio jurídico y, como tal, su esencia radica en encontrarse destinada a actuar sobre la eficacia negocial. Pero es menester hacer una precisión: la influencia de la condición no recae sobre la integridad de los efectos del negocio. Así es, la estipulación de una condición suspensiva, por ejemplo, no comporta una suspensión de la totalidad de los efectos del negocio, sino una suspensión de los efectos típicos del mismo solamente. En efecto, como se sabe, el negocio sometido a condición suspensiva produce una vinculación entre las partes, consistente en la tutela de la

---

<sup>22</sup> Bernhard WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*. Vol. I. Traduzione dei professori Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: UTET, 1925, pp. 283 y ss.

expectativa<sup>23</sup> generada a favor de una de las partes<sup>24</sup>. Otro tanto puede decirse de la condición resolutoria, la cual actúa también sobre los efectos típicos del negocio, no pudiendo suprimir otra clase de efectos que se hayan materializado mientras esta condición estuvo pendiente (piénsese en las adquisiciones de terceros que, actuando de buena fe, ignoran la existencia de la condición), más todavía en nuestro ordenamiento, donde la condición (suspensiva o resolutoria) no es, por regla, retroactiva. Esta clase de condición también genera una expectativa en la parte que, en virtud del negocio jurídico, ha transferido alguna titularidad (mientras la condición resolutoria esté pendiente, el transferente eventualmente readquirirá lo transferido)<sup>25</sup>.

Ahora bien, si atendemos a las consecuencias que las modalidades producen, éstas de ninguna manera pueden ser consideradas como “secundarias” o “accesorias”, por el contrario, cumplen un rol muy importante en las operaciones económicas de la actualidad, ya que amplían de manera considerable el radio de acción de la voluntad negocial<sup>26</sup>. Claro ¡imagínese si no se pudiesen establecer modalidades en los negocios jurídicos!<sup>27</sup>

## 2.2. La condición legal y el planteamiento de Paul Oertmann.

Otra clasificación de la condición es aquella que distingue la condición de hecho, también llamada *condicio facti* o condición voluntaria, de la condición de derecho, también denominada *condicio iuris* o supuesto legal de eficacia. Hasta ahora se ha hecho referencia a la primera. La segunda también es denominada “supuesto legal de eficacia”, e implica una norma que

---

<sup>23</sup> La expectativa es una situación jurídica subjetiva cuyo sentido técnico es similar a su significado en el lenguaje natural o coloquial. Así, Vincenzo ROPPO. *Situaciones jurídicas y relaciones jurídicas*. En: AAVV. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Compilación de Leysser León. Lima: Jurista Editores, 2007, p. 50: *La expectativa es la posición de quien no tiene en el momento actual una determinada situación activa (por ejemplo, un derecho subjetivo), pero tiene la perspectiva de adquirirla, siempre que se verifique un determinado evento* (el resaltado me pertenece).

<sup>24</sup> Ennio RUSSO. *Il termine del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 6. Ciertamente, esto encuentra cotejo en el artículo 173 de nuestro Código Civil: “pendiente la condición suspensiva, el adquirente puede realizar actos conservatorios”.

<sup>25</sup> Sobre este punto, por ejemplo, véase: Mario CRUZ MARTINEZ. *Op. cit. ult. cit.*

<sup>26</sup> Mario CRUZ MARTINEZ. *op. cit.*, pp. 104-105: *Las modalidades se presentan en la práctica contractual moderna. Así, podemos encontrar que en la realidad de los negocios son frecuentes las declaraciones sobre la existencia de ciertas circunstancias (“representations”) y los pactos sobre el mantenimiento de ciertas situaciones (“covenants”); de estos últimos; de estos últimos, son comunes los “financial covenants” (pactos financieros) que versan sobre la situación patrimonial del contratante, y las “negative pledges” (prenda negativa), que contienen el compromiso de no gravar bienes del activo. Cuando una parte manifiesta, por ejemplo, que le fueron otorgados permisos de terceros que eran necesarios para la contratación (“representations”), se trata de un supuesto de la voluntad de negociar, pues los contratantes asumen esa circunstancia como antecedente de su consentimiento. Pero los covenants suelen funcionar como condiciones resolutorias del contrato.*

<sup>27</sup> Las partes, a través de la condición, tienen una amplia posibilidad de “maniobra” sobre los efectos del negocio jurídico (Vincenzo ROPPO. *Il contratto*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 605).

subordina, de modo suspensivo o resolutorio, la eficacia de un negocio jurídico, al margen de lo que puedan establecer las partes contratantes, por eso se señala que en estos casos la vigencia del negocio jurídico se vincula al cumplimiento de la condición legal desde fuera, no en virtud de una disposición establecida por las partes<sup>28</sup>. En otras palabras, la condición voluntaria es aquella que se establece por decisión de quienes celebran el negocio jurídico, mientras que la condición legal es establecida por la ley.

Sin embargo, contra lo que se acostumbra considerar, una parte de la doctrina ha resaltado las diferencias que separan a la condición voluntaria de la condición legal. En tal sentido, se sostiene el inconveniente de agruparlas en una sola categoría, de tal suerte que la clasificación que se acaba de reseñar no sería del todo útil. Es decir, se ha negado la posibilidad de construir un concepto unitario de condición en el cual puedan confluir tanto la condición voluntaria como la condición legal. En este sentido, se afirma que bajo el concepto de condición legal se encontrarían agrupadas una serie de hipótesis heterogéneas, caracterizadas por su diferente naturaleza y régimen legal. Ello ocasiona que sea prácticamente inútil una categoría general de condición legal y, por ende, también un concepto unitario que, junto a la condición legal, pueda albergar a la condición voluntaria<sup>29</sup>. La doctrina mayoritaria, sin embargo, es del parecer contrario.

Considero acertada la opinión mayoritaria. Conforme a esta perspectiva doctrinal, existen una serie de supuestos de hecho cuya eficacia es subordinada por la ley a un evento futuro e incierto. En estos casos, la ley toma un evento de esta clase no para influir sobre la perfección del negocio en sí, sino para suspender la eficacia del mismo únicamente. Estamos, qué duda cabe, ante una condición suspensiva legal. Lo mismo vale para la condición resolutoria legal, la cual, como la voluntaria, no incide sobre el contenido del negocio, pero genera la cesación de su eficacia<sup>30</sup>.

El problema de la tesis negadora de la utilidad del concepto de condición legal radica en que se equivoca al agrupar, en la categoría bajo examen, demasiados supuestos que terminan guardando diferencias notables entre sí y muchos de los cuales, bien vistas las cosas, nada tiene que ver con la idea de condición. Muchas veces se señala que comportan condiciones legales: i) los eventos que por ley suspenden no sólo la eficacia, sino la perfección del negocio mismo, ii) las autorizaciones en cuyo defecto la ley establece la invalidez (nulidad o

---

<sup>28</sup> Werner FLUME. Op. cit. p. 794.

<sup>29</sup> Sobre el particular: Pietro RESCIGNO. Op. cit. pp. 768 y ss.

<sup>30</sup> En tal sentido Angelo FALZEA. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Milano: Giuffrè, 1941, p. 245, quien marca la pauta para gran parte de la doctrina posterior de su país.

anulabilidad) del negocio, iii) el fenómeno de la publicidad legal, en la medida en que su inobservancia genera la inoponibilidad del negocio en relación a determinados terceros, iv) los eventos que sustituyen un elemento faltante del negocio y que “sanean” su eficacia (piénsese en la confirmación o en la ratificación), entre otros. No obstante, se trata de casos que de manera arbitraria una parte de la doctrina cataloga dentro del ámbito de la condición legal, toda vez que en ninguno de ellos se presenta el dato característico consistente en la suspensión de la eficacia del negocio válido y perfecto frente a un hecho futuro e incierto previsto directamente por la ley, y que incide no sobre el contenido o la existencia del negocio, sino sobre la producción o cesación de sus efectos<sup>31</sup>. Con estos fundados límites, salta a la vista la utilidad de manejar el concepto de condición legal.

Pero esto no es suficiente, dado que la tesis negadora de la autonomía del concepto de *condicio iuris* señala también que la condición legal tiene diferente naturaleza a la condición voluntaria, porque ésta forma parte del contenido del negocio jurídico al ser “querida” por las partes, mientras aquella resulta ser ajena a tal contenido al venir “desde fuera” en virtud de la ley. Por consiguiente, mientras la condición voluntaria pertenece a la “zona del hecho” (entiéndase al negocio mismo, que es un hecho jurídico), la condición legal pertenece a la “zona de la norma” (al no ser “querida” por las partes, sino por la norma). Sin embargo, como ha sido advertido hace ya buen tiempo, estamos ante un grave vicio de planteamiento. En efecto, se está enfocando la condición legal desde el punto de vista del evento o hecho en sí (el cual definitivamente es externo a la celebración del negocio), mientras que se analiza la condición voluntaria solamente desde el punto de vista de la cláusula condicional (la cual evidentemente forma parte del reglamento que es contenido del negocio). Es fácil percatarse, pues, de que se está “mezclando” indebidamente ambos sentidos de “condición”, los cuales, según vimos ya, son diferenciados desde los días de Windscheid. Se ve con facilidad, entonces, lo inadecuado del planteamiento<sup>32</sup>.

Un autor que, después de Windscheid, también ha influenciado mucho en la manera de concebir a la condición del negocio jurídico es Paul Oertmann.

En 1924, el profesor de la Universidad de Gotinga publica un libro que contiene una investigación sobre la *condicio iuris*, en donde estudia la estructura del negocio jurídico, haciendo especial énfasis en aquéllos susceptibles de formación sucesiva. Oertmann afirma que el negocio tiene dos tipos de componentes: i) los elementos constitutivos, y ii) los presupuestos o requisitos

---

<sup>31</sup> Pietro RESCIGNO. *Op. cit.* p. 773.

<sup>32</sup> Angelo FALZEA. *Op.c ti.* pp. 121 y ss.

de eficacia. Los primeros constituyen el supuesto de hecho negocial, en tanto que los segundos, en realidad, no forman parte de tal supuesto. En consecuencia, la falta de estos últimos no hace incompleto el negocio, sino que sólo impide que produzca efectos. De estos requisitos de eficacia, unos deben ser previos al negocio propiamente dicho, y otros, posteriores; pero ello no modifica su naturaleza esencial aludida. Así las cosas, nada impide al legislador establecer normas que incidan sobre la eficacia del negocio, sin que ello implique una incidencia sobre su supuesto de hecho, siendo, por ende, admisible la idea de condición legal sin mayor inconveniente<sup>33</sup>. Aunque las ideas de Oertmann, como se verá más adelante, son susceptibles de observaciones críticas, importa acá destacar que este autor consideraba también viable la idea de un concepto unitario de condición.

Finalmente, si las condiciones voluntarias se someten a la regulación contenida en el Título V del Libro II del Código Civil (artículos 171 y siguientes), cabe preguntarse a qué regulación se someten las condiciones legales.

Me parece claro que, sobre el particular, el discurso de Angelo Falzea, y otros tantos después de él, es perfectamente aplicable al caso peruano, máxime si se tiene presente que la legislación italiana en estas materias ha influenciado bastante en nuestro legislador<sup>34</sup>.

Puesto que es factible manejar un concepto unitario que abarque tanto la condición legal como la condición voluntaria, puede sostenerse, si es que la letra de la norma lo permite, aplicar directamente a la condición legal las normas que se aplicarían a la condición voluntaria. En otras palabras, es legítimo entender que, en ocasiones, la regulación legal se refiere a la condición “en general”, siendo tal regulación, por ello, aplicable directamente tanto a la condición legal como a la condición voluntaria. Esto ocurría en el viejo Código italiano de 1865, cuyo artículo 1157 decía:

*Es condicional la obligación, cuya subsistencia o resolución depende del advenimiento futuro e incierto.*

Como se podrá advertir, este dispositivo no especifica si se refiere a la condición legal o a la condición voluntaria, de modo que era posible entenderse que aquel código recogía el concepto genérico de condición, razón por la cual era de acogerse la tesis que sostenía directamente, y no sólo analógicamente,

---

<sup>33</sup> Para las líneas que siguen me valgo de las referencias hechas por Francisco RIVERO HERNÁNDEZ. *La voluntad negocial y la representación (ensayo sobre la participación de representante y representado en el negocio representativo)*. En: AAVV. Libro Homenaje a Ramón Roca Sastre. Vol. II. Madrid: Junta de Decanos de los Colegios Notariales, 1976, p. 257.

<sup>34</sup> Para las líneas que siguen: Angelo FALZEA. Op. cit. p.

aplicable a la condición legal la regulación del código civil sobre la condición o, al menos, la normas referidas a los aspectos esenciales de la condición, en cuanto definitorias de su naturaleza y funcionamiento.

Es fácil darse cuenta que, sobre el particular, la semejanza del viejo Código Civil italiano y nuestro vigente Código Civil es grande. La normativa peruana respectiva tampoco da pie a considerar que la condición, como tal, deba necesariamente ser voluntaria, por lo que las normas del Código Civil peruano en materia de condición deben ser aplicables a la condición legal. Si bien es verdad que existen diferencias entre ambos tipos de condición, lo cierto es que: i) la única diferencia de estructura que hay entre ambas no pasa de ser el origen de la previsión condicional (en un caso las partes, en el otro la ley), y, como se verá líneas abajo, ii) la manera de “operar” de ambas es idéntica: ambas son co-elementos ajenos al ciclo formativo interno en el negocio que se somete a condición, no incidiendo propiamente sobre la perfección del mismo. Esta circunstancia explica que incluso aquellos que no se inclinan tanto hacia el discurso de Falzea, reconocen que la normas, principales o secundarias, que regulan la condición voluntaria, se aplican a la condición legal, aunque por vía analógica<sup>35</sup>.

### **2.3. La condición y su vinculación a los intereses en juego.**

En esta sección del presente capítulo vamos a examinar algunos aspectos básicos de la condición en relación a los intereses de las partes en el negocio jurídico. Como adelanté en la parte final del punto anterior, la relación entre la condición voluntaria y tales intereses es diferente a la relación entre la condición legal y esos mismos intereses.

Ya se ha visto que la condición no incide sobre la existencia o perfección del negocio, sino que actúa sobre los efectos del mismo. No es que la condición sea “algo” extraño o ajeno al contenido del negocio, ya que es una parte del reglamento que el negocio contiene. Pero es, por decirlo de alguna manera, la “parte” que regula los efectos del negocio. Para entender mejor esto se debe, por un lado, olvidar la ya mencionada clasificación de origen medieval y, por otro lado, visualizar la condición desde la perspectiva funcional (o sea vinculada a la realización de los intereses en juego), que es lo que se hará dentro de poco.

Tal perspectiva ayuda a evitar el equívoco - derivado precisamente de la tantas veces mencionada clasificación de los “elementos” del negocio- de entender que

---

<sup>35</sup> Por ejemplo: Sergio MAIORCA. *Op. cit.* p. 333; y Maria COSTANZA. *La condizione e gli altri elementi accidentali*. En: AAVV. *I contratti in generale*. A cura di Enrico Gabrielli. T. II. Torino: UTET, 1999, p. 880.

la condición es un mero requisito de eficacia, diferente a los requisitos constitutivos o de validez. Ello implica - como se habrá percatado el lector atento- una crítica al pensamiento de Oertmann.

Así es, entender que la condición es un mecanismo integrante del contenido del negocio jurídico que se caracteriza por regular los efectos del mismo, no significa aceptar la idea según la cual cabe distinguir entre “elementos constitutivos” y “requisitos de eficacia” en el negocio, tal como quería Oertmann al igual que una ilustre doctrina italiana a fines de la primera mitad del siglo pasado, aunque empleado una nomenclatura un poco diferente: requisitos de validez y requisitos de eficacia<sup>36</sup>.

En efecto, desde una perspectiva funcional, la distinción aludida no resulta admisible. Esto es así simple y llanamente porque todos, “elementos constitutivos” y “requisitos de eficacia”, concurren y todos son indispensables para que el negocio despliegue sus efectos principales o típicos. No es adecuado contraponer requisitos que inciden sobre la validez y otros que inciden sólo sobre la eficacia, toda vez que ello implica, por un lado, una contraposición entre dos planos bien distintos de la “dinámica” del negocio jurídico y, por otro lado, olvida que todo componente del negocio puede revestir una función esencial respecto al juicio de validez, como-en el caso peruano- lo demuestra la normativa contenida en el artículo 171 del Código Civil, que regula la condición imposible o ilícita. El mérito de Oertmann radica en sacar a luz esa suerte de vínculo “natural” existente entre la condición y la eficacia, pero la imprecisión en su pensamiento se manifiesta cuando sugiere que la condición no constituye el negocio, pues esto equivale a decir que la condición es ajena al reglamento que es el contenido del negocio. En otras palabras, contra lo que indica la realidad jurídica, se quiere sostener que la condición no es, en realidad, una disposición o cláusula negocial.

Es preciso, pues, para captar mejor el rol de la condición dentro del negocio jurídico, valernos de un enfoque que tome en cuenta los intereses en juego, no limitándonos al aspecto de estructura o conceptual solamente.

Para esto, voy a tener el placer de ser-creo no equivocarme- el primero a nivel local en compartir con mi amable lector algunas ideas básicas que enseña un genuino pionero en el tema que ahora se analiza, Angelo Falzea, insigne civilista italiano.

---

<sup>36</sup> Me refiero a Luigi CARIOTA FERRARA. Op. cit. pp. 536 y ss.

El mérito de Falzea radica en girar el “eje” de las investigaciones sobre el tema, pasando del orden de lo solo conceptual, al orden de los intereses en juego. Veamos:

Su punto de partida es el análisis de los negocios cuyo supuesto de hecho se forma de manera sucesiva. Acá Falzea habla de un supuesto de hecho complejo que se forma por la concurrencia de supuestos elementales o parciales (o sea no complejos). De este modo, hay casos donde un supuesto de hecho complejo tiene dentro de sí un supuesto de hecho elemental que resulta ser un negocio jurídico (o, si se quiere ser más preciso, supuesto de hecho negocial). En tales casos, indica Falzea, el ciclo de formación del supuesto de hecho complejo tiene dos etapas: el *ciclo formativo interno* y el *ciclo formativo externo*. En el primero se forma el negocio o supuesto negocial implicado, que se agota con la sola concurrencia de los componentes característicos de su *nomen iuris*, a los que denomina *elementos*. El otro ciclo corresponde a la concurrencia de los restantes componentes del supuesto de hecho complejo, que son denominados *co-elementos*. El producto del ciclo formativo externo no altera la esencia del supuesto negocial (producto del ciclo formativo interno), pero se “enlaza” con él ya que incide de manera directa sobre sus efectos. Si los co-elementos son estructuralmente externos, lo son pero únicamente en relación al ciclo formativo interno, no en relación al supuesto de hecho complejo como un todo<sup>37</sup>.

Los co-elementos, a su vez, son divididos por Falzea en dos grupos: i) accidentales y ii) necesarios. Éstos son indispensables porque influyen decisivamente en la eficacia (se entiende que de todo el supuesto complejo), ya que están constituidos por eventos que determinan si están debidamente presentes el sujeto y el objeto, por eso se les llama también *fuentes de calificación objetiva y subjetiva* del negocio. Aquéllos, en cambio, carecen de tal influencia y su “accidentalidad” se establece con la llamada “prueba de resistencia”. Esta prueba consiste en “extraer”-imaginariamente- el supuesto co-elemento accidental de toda la estructura compleja y verificar, bajo un enfoque que tome en cuenta la lógica y la realidad de las cosas, si el tipo abstracto del negocio implicado podría subsistir o no. Si la verificación arroja un resultado positivo, el co-elemento bajo análisis sería uno accidental.

El co-elemento accidental, precisamente, es la condición suspensiva, subdividida en sus dos clases, voluntaria y legal (*condicio iuris*), dependiendo de si la subordinación al evento condicionante ha sido prevista por las mismas partes del negocio, mediante la respectiva cláusula, o por la ley<sup>38</sup>. Dicho co-elemento hace las veces de concausa de los efectos del negocio, concurriendo a

---

<sup>37</sup> Angelo FALZEA. Op. cit. pp. 39 y ss., 89, 131 y 132.

<sup>38</sup> Ibid. pp. 94 y ss.

formar el mencionado supuesto de hecho complejo, y destinado a determinar el *si* y el *cuando* de los efectos negociales. En el proceso de sucesiva formación del supuesto de hecho complejo, el ordenamiento atribuye relevancia jurídica al supuesto de hecho elemental o parcial (el ya referido producto del ciclo formativo interno), ligando a éste una serie de efectos preliminares y prodrómicos, que se resuelven en una *expectativa*. Se comprende, pues, que tendríamos al supuesto de hecho complejo, verificado completamente en la realidad, siempre y cuando ocurra el evento condicionante<sup>39</sup>.

En un trabajo posterior, Falzea hace hincapié en el carácter externamente extrínseco indicado, afirmando que el mismo se refiere tanto a la cláusula condicional como al evento condicionante. En efecto, tal carácter de la cláusula deriva de una descomposición lógica del contexto declarativo, pudiéndose dicha cláusula distinguir con claridad de lo que sería la declaración negocial “pura” (o sea aquella que configuraría el ciclo formativo interno). Respecto al evento condicionante, el carácter extrínseco se advierte, en cuanto a la condición suspensiva se refiere, al apreciar su rol de concausa de los efectos negociales, siendo un elemento (es claro que el co-elemento no deja de ser un elemento del todo complejo) que suspende sólo la eficacia, pero sin incidir propiamente en la perfección de la sustancia del negocio implicado. Es importante notar que Falzea resalta que el carácter extrínseco se nota con mayor intensidad en el caso de la condición resolutoria, ya que el evento condicionante se coloca al exterior del supuesto de hecho negocial. Y es que mientras el evento condicionante suspensivo concurre a formar el supuesto complejo para que se desplieguen los efectos, el evento condicionante resolutorio ciertamente *no concurre a formar nada*, sino que, por el contrario, viene-cual *ente extraño a una estructura que está funcionando perfectamente*- desde fuera a “destruir” los efectos<sup>40</sup>. Hasta aquí el enfoque estructural.

Sobre la base del enfoque que se acaba de exponer, Falzea realiza un análisis de tipo axiológico destinado a identificar los intereses que son tutelados por el mecanismo condicional. Aquí, el ilustre autor resalta que el factor común a las dos clases de condición (voluntaria y legal) es la tutela de –lo que él llama- un *plano de intereses externo*, respecto al plano de los intereses típicamente tutelados con el negocio. Se trata de intereses externos incompatibles con el interés típico negocial, cuya realización, por ende, implica que no se realice tal interés típico. Por ejemplo, imaginemos que *tengo interés* en adquirir un cierto nuevo tipo auto si un gran embarque de stock de sus repuestos logra llegar al Perú, esto-enseña Falzea- comporta, a nivel lógico y axiológico, que *tengo interés* en no adquirir el auto si el embarque no llega al Perú. Esto determina la coexistencia de un

---

<sup>39</sup> Ibid. pp. 35 y 192 y ss.

<sup>40</sup> Angelo FALZEA. *Condizione (diritto civile)*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Vol. VII. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, pp. 3 y 4 (de la separata).

programa negocial que, con un contenido negativo, está en función del interés interno negocial, y de un “contraprograma” de contenido negativo, que se encuentra en función del interés externo al negocio en sí<sup>41</sup>.

En tal contexto, Falzea señala que la diferencia entre la condición voluntaria y la condición legal radica en que los intereses externos, en el caso de ésta, no pertenecen a las mismas partes del negocio, sino a terceros o, en su defecto, a la comunidad. En estos casos- sobre todo en el último- el interés se coloca en un plano general, que exige la intervención directa del legislador para la regulación de la eficacia negocial<sup>42</sup>.

Lo dicho hasta aquí no es del todo aplicable al caso de la condición resolutoria, puesto que la misma es considerada por Falzea como una figura que guarda diferencias importantes con la condición suspensiva. Si bien la condición resolutoria también se refiere al *plano de intereses externo*, la diferencia estriba en que el acaecimiento del evento condicional es considerado, por las partes, menos probable que el acaecimiento del evento condicional suspensivo y, entonces, más apropiado para una producción inmediata de los efectos negociales típicos<sup>43</sup>.

Es interesante anotar que, de acuerdo a una autorizada doctrina, siempre que sea oportuna la generación inmediata de efectos negociales, cabe hablar sólo de condición resolutoria. *De esta manera, carecería de sentido una condición resolutoria si sólo se establece una relación obligatoria que tiene por objeto una prestación única (por ejemplo, una compraventa). Una compraventa sometida a condición resolutoria únicamente tendría sentido cuando no sólo se pretendiera una compraventa, sino que también al mismo tiempo debieran ser intercambiadas las prestaciones entre comprador y vendedor.* En cambio, las condiciones resolutorias tienen pleno sentido en relaciones jurídica que tienden a una duración más o menos amplia<sup>44</sup>.

De otra parte, como paso previo a la exposición de la opinión crítica que pasaré a defender dentro de poco, es menester plantear la siguiente interrogante: ¿se puede transmitir un derecho sometido a condición? La respuesta es positiva, ya que no existe, pues, una norma que lo prohíba. Además, la normativa del Código Civil italiano que regula la materia (que, como se indicó ya, constituye una referencia importante) permite expresamente dicha transmisión<sup>45</sup>. Nuestra

---

<sup>41</sup> Ibid. p. 2.

<sup>42</sup> Loc. cit.

<sup>43</sup> Angelo FALZEA. *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*. Cit. pp. 235 y ss.

<sup>44</sup> Werner FLUME. *Op. cit.* p. 796.

<sup>45</sup> Artículo 1357 del Código Civil italiano de 1942:

*Quien tiene un derecho subordinado a condición suspensiva o resolutoria puede disponer en pendencia de esta; pero los efectos de todo acto de disposición están subordinados a la misma condición.*

doctrina también se ha pronunciado en este sentido<sup>46</sup>. Efectivamente, entre nosotros, un destacado autor ha señalado que durante la pendencia, el derecho puesto bajo condición puede ser transferido, pero sin que se modifique el estado de pendencia originaria, puesto que nadie puede transferir un derecho que no tiene o un mejor derecho del que tiene<sup>47</sup>.

Pero si se trasmite un derecho sometido a condición suspensiva, propiamente no se estaría transmitiendo tal derecho, sino más bien la expectativa que sí se ha generado en virtud de la celebración del negocio condicionado (de modo suspensivo). Así, pues, tendríamos dos casos:

- i) En el caso de la condición suspensiva: no se transmite un derecho subjetivo, sino la expectativa (situación jurídica distinta del derecho subjetivo) de obtenerlo.
- ii) En el caso de la condición resolutoria: sí se transmite un derecho subjetivo, aunque condicionado, ya que de verificarse la condición, tal derecho se extinguiría.

Una pregunta obvia para terminar este punto ¿Qué es más atractivo para un tercer adquirente, adquirir una expectativa o un derecho propiamente dicho? Es evidente que es considerablemente más complicado lograr transferir una expectativa que un derecho subjetivo propiamente dicho.

### **3. La posición de la doctrina y jurisprudencia mayoritaria en relación a la condición contemplada en el artículo 1 del Código Civil.**

Pues bien, es precisamente una condición legal la contemplada en el artículo 1 del Código Civil. Como se dijo ya, no se especifica que tipo de condición sea, por lo que legalmente no se ha establecido si opera de modo suspensivo o de modo resolutorio. El concebido puede ser titular sin mayor problema de todo tipo de derecho extrapatrimonial, sin embargo la titularidad de derechos patrimoniales está subordinada a que nazca vivo.

Como se dijo más arriba, generalmente se sostiene que dicha subordinación es de tipo suspensivo, es decir que si, por ejemplo, el concebido recibe un legado o resulta ser el beneficiario de alguna donación, no podrá adquirir los bienes materia del legado o de la donación, esta adquisición será efectiva sólo cuando el concebido nazca vivo, o sea cuando se convierta en persona natural, no antes.

Si bien varios profesores sostienen esta idea, pienso que dos autores sanmarquinos distinguidos han expuesto los fundamentos de la misma con especial cuidado: Luz Monge y Juan Espinoza.

---

<sup>46</sup> Juan ESPINOZA ESPINOZA. op. cit. p. 267.

<sup>47</sup> Aníbal TORRES VASQUEZ. *Acto jurídico*. Lima: IDEMSA, 2007, p. 521.

Primero las damas. Monge, encargada por la editorial Gaceta Jurídica para comentar el artículo 1 del Código Civil en la ya famosa obra colectiva dedicada a comentar este cuerpo legal, sostiene en su comentario que el artículo uno subordina de modo suspensivo la adquisición de derechos patrimoniales por parte del concebido<sup>48</sup>.

Monge parte de la premisa según la cual hay dos regímenes, en relación a la capacidad del concebido, dentro del artículo 1 del Código Civil. Así, cuando señala este artículo señala que *el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece*, se está haciendo referencia a los derechos de carácter extrapatrimonial. De manera que los derechos subjetivos sin valor pecuniario pueden ser ostentados por el concebido sin mayor inconveniente. Pero Monge después señala que *el enunciado "el concebido es sujeto de derecho en para todo cuanto le favorece", está siempre supeditado a la condición de su nacimiento*<sup>49</sup>. Esta situación tendría dos excepciones: el derecho a la integridad física y el derecho a la vida.

Pero nuevamente Monge relativiza la idea que acaba de exponer. Así es, dado que ningún texto normativo consagra explícitamente tales derechos, ella entiende que *más que un derecho a la vida, lo que el ordenamiento jurídico prevé es una obligación, a cargo de la sociedad en su conjunto, de respetar la vida humana del naciente*. Monge también afirma que *el concebido no tiene autonomía vital. Su subsistencia y desarrollo requieren de la matriz de la mujer*<sup>50</sup>.

Ahora bien, la autora, con respecto a los derechos patrimoniales, afirma que éstos no se concretizan antes del nacimiento porque el artículo uno supedita su atribución a la condición del nacimiento con vida. Es más, según Monge, el Código Civil peruano manejaría esta misma perspectiva en materia de familia y sucesiones, por lo que en aras de la coherencia del ordenamiento debería entenderse que la subordinación contemplada en el artículo 1 es de tipo suspensivo.

En efecto, la autora trae a colación el artículo 598 del Código Civil, el cual-en opinión de ella- establece la posibilidad de nombramiento de un curador para que se encargue de velar por los bienes que *han de corresponder* al que está por nacer. De igual modo el artículo 856 de dicho cuerpo legal, que ordena que la partición que comprende los derechos de un heredero concebido sea *suspendida hasta su nacimiento*. Ambos artículos indicarían también que la condición legal contemplada en el artículo 1 del código sustantivo sería suspensiva.

Así las cosas, Monge sostiene que el concebido no es instituido, de modo efectivo y actual, de la calidad de heredero. Para esta autora, la concepción es aprehendida- por estas normas del Código Civil- como un hecho jurídico que,

---

<sup>48</sup> Luz MONGE TALAVERA. *Principio de la persona y de la vida humana*. En: AAVV. *Código Civil Comentado*. T. I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 78 y ss.

<sup>49</sup> *Ibid.* p. 79.

<sup>50</sup> *Ibid.* p. 81.

como tal, justifica la suspensión de la partición. Se espera la llegada de un acontecimiento exterior susceptible de afectarla. Parece evidente, dice Monge, *que no se puede proceder a la partición pues nos expondríamos a volver a hacerla en caso de que el concebido no nazca con vida*. En tal sentido, Monge opina que el concebido es *titular condicional de un patrimonio*. De este modo, el concebido sería también titular condicional de obligaciones, como aquellas que se derivan del mantenimiento, custodia, pago de impuestos o seguros destinados a conservar los bienes que le han de corresponder y que por lo tanto redundan en su beneficio<sup>51</sup>.

Por tanto, Monge discrepa de Fernández y señala que la condición hubiera podido ser calificada como resolutoria si el artículo prescribiera lo siguiente: *Los derechos patrimoniales que benefician al concebido se resuelven si el hecho de su nacimiento con vida no se produce*<sup>52</sup>.

Espinoza, por su parte, en su conocido-e imprescindible - libro dedicado al análisis de las instituciones contempladas en el Libro I de nuestro Código Civil, señala que de la redacción del tenor del artículo 1 se interpreta que la atribución de derechos patrimoniales está sometida a una condición suspensiva, por cuanto se debe operar la verificación del acto (nacimiento con vida) para que produzca sus efectos. El destacado profesor señala que no se puede compartir la idea de Fernández porque si interpretamos sistemáticamente el artículo 1 con los artículos 598 y 856 del Código Civil, forzosamente se llegará a la conclusión de que se trata de una condición suspensiva<sup>53</sup>.

Espinoza reconoce que, en principio, la adquisición de derechos patrimoniales del concebido no debería estar condicionada de ninguna forma. Sin embargo, en opinión de este autor, el condicionamiento suspensivo se justificaría por la *especial naturaleza del concebido*, al ser un sujeto de derecho en formación, por cuanto léase bien, porque es una que será muy importante para mi sustentación-*el legislador ha tenido en cuenta no sólo al concebido, sino a los intereses de otros sujetos de derecho*. Dentro de esta situación, Espinoza observa dos hipótesis<sup>54</sup>:

- i) el caso de la viuda encinta, que además tiene otros hijos. Si no hubiese condicionamiento, el concebido sería titular de los derechos patrimoniales que como heredero le corresponden. Sin embargo, si naciese muerte, tales derechos los adquiriría la madre viuda, en desmedro de los otros hijos. Con el condicionamiento, tal desmedro se evitaría;

---

<sup>51</sup> Ibid. p. 79.

<sup>52</sup> Loc. cit.

<sup>53</sup> Juan ESPINOZA ESPINOZA. *Derecho de las personas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004, p. 67.

<sup>54</sup> Ibid. pp. 68 y 69.

- ii) el caso de un acto de disposición a un concebido no nacido. Alguien desea atribuir derechos patrimoniales a un no nacido. Pero si este nace muerto, si no se tratase de una condición suspensiva, los derechos atribuidos regresarían a su titular primitivo, y no a otra persona. *Por cuanto ello no obedecería a la voluntad declarada del cedente.*

Los artículos 805 y 856 del Código Civil, afirma Espinoza, también respaldarían esta idea. La primera norma establece la caducidad del testamento, en cuanto a la institución del heredero, si el testador deja un heredero en la calidad de concebido. Tal situación (la caducidad), está condicionada a que nazca vivo. La segunda normativa preceptúa que la partición de los bienes del concebido será suspendida hasta su nacimiento, es decir que el nuevo ser debe nacer para por fin adquirir derechos hereditarios. Antes no puede ostentarlos de modo efectivo. De igual forma, el artículo 598 del código sustantivo utiliza una conjugación verbal en tiempo futuro que supone que los derechos patrimoniales del concebido se encuentran condicionados de modo suspensivo: *los bienes que han de corresponder al que está por nacer*. O sea que al concebido no le corresponden bienes hasta que nazca<sup>55</sup>.

Esta misma postura ha sido seguida por nuestra Corte Suprema de Justicia en uno de los casos de responsabilidad civil vinculados al conocido caso del derrame de mercurio en San Juan de Choropampa. Así es, en la Casación N<sup>o</sup> 1486-2007-Cajamarca, emitida con fecha 18.07.2008, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, por unanimidad, estableció- siguiendo por completo las ya expuestas ideas de Monge- que:

*Décimo Séptimo.- Que, el artículo primero del Código Civil establece que la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. A continuación, refiere que la vida humana comienza con la concepción, que el concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece, y que la atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo. Como puede advertirse, de primera intención, el legislador se acoge a la corriente clásica que estima que es sujeto de derecho el nacido vivo, pero a continuación señala que también lo es el concebido, a condición de que nazca vivo, ello porque a partir del nacimiento la persona puede ejercer a plenitud el pleno goce de sus derechos civiles, y mientras esto no ocurra sólo puede gozar de derechos limitados. Particularmente, nuestra doctrina entiende que el concebido es un sujeto de derecho privilegiado, por cuanto la ley le atribuye sólo lo que le favorece, y tratándose de derechos pecuniarios (patrimoniales) su concreción sólo tendrá lugar a condición de que nazca con vida; ergo, tratándose de derechos extrapatrimoniales no existe condición alguna que impida el goce de los mismos. Así lo entiende Luz Monge Talavera cuando, al comentar los alcances del artículo comentado, señala: “La expresión para todo cuanto le favorece es invocada tradicionalmente para reservar al concebido derechos patrimoniales, como por ejemplo*

---

<sup>55</sup> Ibid. pp. 76 y 77.

*derechos sucesorios, donaciones, legados o indemnizaciones. Sin embargo, los derechos patrimoniales no se concretizan antes del nacimiento. El artículo primero supedita la atribución de derechos patrimoniales a la condición del nacimiento con vida.” (Código Civil comentado por los cien mejores especialistas; Tomo I. Primera edición, Lima, Gaceta Jurídica, dos mil tres; página noventa y siete. El resaltado es nuestro). En otras palabras, para el artículo primero del Código Civil rige la condición suspensiva de la efectividad de derechos patrimoniales, lo que no significa que aquellos derechos no existan para el concebido, sino que antes de que se produzca el hecho del nacimiento con vida, aquel concebido no tiene capacidad para recibir, verbi gratia, donaciones, legados o indemnizaciones, pero una vez nacido tiene derecho a recibirlos. Ejemplo ilustrativo es el que resalta la autora citada respecto del derecho indemnizatorio que asiste al concebido: “... si durante la gestación el concebido sufre un traumatismo a causa de un tercero, tendrá derecho a una indemnización por el daño sufrido en útero si nace vivo.” (Obra Citada, Página noventa y ocho); Décimo Octavo.- Que, entonces, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico concede la calidad de sujeto de derecho a la persona desde su concepción, y no desde su nacimiento, aunque supedita el goce de los derechos patrimoniales a que nazca con vida (...).*

#### **4. Crítica a la doctrina dominante.**

El maestro Fernández, en sus conocidos comentarios al libro I del Código Civil, señala que el concebido posee un conjunto de derechos de índole patrimonial que se hallan sometidos a una condición resolutoria legal. En esta última situación se encontrarían los derechos sucesorios y la donación. En estos casos, si bien el concebido adquiere derechos en cuanto sujeto de derecho, ellos están sometidos a condición resolutoria, de manera que si el concebido no nace vivo, se resuelven tales derechos patrimoniales<sup>56</sup>.

Bajo tal orden de ideas, el conspicuo autor continúa al señalar que el ser capaz “para todo cuanto le favorece” debe ser interpretado del modo más amplio. *Al concebido favorecen derechos como el de la vida, que carece de significación económica, el de ser reconocido para efectos de filiación, el adquirir por herencia o donación, el recibir indemnizaciones por daños cometidos por terceros-como podría ser el que origine la muerte del padre-, así como otros de que goza a través de la madre en tanto depende de ella para su subsistencia en el claustro materno. En este último caso cabe aludir a los alimentos y a los derechos sociales de que goza la mujer embarazada que trabaja.*

Asimismo, Fernández considera que el concebido no carece de capacidad para obligarse. El hecho mismo de gozar de derechos patrimoniales, como el disfrute de un patrimonio adquirido a título hereditario, supone necesariamente que el titular del derecho, es decir el concebido, esté real y efectivamente obligado a

---

<sup>56</sup> Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. Derecho de las personas. Lima: Grijley, 2001, p. 40.

cumplir mediante sus representantes con algunas obligaciones que dimanen de la ley, como por ejemplo aquellas de carácter tributario.

Como se indicó líneas arriba, el suscrito se adhiere a la opinión de Fernández.

Una primera idea que se debe tomar en cuenta a efectos de sustentar esta toma de posición es que la letra de la norma permite sostener que estamos ante una subordinación de tipo resolutorio, nótese que esto no lo niega nadie. Así que el texto de la norma, que finalmente es el límite de toda interpretación<sup>57</sup>, permite interpretar tanto a favor del condicionamiento suspensivo, como a favor del condicionamiento resolutorio de la adquisición de derechos patrimoniales por parte del concebido. El artículo 1 del Código Civil es, pues, “ambiguo” en este aspecto<sup>58</sup>. Por lo tanto, ninguna de las dos posiciones puede ser acusada de *falsa*<sup>59</sup>.

Ahora bien, ¿por qué optar por la interpretación de Fernández?

Como se podrá advertir, la doctrina mayoritaria nos presenta básicamente dos razones para optar por otra interpretación: i) la protección de intereses distintos a los del concebido explica la necesidad de condicionar de modo suspensivo sus adquisiciones de derechos patrimoniales, ii) la interpretación sistemática con otras normas de derecho de familia y sucesiones respaldaría la idea según la cual la subordinación en cuestión es de tipo suspensivo. Contra lo que pudiera pensar un lector observador, en mi opinión la segunda razón es más atendible que la primera.

Pienso, sin embargo, que existe más de un razón de “peso” para quedarse finalmente con la opinión del profesor emérito sanmarquino. Pero eso no es todo, como veremos dentro de poco, la doctrina mayoritaria también puede ser objetada con éxito en su propio terreno. Así es, una interpretación sistemática también avala la interpretación que aquí será defendida.

---

<sup>57</sup> Al respecto, Luis DIEZ PICAZO. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1982, pp. 195-199; Chaim PERELMAN. *Lógica jurídica y nueva retórica*. Madrid: Civitas, 1979, p. 193; Giovanni TARELLO. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffrè, 1980, pp. 67 y ss.

<sup>58</sup> La ambigüedad, y también la vaguedad, implica que la norma utiliza un lenguaje lo suficientemente amplio (“abierto”) que le permite “albergar” más de un sentido razonable dentro de sí (sobre la ambigüedad y vaguedad en el lenguaje jurídico: Genaro CARRIÓ. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1994, pp. 28 y ss.)

<sup>59</sup> En esencia, un planteamiento jurídico es falso cuando se fundamenta en una contradicción a la letra expresa de una norma jurídica imperativa: Claus-Wilhelm CANARIS. *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*. Traducción de Daniela Brückner y José Luis De Castro. Madrid: Civitas, 1995, pp. 93-95.

En primer lugar, la posición mayoritaria no resulta ser consistente con su planteamiento. En efecto, según explica una autorizada doctrina germana, un planteamiento resulta inconsistente cuando da lugar a excepciones de su correspondiente regla, sin poder aportar al respecto una razón convincente y compatible con sus premisas. En efecto, si una teoría da lugar a una excepción gratuita, no se ve por qué no se está facultada también para proponer una segunda, y así sucesivamente otras excepciones, sin precisar razón alguna<sup>60</sup>.

Pues bien, esta consideración crítica resulta -de cierta forma- aplicable a la doctrina mayoritaria. Se sostiene que los derechos subjetivos patrimoniales del concebido están condicionados de modo suspensivo, ¿y por qué no ocurre lo mismo con las expectativas, que son también patrimoniales en estos casos? Así es, conforme a lo visto en el segundo punto del presente capítulo, si se considera que la subordinación es de tipo suspensivo, pues el concebido sólo sería titular de expectativas (patrimoniales), no de derechos subjetivos (patrimoniales). Entonces cabe preguntarse ¿por qué sí está permitido el ingreso directo de expectativas y no de derechos subjetivos? ¿por qué razón debe entenderse que el patrimonio de un concebido sólo puede estar conformado por expectativas y no por otro tipo de situaciones jurídicas? La primera razón esbozada por la doctrina dominante sale al frente de esta pregunta: se deben proteger intereses distintos a los del concebido. Esa sería la razón por la cual sólo expectativas, mas no derechos subjetivos, pueden entrar en la esfera jurídica del concebido. Si éstos pudiesen ingresar, tales intereses saldrían afectados.

Discrepo.

El sacrificio de los intereses del concebido no debe tener lugar, porque es un sujeto de derecho *privilegiado*. Al ostentar tal calidad, en eventuales conflictos de intereses con otros sujetos, se supone que los intereses del concebido deben ser beneficiados. Los intereses sacrificados, más bien, deben ser los de los otros sujetos involucrados en el conflicto de intereses. Si esto no fuese así, entonces se negaría la calidad privilegiada que tiene el que está por nacer, lo cual resulta innegable.

Conforme enseña la teoría de las situaciones jurídicas subjetivas, las normas están dirigidas a solucionar conflictos de intereses que se presentan entre dos o más sujetos a consecuencia de la insuficiencia de los bienes para satisfacer la más diversa necesidad que pueden experimentar los seres humanos en su existir. La norma, evidentemente, no puede de ninguna manera lograr que ambos intereses sean realizados, de manera que necesariamente se debe

---

<sup>60</sup> Sobre la inconsistencia de los planteamientos jurídicos: Ibid. pp. 77 y ss.

proceder al sacrificio de ciertos intereses, a efectos de lograr la realización o beneficio de otros. Para esto, la norma presupone una calificación de intereses, de tal suerte que el considerado más valioso deberá ser el beneficiado, mientras que los intereses que se le opongan, deberán ser sacrificados<sup>61</sup>. Por lo tanto, el interés del concebido, cuando entra en conflictos con otro u otros intereses, debe ser el beneficiado, ya que sólo así se explica su calidad de sujeto de derecho *privilegiado*.

En el caso de la viuda encinta, que además tiene otros hijos, que definitivamente es el argumento más socorrido, es claro que se está privilegiando los intereses de los otros hijos (que, piénselo lector, pueden perfectamente ser ya mayores de edad con su propia profesión y sostenimiento económico) en desmedro del concebido, ya que a éste se le “amputa” su capacidad al impedirle ser titular de situaciones jurídicas diferentes a la expectativa. Además, nótese que este sacrificio de los intereses del concebido no solamente contrasta con la calidad de *privilegiado* que este sujeto de derecho posee, sino que se hace en base a una situación que se puede calificar como atípica, inusual o anormal, lo que ciertamente no parece justo. Y es que lo normal es que el concebido nazca y que su madre no sea una viuda, de manera que esta circunstancia-la normal o típica- es la que debe servir de basamento para establecer la regla que regirá la capacidad patrimonial del concebido.

Pero la corriente mayoritaria toma como base una situación *atípica* para crear una regla general. Nótelo bien, amable lector, si se le quiere privar de capacidad al concebido, ello debería responder a situaciones o problemas que *típicamente* ocurren. Empero, la doctrina dominante parte de una situación *atípica* para justificar una determinada regla de aplicación general<sup>62</sup>. Considero, pues, difícil de compartir la idea que toma el caso de la viuda encinta, que además tiene otros hijos, como un argumento fuerte para sustentar la necesidad de un condicionamiento suspensivo porque: i) niega la calidad de sujeto privilegiado

---

<sup>61</sup> Para una aproximación a la teoría mentada: Salvatore PUGLIATTI. *Il trasferimento delle delle situazioni soggettive*. I. Milano: Giuffrè, 1964, pp. 63 y ss; Rosario NICOLÒ. *Le Situazioni Giuridiche Soggettive*. En: AAVV. *Lecture di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 1990, pp. 129 y ss; y Umberto BRECCIA; Lina BIGLIAZZI GERI; Ugo NATOLI y Francesco BUSNELLI. *Derecho Civil*. T. Vol. I. Traducción española de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 329 y ss.

<sup>62</sup> Destaca Luis Diez Picazo, siguiendo a Fritz von Hippel, que las normas jurídicas que conforman el ordenamiento se caracterizan responder a ciertas situaciones *socialmente típicas*. De esta manera, tales normas tendría su génesis no en problemas “raros” o poco frecuentes, sino en base a problemas constantes, típicos, que la sociedad experimenta (Luis DIEZ PICAZO. *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1999, p. 271). Por tanto, creo que debe entenderse que una situación extrema no puede justificar una regla que regule las situaciones que generalmente ocurren.

al concebido, y ii) implica crear una regla de aplicación general tomando como base un caso atípico. Lo normal no es que muera, sino que nazca vivo.

Respecto al caso de un acto de disposición a un concebido no nacido, pues si el cedente del derecho desea efectivamente que el concebido ostente la titularidad, adoptando la posición de Fernández se llega a un mejor resultado. De este modo, si lo que se quiere es que se cumpla la voluntad del cedente, sin duda alguna debe entenderse que el concebido es capaz de adquirir derechos subjetivos patrimoniales. Si el concebido nace muerto, pues el cedente podrá atribuir el derecho a quien desee posteriormente, incluida-ciertamente- la madre del concebido.

De otro lado, debe tenerse presente, además, que la naturaleza del concebido como ser en formación no explica por sí misma la necesidad del condicionamiento suspensivo. No se puede ver al concebido a la luz de la persona natural, dado que un enfoque como ese negaría la autonomía que, sin lugar a dudas, nuestro Código Civil confiere al concebido. Además, tan en formación es un setemesino como un concebido de ocho meses de gestación. No obstante, si se sigue la opinión criticada, un sujeto que se encuentra "menos formado" que el otro, resulta tener una mayor capacidad que éste. Si se sigue la tesis de Fernández, en cambio, uno no se encuentra con estas situaciones contradictorias.

Ahora bien, trayendo a colación las ideas esbozadas sobre la condición. Ya se vio que la condición legal y la condición voluntaria tienen un funcionamiento muy semejante, diferenciándose básicamente en los tipos de interés que tutelan. Así las cosas, cabe recordar que Falzea concluyó que un evento que cumplía el rol de condición suspensiva, se consideraba como de ocurrencia más probable por las partes celebrantes. Lo contrario sucedía con la condición resolutoria, la cual se entendía como un suceso que las partes consideraban poco probable en relación a la "actuación" del negocio jurídico.

Para la tesis dominante, el evento condicionante es el nacimiento. Para la tesis aquí defendida, el evento condicionante es la muerte. De manera que, en un primer momento, podría decirse que la aplicación del planteamiento de Falzea no favorece a ninguna tesis: el nacimiento es lo más probable y la muerte es lo menos probable. Pero esta sería una visión sesgada del asunto, tal como se verá a continuación.

Que un evento funcione como condición suspensiva, implica que actualmente no es adecuado que el negocio despliegue sus efectos. Mientras que si un evento funciona como condición resolutoria, significa que actualmente no existe inconveniente alguno para que el negocio actúe.

Así las cosas, se comprende que si el negocio, que atribuye derechos patrimoniales al concebido, actualmente debe ver su eficacia suspendida en virtud de la ley, es porque existe un interés en que el concebido no acceda de modo efectivo a tales derechos. Dicho interés “está mejor” si el concebido no es titular de derechos subjetivos. Ergo, tal interés se beneficiaría notablemente con la muerte del concebido. Y eso no es todo, sino que, al estar frente a una condición legal, habría que concluir que un interés como ese se encuentra amparado por el ordenamiento por encima de la autonomía privada de los particulares. No parece adecuado considerar que exista un interés semejante.

Como podrá apreciar el lector, acabo de aplicar la idea de “contraprograma” de Falzea para plantear esta crítica. Creo que así se hecha mayor luz sobre los inconvenientes que presenta la doctrina mayoritaria, lo cuales suelen pasar inadvertidos.

Ya se vio, pues, que no hay un interés que justifique que el concebido, por regla general, vea intensamente restringida su capacidad, máxime si tal sujeto es uno considerado *privilegiado* por el propio sistema jurídico. En consecuencia, la condición no puede ser otra que resolutoria, ya que bajo ese enfoque la implantación legal de la condición sí cobra sentido. En efecto, así se observa a la muerte como un acontecimiento que si bien es poco probable que ocurra, resulta ser manifiestamente contrario a la realización del negocio que atribuye derechos patrimoniales al concebido. Si el concebido muere, el negocio se resuelve, la vida del concebido, pues, deviene, por ley, en indispensable para que el negocio continúe vigente. De esta manera, la muerte del concebido se presenta como un suceso no deseado en modo alguno por el propio ordenamiento. En cambio, bajo el enfoque de la doctrina dominante, la muerte del concebido resulta siendo nada menos que un suceso que termina favoreciendo a un interés que el ordenamiento protege incluso por encima de la autonomía privada.

Asimismo, conforme a lo indicado por Flume, dado que las atribuciones patrimoniales al concebido normalmente se derivan de donaciones y herencias, pues por ello tampoco tendría lugar la condición suspensiva. Efectivamente, en estos casos estamos ante negocios que implican una prestación o acto único, donde-como indica el jurista alemán- no tiene razón de ser una condición suspensiva, siendo más oportuna, en todo caso, una condición de tipo resolutorio a pesar de no tratarse tampoco de vínculos negociales de larga duración.

Por otra parte, podría afirmarse que la crítica que estoy formulando es débil en realidad porque debe entenderse que la tesis mayoritaria considera que

ninguna situación jurídica patrimonial ingresa a la esfera jurídica del concebido, hasta que se verifique la condición de su nacimiento. Pues bien, semejante idea, en lugar de ayudarla, le hace un flaquísimo favor a la posición criticada.

Así es, la doctrina metodológica alemana que vengo citando señala también que un planteamiento jurídico es inconsistente cuando contiene una contradicción lógica, ya que entonces puede deducirse de ella cualquier proposición, e incluso la proposición contradictoria opuesta.

Entonces, si ni siquiera la expectativa patrimonial puede ingresar a la esfera patrimonial del individuo ¿De qué condición puede hablarse entonces? La doctrina mayoritaria sostiene que en el artículo 1 del Código Civil existe una condición suspensiva legal, pero ello se contradice con la idea de que el concebido no ostenta una expectativa (patrimonial) dentro de su esfera jurídica.

Pero resulta interesante detenerse brevemente en esta última consideración. Si en realidad el legislador se hubiera propuesto suspender toda la eficacia del negocio jurídico que atribuye derechos patrimoniales al concebido, ciertamente el artículo 1 no contiene una condición, no contendría un requisito de eficacia, sino más bien un requisito de validez (o, mejor dicho, de existencia, de modo que mientras no ocurra el nacimiento con vida, el negocio atributivo de derechos patrimoniales al concebido no existirá). De esta manera, en el artículo 1 no habría condición, ni siquiera legal. Considero, sin embargo, que esa no ha sido la política legislativa consagrada en el artículo 1 del Código Civil por dos razones: i) la doctrina nacional rechaza esa idea de manera unánime y, sobre todo, ii) esa idea constituye un planteamiento jurídico falso.

Así es, el artículo 1 es claro al señalar que se trata de una condición: la atribución de derechos patrimoniales *está condicionada a que nazca vivo*. Como puede verse, hay un sometimiento a un hecho futuro e incierto y, según el tenor de la norma, lo que se está sometiendo o subordinando sería la eficacia (adquisición de derechos por parte del concebido), por lo tanto se estaría indefectiblemente ante una condición (legal). Por lo demás, el concepto de invalidez no tiende a la admisión de condicionamientos<sup>63</sup>.

Pero hay más. La idea que sostiene que no habría condición también resultaría inconsistente ¿qué razones justificarían que a la esfera del concebido no ingrese ninguna situación jurídica patrimonial, a pesar que es posible optar por una interpretación que sí permita dicho ingreso considerando que se trata de una condición legal? En mi opinión, ninguna. Y esto porque las ideas que traspasan todo las normas del Libro I del Código Civil indican que el concebido debe

---

<sup>63</sup> Renato SCOGNAMIGLIO. *Op. cit.*, pp. 225 y ss.

tener la mayor capacidad posible. La autonomía del concebido como sujeto de derecho es, quizá, el principal aporte de nuestro Código a la legislación comparada, por lo que es incorrecto interpretar las normas del propio código de tal manera que se minimice la eficacia de este trascendental aporte.

Así es, y presentando ya al amable lector mi refutación a la idea de la tesis mayoritaria vinculada a la interpretación sistemática. Se sostiene, como se recordará, que una norma fundamental que sirve de soporte para considerar que se trata de una condición suspensiva es el artículo 598 que menciona que *los bienes que han de corresponde al que está por nacer, serán entregados a un curador (...)*. Sin embargo, a ello cabe responder con otra norma, el artículo 617 del Código Civil que establece que *la curatela de los bienes del concebido cesa por su nacimiento o por su muerte*. Este último precepto, como salta a la vista, presupone una titularidad efectiva del concebido sobre derechos patrimoniales ¿normas que no puede compatibilizar entre sí? No lo creo.

El punto débil de este argumento de la tesis mayoritaria es que interpreta el artículo 1 del Código Civil, el gran aporte peruano y norma revolucionaria en la concepción del centro del sistema legal (el sujeto de derecho), en función de normas que regulan aspectos particulares del derecho de familia y del derecho de sucesiones ¿No debería ser al revés? Por supuesto que sí.

Espinoza tiene mucha razón cuando señala que el artículo 1 de nuestro Código Civil es el más completo y revolucionario en su fondo<sup>64</sup>. Monge ha indicado que dicha norma marca una clara diferencia dentro de la historia de la legislación de la legislación peruana, así como en el ámbito de la legislación comparada<sup>65</sup>. En ese orden de ideas, Fernández sostiene que la idea inspiradora de dicha norma es la que entiende que el concebido es una realidad humana autónoma, genéticamente individualizada, por ello la novedad en romper con las ficciones tradicionales (reputar nacido al concebido, a pesar de que no había nacido) y considerar al concebido como lo que es, como un sujeto de derecho. El concebido no es aún persona: es un sujeto de derecho distinto y autónomo, un centro de referencia desde el instante de la concepción hasta su nacimiento<sup>66</sup>.

Así, cabe preguntarse ¿qué interpretación sintoniza más con las ideas anteriores, la que ve en el artículo 1 una condición suspensiva o una condición resolutoria? La respuesta es evidente. Mientras la interpretación que ve en el artículo 1 una condición resolutoria confiere titularidad efectiva de derechos patrimoniales al concebido, la otra interpretación se la niega contundentemente. Esta negación es más acorde con una concepción negadora de la genuina

---

<sup>64</sup> Juan ESPINOZA ESPINOZA. op. cit (2004). p. 66.

<sup>65</sup> Luz MONGE TALAVERA. op. cit. p. 75.

<sup>66</sup> Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO. op. cit. p. 39.

autonomía del concebido como sujeto de derecho y de su calidad de sujeto *privilegiado*, la cual ningún otro sujeto de derecho posee.

No es que el artículo 1 del Código Civil deba ser interpretado en función de los artículos 598 y 856, este par de normas, más bien, deben ser interpretadas a la luz de la trascendental idea encerrada en el artículo 1 del código sustantivo. Esto es lo más lógico. Máxime si, como ya se indicó, el artículo 617 del Código Civil posee un tenor que confiere directamente situaciones jurídicas patrimoniales al concebido. Por ello, una interpretación sistemática también avala la tesis del maestro Fernández.

Otro argumento, de refuerzo. Si se tiene en cuenta el principio de conservación del negocio jurídico para resolver el problema, también debiera optarse por la idea que sostiene que el artículo 1 alude a una condición resolutoria, no suspensiva. En efecto, tal como lo ha destacado la doctrina que se ha ocupado de dicho principio, debe considerarse que ante las nuevas necesidades, el ordenamiento jurídico tiende a otorgar, en la medida de la posible, la máxima eficacia a los negocios jurídicos. A la luz de tal principio, el ordenamiento jurídico tiene como principal rol no destruir la eficacia de los negocios que contradicen sus directrices, sino más bien tratar de salvar a los mismos dentro de lo posible. El ordenamiento asume un rol positivo de cooperación para lograr la mayor eficacia negocial<sup>67</sup>.

Por lo tanto, la idea defendida en este capítulo se encuentra más acorde con el principio de conservación negocial, ya que dota al negocio jurídico de la mayor eficacia posible. La interpretación de la doctrina mayoritaria, en cambio, hace lo contrario al suspender dicha eficacia.

Todas estas consideraciones justifican, pues, una interpretación restrictiva del artículo 856 del Código Civil o, más que restrictiva, una rigurosamente estricta. En efecto, solamente ocurrirá ello cuando el concebido no sea el único heredero. Así, en los casos de donaciones y legados (que bien pueden ser considerados como los más frecuentes), el que está por nacer será titular de los derechos patrimoniales de manera inmediata. Exactamente lo mismo vale para el artículo 598 del Código Civil: sólo debería aplicarse a los casos en los que el padre ha fallecido y la madre se encuentra destituida de la patria potestad. Debe considerársele, pues, como una norma excepcional de rara aplicación.

---

<sup>67</sup> María Luisa MARÍN PADILLA. *El principio general de conservación de los actos y negocios jurídicos "utile per inutile non vitiatur"*. Barcelona: Bosh, 1990, pp. 97 y ss; en este sentido también: Ignacio DÍAZ DE LEZCANO SEVILLANO. *La interpretación del negocio jurídico*. Lección Inaugural. Curso Académico 2009-2010. Universidad de las Palmas de la Gran Canaria, mismo que puede ser visualizado en el siguiente link: <http://www.youtube.com/watch?v=EOpid1derXA> (consultado el 24 de marzo de 2011).

Por lo tanto, una interpretación sistemática también avala la tesis de Fernández.

Ahora bien, cabe indicar que podrían plantearse también refutaciones, basadas en un enfoque general, como las siguientes:

- i) el análisis se encuentra viciado, ya que debe tenerse en cuenta que la condición, en un negocio concreto, deja de ser un “elemento accidental” para “convertirse” en un elemento “esencial”. De este modo, un análisis que aspire a ser completo tendría que examinar el problema en cuestión a la luz de ambos “momentos” de la condición. Descartado, por las razones ya expuestas.
- ii) El análisis se encuentra viciado porque la condición legal es muy diferente a la condición voluntaria, de modo que mal se hace en aplicar consideraciones propias de la condición voluntaria también a la condición legal. De igual manera descartado.

Finalmente, me parece que la idea que siempre ha defendido Fernández se presenta como mucho más adecuada en el plano práctico y más aceptable por la sensibilidad. Así es, en casos de emergencias, no hay duda de que es mejor para el concebido entender que estamos ante una condición resolutoria, sólo así podría obtener mayor liquidez, indispensable ante terribles casos que, desgraciadamente, no son raros.

Creo que estas líneas han cumplido ya sus modestos objetivos. Si he logrado convencerlo, amable lector, pues genial. En todo caso, me doy por satisfecho si he logrado contribuir en algo con usted, amable lector, en el esclarecimiento de los temas involucrados.